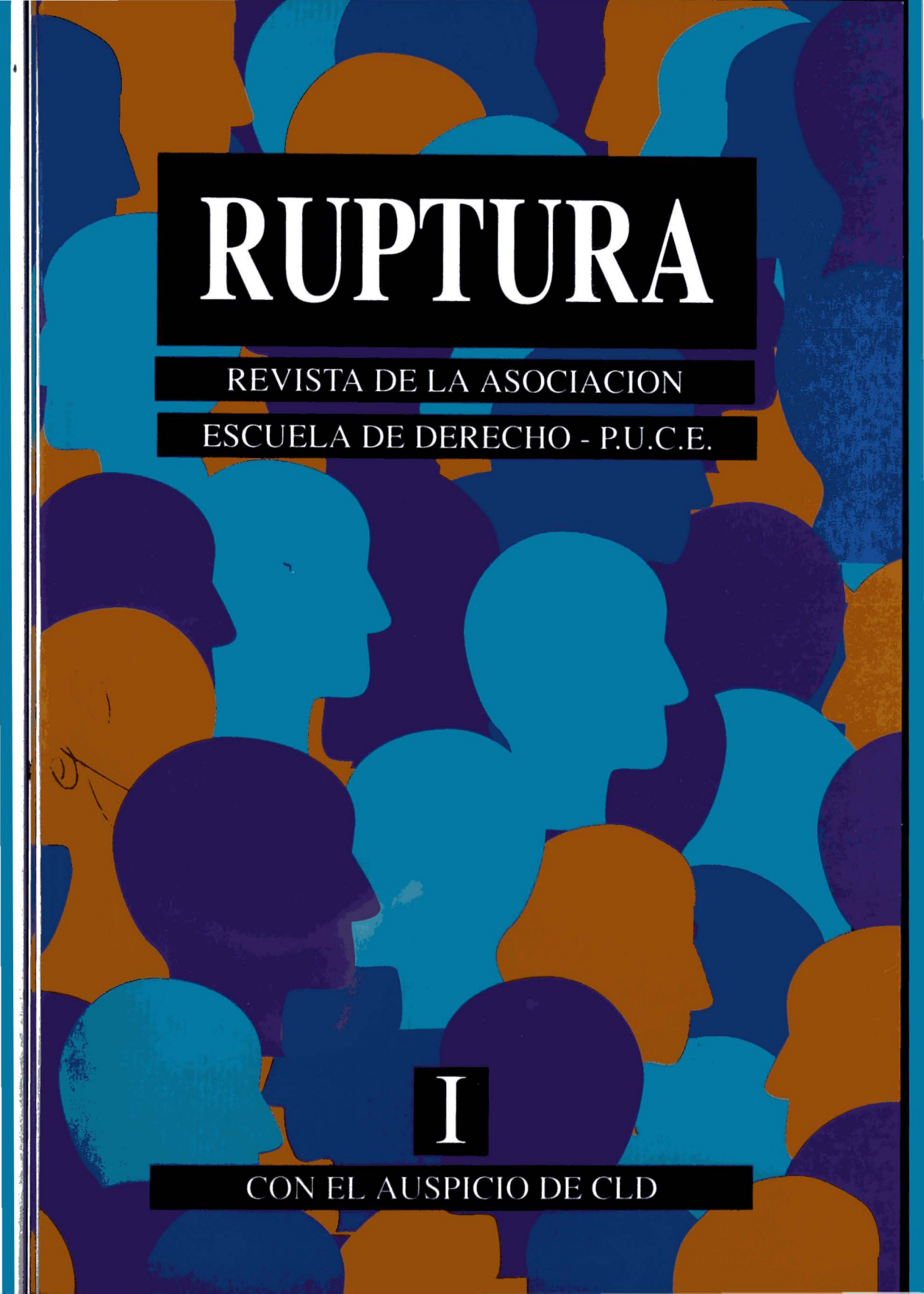




RUPTURA

REVISTA DE LA ASOCIACION
ESCUELA DE DERECHO - P.U.C.E.

I

CON EL AUSPICIO DE CLD

RUPTURA

Revista Anual de la Asociación Escuela de Derecho

Año XLV

Número 37 (Tomo 1)

Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Quito, Ecuador
Octubre, 1994

RUPTURA

**Revista Anual de la
Asociación Escuela de Derecho de la
Pontificia Universidad Católica del Ecuador**

Año XLV, N° 37 (Tomo 1)
Octubre, 1994
Registro SENAC: S.P.I. 401

Consejo Editorial

Luis Fernando Suárez
Michel Andrade
Diego Pérez

Editor

Franco Sánchez

Asociación Escuela de Derecho

Av. 12 de Octubre y Av. Patria
Torre N° 2, 8vo. piso
Quito - Ecuador

Los criterios emitidos en los artículos son de
exclusiva responsabilidad de su autor.

Portada: Antonio Mena

Diseño Gráfico: Ekua Publicidad

Impresión: Ecuaoffset Cía. Ltda.

Presentación

La Asociación Escuela de Derecho ha logrado esta publicación, en busca de entregar un número de ensayos, que sean parte del avance jurídico, que debe imperar en todos aquellos que estén, de alguna manera, relacionados con la ciencia del Derecho.

Puesto que se es permitido a los dirigentes estudiantiles de nuestra Asociación representarnos por el lapso de un año, deben justificar en este período de tiempo, con trabajo y responsabilidad, la confianza en ellos depositada.

En esta nueva edición de la Revista "RUPTURA", encontraremos una división de trabajos en dos tomos distintos, sin que ésto deje de significar la gran importancia y trascendencia que tiene cada uno de ellos.

En el primer tomo se ha recopilado diferentes temas socio-jurídicos sin limitar estos a un marco específico, sino más bien dando relevancia al contenido, donde se podrá revisar artículos sobre Medio Ambiente, Legislación de Menores, Ley de Compañías, Negociación Internacional, Legislación Laboral, Ley de Instituciones Financieras, entre otros, que podrán darnos una visión clara y oportuna de las necesidades imperantes de cambio que exigen muchas de las ramas del derecho.

En el segundo tomo tenemos un estudio encaminado a una temática específica: La Reforma Judicial. En estos trabajos se trata de impulsar lo que es, hoy por hoy, una exigencia nacional, un programa de reforma en la administración de justicia, que es tan cuestionada por todos los ecuatorianos, por ser deficiente, ineficaz, lenta, politizada, onerosa, corrupta, y que no cumple ni con las más esenciales aspiraciones del ciudadano común.

Es conveniente que la juventud tome conciencia de que muchos cambios no podrán realizarse si no tomamos una posición activa dentro de este proceso, aportando con ideas y con trabajo para convertir nuestra sociedad en una verdadera democracia, donde no solo nos conformemos con **decir** que la vivimos, sino que verdaderamente **seamos parte de ella**.

Ensayos

Algunas observaciones a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero

Dr. Santiago Andrade Ubidia ()*

Introducción:

La Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, promulgada en el Registro Oficial No. 439 suplemento, de 12 de mayo de 1994, ha sido recibida con gran beneplácito por los sectores interesados y ha merecido toda suerte de elogios, se ha homenajeado al Superintendente de Bancos "en agradecimiento a su tenaz ejecutoria para alcanzar la aprobación del proyecto de la LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO, que sustituyera a la ya caduca Ley General de Bancos, de 1927"¹, y dicho funcionario ha sostenido que esta Ley es la más importante de cuantas se han dictado en el orden financiero desde 1927, constituyendo un hito en el desarrollo económico del país "sin ese instrumento legal no se podía pensar en la transformación de la actividad financiera en el Ecuador"².

Sin embargo, algunas opiniones han sido discrepantes, ya que, sin negar la modernidad de la Ley y sus aspectos positivos, han observado que la misma adolece de vacíos, incongruencias e, inclusive, errores jurídicos. Quizá la voz más autorizada que se ha manifestado públicamente en este sentido, ha sido la del Abogado León Roldós Aguilera, quien mediante artículos de prensa y en un muy interesante opúsculo intitulado "Comentarios sobre el proyecto de Ley General de

(*) Profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la Puce, a cargo de las cátedras de Derecho Mercantil, Títulos Valor, y de Derecho Civil, Obligaciones y Contratos.

Profesor del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Subsede Quito, a cargo de la cátedra de Empresas en la Maestría en Derecho Económico.

1. El Comercio, A-11 de 28 de julio de 1994

2. El Comercio, A-1 de 5 de mayo de 1994

Instituciones del Sistema Financiero"³, ha puesto de relieve las bondades del proyecto, hoy constituido en ley, pero también ha anotado diversos aspectos que debieron ser revisados, lo que por desgracia no ocurrió; en su artículo de prensa intitulado "Muy bueno, pero..."⁴, refiriéndose al proyecto, reitera su criterio de que, globalmente, será una muy buena Ley, manifiesta su creencia de "que quizá sería la más moderna de las vigentes en América Latina", pero también nos recuerda la crítica a la formación de las leyes económicas que hizo César Vivante cuando dijo "Los legisladores convocan a los empresarios a compilar la ley, y luego dicen a los consumidores: he aquí la ley que ustedes deben respetar". Ojalá no sea aplicable a la Ley en estudio tan mordaz observación del inmortal mercantilista italiano.

Sin desconocer lo positivo de la Ley y, particularmente, que era imperioso introducir en la legislación nacional disposiciones legales que se ajustaran a las directrices y los estándares mínimos sobre supervisión bancaria y regulación financiera internacional establecidos por el Comité de Basilea, lo cual efectivamente ha acontecido, es necesario que se la estudie a profundidad a fin de perfeccionarla. El presente trabajo es apenas una aproximación al tema, por ello me refiero a muy pocos puntos concretos; espero que en un futuro próximo podré presentar un análisis completo de la Ley.

Se ha de tener en cuenta que el ordenamiento legal del sistema financiero es de enorme importancia, ya que precisamente vivimos una etapa de la economía que se la ha denominado con mucha razón del "capitalismo financiero", por lo que las regulaciones del proceder de los principales actores del sector financiero han de responder en la mejor forma posible a las necesidades sociales, lo cual impone crear un marco jurídico que, respetando la libertad, proteja el bien común.

La Ley General de Instituciones del Sistema Financiero reemplaza a la Ley General de Bancos, la cual rigió desde 1927 y que fue elaborada a base del proyecto de la Misión Kemmerer, pero que contó con la colaboración de eminentes ecuatorianos, entre ellos don Abelardo Moncayo A., quien fue considerado como el "brazo derecho" de la Misión, y los Doctores Pablo Mariano Borja y Alejandro Ponce Borja⁵; los expertos ecuatorianos supieron armonizar con sabiduría las disposiciones de la Ley de Bancos con el sistema general de la legislación nacional.

3. Departamento de Publicaciones, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de Guayaquil, Guayaquil, 1993.

4. El Comercio, A-15, de 28 de abril de 1994

5. Misión Kemmerer, Exposición de Motivos del Proyecto de la Ley de Bancos, versión mecanografiada, Biblioteca de la Superintendencia de Bancos, p. 1

Uno de los principales argumentos para dictar la Ley en estudio ha sido que la Ley General de Bancos era obsoleta, lo cual en parte es verdad, aunque es igualmente verdad que muchos aspectos de este cuerpo normativo no fueron entendidos suficientemente por los intermediarios financieros ni sus posibilidades debidamente aprovechadas: por ejemplo, muy pocos bancos supieron advertir que las disposiciones de la derogada Ley relativas a la sección mandato, permitían realizar el fideicomiso, y precisamente por ello la banca no incurrió masivamente en este campo; al promulgarse la Ley de Mercado de Valores, los intermediarios financieros perdieron la posibilidad de realizar fideicomisos colectivos, actividad que se ha atribuido a las administradoras de fondos (art. 25 de la Ley de Mercado de Valores), quedando para las instituciones financieras únicamente los fideicomisos individuales (art. 51 literal r) de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero). En resumen, la falta de visión de los intermediarios financieros les hizo perder un muy interesante campo de acción.

La Ley en análisis recoge casi en su integridad el proyecto que, con el carácter de urgente en materia económica, lo remitió el Presidente de la República, con muy puntuales modificaciones introducidas por el Congreso Nacional. Debe absolverse de culpa al Legislativo de las imperfecciones que se puedan encontrar en la Ley, ya que de ninguna manera contó con el tiempo necesario para enmendar las equivocaciones y completar los vacíos del proyecto enviado por el Ejecutivo, el cual a su vez remitió sin cambios el proyecto elaborado por la Superintendencia de Bancos, en su versión final de diciembre de 1993. Este Organismo de Control hizo previamente, a mediados de 1993, circular entre varias personas vinculadas al sector financiero un anteproyecto y posiblemente en la elaboración final del proyecto que remitió al Ejecutivo, debió acoger las sugerencias formuladas por los empresarios consultados.

A diferencia de lo que ocurrió con la Ley General de Bancos de 1927, en la exposición de motivos de la Ley en estudio no se indica los nombres de los autores del anteproyecto ni de las personas que colaboraron con criterios que fueron recogidos en el proyecto. Según afirma León Roldós Aguilera⁶, en la carta de intención de las autoridades monetarias al FMI se anunció que el proyecto se remitiría en mayo de 1994.

Algunos errores advertidos:

Existen algunos errores de bulto, que deben corregirse mediante una reforma a la Ley. En efecto:

6. El Comercio, A-5, 20 de abril de 1994

- 1.- El art. 20 señala los requisitos que han de cumplir las instituciones del sistema financiero extranjero que deseen establecer una sucursal o una oficina de representación, y su literal c) dice "Mantener permanentemente en el país, cuando menos un apoderado, cuyo poder será previamente calificado por la Superintendencia, y deberá inscribirse en el Registro Mercantil. Este apoderado tendrá facultades amplias y suficientes para realizar todos los actos y contratos que hayan de celebrarse y surtir efecto en el territorio nacional y especialmente para que pueda contestar demandas y cumplir las obligaciones contraídas por el demandante. El poder deberá otorgarse en forma clara y precisa para obligar a la institución representada, respondiendo dentro y fuera del país, por los actos que se celebren y contratos que se suscriban en el país; llenando los requisitos exigidos tanto por la Ley ecuatoriana como por la Ley del país de origen de la institución financiera extranjera."

La equivocación es evidente, ya que la institución financiera extranjera mal puede otorgar poder para que su mandatario cumpla las obligaciones contraídas por el demandante. Es interesante anotar que este error no aparecía en el anteproyecto, versión final, elaborado por la Superintendencia de Bancos y que circuló entre el sector financiero, sino que consta en el proyecto, versión final de diciembre de 1993, elaborado por la misma Superintendencia y que presentado al Ejecutivo, fue remitido por éste al Congreso Nacional con el carácter de urgente en materia económica.

- 2.- El art. 108 dice: "De no haber otros bienes que rematar, el juez ordenará una liquidación del saldo que quede pendiente de pago por parte del deudor, incluyendo las costas causadas, concediéndole el término de cinco días para su pago; de no pagar el deudor dentro de dicho término se considerará que se presume su insolvencia y como consecuencia de ella, se declarará, de haber lugar al concurso de acreedores, o la quiebra en su caso, lo que se tramitará de acuerdo a las normas de la Sección IV del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil". A más de lo farragosa de la redacción, ocurre que en el Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil hay secciones IV tanto en el título I como en el II; este error apareció en el proyecto preparado por la Superintendencia de Bancos y que el Ejecutivo remitió al Congreso, no así en el anteproyecto.
- 3.- El art. 150 dice: "Cuando concurriesen las circunstancias establecidas en los artículos 148 y 151 de esta Ley, la Superinten-

dencia dispondrá la liquidación forzosa de la institución financiera, designando para tales efectos a uno o más liquidadores. El representante de la institución afectada en el plazo improrrogable de tres días, podrá interponer recurso de apelación, sea éste objetivo o subjetivo, ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, que dictará su decisión en el término improrrogable de quince días, bajo pena de destitución del o de los ministros jueces que conozcan de la causa, en cuyo caso actuarán los respectivos conjuces. Si estos últimos también se hiciesen merecedores de la imposición de la pena de destitución, el caso pasará a conocimiento de la sala siguiente y si no existiesen más salas, la causa pasará a conocimiento y resolución del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en la provincia que en orden alfabético continúe.

La no interposición de recurso dentro del plazo previsto del inciso que antecede conllevará la caducidad de la acción objetiva y subjetiva.

Sin perjuicio de que se ventile el recurso de apelación ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, continuará el proceso de liquidación con todos sus efectos. Si el fallo del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo que conozca de la causa dejase sin efecto la resolución que contenga la liquidación de la institución financiera, ésta será entregada por la Superintendencia a los administradores en funciones al tiempo de resolverse la liquidación. Todos los actos celebrados por el o los liquidadores en el ejercicio de sus funciones, mantendrán plena validez, excepto que se comprobare dolo o culpa grave, en cuyo caso se aplicarán las normas generales.

Cuando la Superintendencia disponga la liquidación forzosa de una institución financiera, sus administradores cesarán en sus funciones, con la sola excepción del caso y de los efectos previstos en el artículo 149 de esta Ley.

Mientras se cumplen los plazos señalados en este artículo, la institución estará a cargo de liquidadores nombrados por el Superintendente, quienes tendrán las mismas atribuciones previstas en el Estatuto para los administradores."

Al respecto, hay que anotar lo siguiente: si bien es cierto que la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en sus arts. 1 a 3, denomina "recursos" a las acciones que se pueden proponer a su amparo y por ello el Tribunal de lo Contencioso Admi-

nistrativo en múltiples fallos ha usado la palabra "recursos" para referirse a las acciones deducidas ante el mismo⁷; y que dicho Tribunal es competente para conocer de los recursos de apelación que se interpongan, por ejemplo, de las sentencias que dicta la Junta de Reclamaciones, de conformidad con lo que dispone el art. 123 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa; pero de allí a considerar sinónimos al recurso de apelación con la acción de impugnación del acto administrativo, sea subjetiva u objetiva, hay una gran distancia, y sin embargo esto es lo que ocurre en el art. 150 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, en el cual hay una confusión total entre lo que es un recurso de apelación de una providencia judicial y una acción de impugnación del acto administrativo, y se está haciendo tabla rasa de los principios fundamentales que informan el contencioso administrativo, a más de que es absurdo pretender que si no se presenta el recurso de "apelación" dentro del "plazo improrrogable de 3 días" caducará la acción objetiva. En efecto, la apelación es, según lo define el profesor emérito de nuestra Universidad Dr. Alfonso Troya Cevallos, "la reclamación que alguno de los litigantes, o un tercero interesado en el proceso, hace por haber recibido agravio mediante una providencia judicial, para que un juez o tribunal superior reforme o revoque un decreto, auto o sentencia del inferior"⁸; si una autoridad administrativa actúa como juez porque la Ley también le confiere jurisdicción, sus actos en sede jurisdiccional son perfectamente apelables, como ocurre en el caso de las decisiones del Director General de Obras Públicas cuando actúa como juez de caminos, en virtud de lo que dispone el art. 18 de la Ley de Caminos. Pero si el acto es en sede administrativa, la impugnación del mismo en sede jurisdiccional jamás será posible por la interposición de un recurso de apelación, sino que ha de proponerse una acción, sea de plena jurisdicción o de anulación, según el caso, por la propia naturaleza de la pretensión. Por lo tanto, la Ley debió dejar en claro la naturaleza del acto del Superintendente de Bancos en el cual disponga la liquidación forzosa de una institución financiera, esto es, si tiene el carácter de providencia judicial, en cuyo caso debió organizarse el debido proceso, o si tiene el carácter de acto administrativo, en cuyo caso la impugnación del mismo en sede jurisdiccional debió seguir los principios fundamentales del contencioso administrativo. Además, de conformidad con lo

7. Un ejemplo tomado al azar: el fallo dictado dentro del proceso No. 1840, publicado en el Boletín Oficial del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, No. 7, año 1986, p. 101)

8. Elementos de Derecho Procesal Civil, tomo II, p. 534, Educ, Quito, 1978

que dispone el art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder, tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativa, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal; no es el amparo de un derecho subjetivo el que legitima el ejercicio de la acción objetiva, sino el interés público, por ello, de conformidad con lo que dispone el art. 65 inciso segundo de esta misma Ley, en los casos que sean materia del recurso contencioso de anulación u objetivo, se podrá proponer la demanda en cualquier tiempo, sin que se pueda alegar prescripción, atento el interés permanente del imperio de la ley. Pero, según el art. 150 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, si el Superintendente resuelve una liquidación en forma ilegal, sin que concurren las circunstancias establecidas en los arts. 148 y 151 de la Ley en estudio, o en violación de cualquier otra norma constitucional o legal, se tiene el plazo improrrogable de tres días para proponer la acción objetiva; de lo contrario, el ilegal acto del Superintendente de Bancos quedará legitimado y ninguna persona aunque tenga interés directo podrá demandar la anulación del acto porque habrá caducado este recurso. Repugna a la lógica esta norma. Piénsese lo fácil que sería que un Superintendente de Bancos decida la liquidación forzosa de una institución financiera el jueves santo por la tarde, correrá el plazo improrrogable de tres días sin que pueda deducirse la acción, o presentarse el recurso de apelación según la norma en estudio, y el lunes siguiente, primer día hábil ya sería tarde para presentar recurso alguno. Esta disposición considero que es violatoria de la garantía constitucional del derecho de defensa.

En el anteproyecto, el art. 141, decía: "Cuando concurrieren las circunstancias establecidas en los artículos 138 y 142 de esta Ley, la Junta Bancaria a petición del Superintendente, dispondrá la disolución y liquidación forzosa de la institución financiera, designando para tales efectos a uno o más liquidadores.

El representante de la institución afectada en el plazo improrrogable de tres días podrá interponer un recurso de apelación ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso, que dictará su decisión en el término improrrogable de quince días.

Cuando la Superintendencia establezca la liquidación forzosa de una institución financiera, sus administradores cesarán en sus funciones.

Mientras se cumplen los plazos señalados en este artículo, la institución estará a cargo de interventores nombrados por el Superintendente quienes tendrán las mismas atribuciones de la Junta Directiva y del Gerente.

La institución financiera afectada cesará en el pago de sus obligaciones."

La actual redacción corresponde al proyecto definitivo preparado por la Superintendencia de Bancos.

El art. 136 de la Ley General de Bancos, en cambio, decía: "Si el banco creyere que la ocupación de sus negocios hecha por la Superintendencia es ilegal, puede reclamar de ella ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en el término de tres días, contados desde la fecha en que se hubiere realizado la ocupación."

- 4.- El art. 214 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero dice: "Los títulos hipotecarios y prendarios podrán ser transferidos mediante endoso a favor de una institución financiera o de una compañía de titularización, en cuyo caso el endoso deberá hacerse constar en el propio título con la firma del endosatario y endosado, sin perjuicio de la notificación que deberá hacerse al deudor de la obligación hipotecaria o prendaria.

En cualquier tiempo el endosatario de títulos hipotecarios o prendarios, podrá inscribir el endoso en el registro correspondiente sin que tal inscripción cause ningún gravamen ni derecho de inscripción o de registro, a excepción de los derechos del registrador los que en ningún caso podrán exceder del cero punto cincuenta por mil (0.50 0/00) de la cuantía del título endosado.

Solamente serán susceptibles de titularización las obligaciones hipotecarias o prendarias con vencimientos mayores a un año contados a partir de la fecha de titularización, cuya emisión responderá a obligaciones de la misma especie."

Esta disposición no constaba en el anteproyecto sino que aparece en el proyecto, versión final de diciembre de 1993. Más adelante me referiré a la "titularización"; aquí únicamente quisiera hacer notar el error jurídico en que incurre la norma en referencia. Desde que el endoso existe como institución típica

del derecho cambiario, se ha reconocido en él su carácter unilateral. Varios cientos de años han transcurrido, en los cuales para que el endoso se perfeccione ha sido suficiente de la firma del endosante, esto es, del tenedor legitimado del título circulatorio por vía de endoso, quien quiere desposeerse del mismo y traspasarlo al endosatario, para que éste pueda ejercer los derechos emergentes del documento endosado. En cuanto a la forma de perfeccionarse el endoso, precisamente ésta ha sido la diferencia con la cesión, porque no requiere ni de la concurrencia de la persona a quien se traspasa el título (y consequentemente el derecho en él incorporado) ni que se cuente con el deudor. Es ya clásica en nuestro medio la siguiente definición de endoso, dada por Fernando Legón, siguiendo al italiano De Semo: "declaración cambiaria unilateral y accesoria que se perfecciona con la entrega del título, incondicionada, integral, asimilable a una nueva letra de cambio, que tiene por objeto transmitir la posesión del título, de la cual el adquirente obtiene sus propios derechos autónomos; y que vincula solidariamente con los demás deudores al endosante, respecto de la aceptación y del pago."⁹ En el derecho patrio, desde las Ordenanzas de Bilbao de 1737, que nos rigieron hasta 1831 y el Código Español de 1829, que tuvo vigencia hasta 1882, pasando por los Código de Veintimilla de 1878 y de Alfaro de 1906, por la Ley sobre Letras de Cambio y Pagarés a la Orden de 1925, por la Codificación del Código de Comercio de 1960 y por la Ley de Cheques de 1963, y hasta que se promulgó el cuerpo normativo en estudio, tanto la Ley cuanto la doctrina y la jurisprudencia unánimemente habían aceptado que para que un título circule por vía de endoso no era necesario en absoluto que firmara en el endoso el endosatario, sino que era menester únicamente la declaración unilateral de voluntad realizada por el endosante, o sea, por el tenedor legitimado del título mediante la suscripción en el mismo o en su prolongación y el desposeimiento. Por el artículo 214 de la Ley en estudio, en cambio, resulta que ya no necesita firmar quien quiere traspasar el título, o sea el endosante, sino que ha de suscribir quien desea entrar en posesión del mismo, o sea el endosatario, y además se exige que firme el endosado, lo cual ciertamente será bastante difícil de lograrlo, ya que el título que se traspasa es el bien endosado.

Vacios y oscuridades:

En una reforma posterior, deberán completarse los múltiples va-

9. Letra de cambio y pagaré, p. 76, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1984

cíos y aclararse las oscuridades de que adolece la ley. Ejemplificativamente, veremos algunos de ellos.

- 5.- El art. 19 dice "las instituciones financieras extranjeras no podrán adoptar denominaciones que pertenezcan a instituciones financieras ecuatorianas..." Doy un ejemplo: en Perú existen, desde hace muchos años, el Banco de Crédito y el Banco Continental, instituciones muy prestigiadas; pues bien, si cualquiera de estos Bancos pretende establecer una sucursal en Ecuador ¿deberá cambiar su denominación?. Sin lugar a dudas, se pudo redactar mejor este artículo.
- 6.- El art. 21 dice: "Los acreedores de la sucursal de un banco extranjero en el Ecuador, gozarán de derechos de preferencia sobre los activos que ésta posea en el país, en caso de liquidación de su oficina matriz o liquidación de los negocios en el Ecuador por cualquier causa. Este derecho de preferencia se ejercerá en el mismo orden de prelación dispuesto en esta Ley." Si la sucursal ecuatoriana del banco extranjero ha garantizado una obligación originada en una transacción internacional, por ejemplo, una importación financiada desde el extranjero, ¿el acreedor extranjero no residente en el país tiene o no estos "derechos de preferencia"? cabe preguntar ¿cuáles son estos derechos de preferencia? nótese que en un primer momento este artículo habla de derechos, en plural, para después hablar de derecho, en singular; además, se confunde entre preferencia y prelación. No existe un orden de prelación sino un orden de preferencias, ya que la prelación de los créditos implica un orden de los mismos para su pago de acuerdo a las causas de preferencia; véase en este sentido los arts. 2396, 2399, 2401, 2407 etc. del Código Civil. El inciso final del art. 57 de la Ley General de Bancos era más claro a este respecto, cuando decía "Tanto los acreedores ecuatorianos como los extranjeros residentes en el Ecuador, gozarán del derecho de preferencia en el activo que un banco extranjero tenga en la República."
- 7.- Se usa indistintamente las voces "término", "plazo" e inclusive "período" en varias normas que tratan de una misma materia; por ejemplo, en el art. 10 se habla de "término", en el art. 11, en cambio, de "plazo" y de "período", y puesto que se trata del trámite de constitución por promoción pública, no se sabe a ciencia cierta si se deben o no contar los días de descanso obligatorio cuando la ley fija un "término", o si correrán todos los días. Nótese, en cambio, la contundencia de la Ley en el caso del art. 150 ya comentado.

- 8.- El art. 12 dice: "Cuando se trate de fundar una institución del sistema financiero privado sin promoción pública, los interesados podrán presentar de una vez la solicitud de constitución, acompañando simultáneamente las informaciones mencionadas en los artículos 9, 10 y 11; y la Superintendencia tramitará y resolverá la solicitud como se indica en el artículo precedente." Pero, resulta imposible que los fundadores puedan acompañar las informaciones mencionadas en el art. 10, ya que esta disposición establece que "Recibida la solicitud, la Superintendencia ordenará la publicación de la petición, incluida la nómina de los promotores, por tres veces, con intervalos de al menos un día entre una y otra, en un periódico de circulación nacional.

Quien considere que el proyecto perjudica a los intereses del país o tenga reparos respecto de la solvencia o idoneidad de cualesquiera de los promotores, podrá presentar ante la Superintendencia, debidamente identificado y con fundamentos, las oposiciones de las que se crea asistido, dentro del término de veinte días, contados a partir de la última publicación.

De presentarse oposiciones dentro del término legal, la Superintendencia correrá traslado a los promotores para que, en el término improrrogable de diez días, las contesten.

La Superintendencia deberá resolver la solicitud en el término de sesenta días, contados a partir de la fecha de la última publicación o de la contestación a las oposiciones que se hubiesen presentado. La Superintendencia aceptará la solicitud para la continuación del trámite o, de ser del caso, la negará.

Si la decisión fuere favorable a los peticionarios, la autorización para promover la sociedad de que se trate se concederá por resolución de la Superintendencia, indicando la duración máxima del período de promoción, el cual no podrá exceder de seis meses, prorrogables por igual período por una sola vez." Aplicando literalmente el art. 12, correspondería a los fundadores de la institución financiera realizar por su cuenta el trámite de publicación previsto por el art. 10 antes transcrito, y una vez que lo hayan realizado, deberán presentar la escritura pública fundacional con toda la información a la Superintendencia de Bancos, a fin de que apruebe la constitución. Pero esta interpretación de la ley resultaría ilógica, por lo que se debe aclarar que, una vez presentada la solicitud de aprobación

con la escritura fundacional y la documentación prevista en el art. 9, el Superintendente de Bancos dispondrá la publicación de la petición en la forma dispuesta en el art. 12, y que de no presentarse oposiciones o de ser rechazadas las que se lleguen a presentar, se aprobará la constitución en la forma prevista en el art. 11.

- 9.-** El art. 7 dice: "Las instituciones del sistema financiero no podrán otorgar ni emitir acciones o bonos para remunerar servicios". Dos observaciones a esta norma:
- a) La palabra "bono" no es genérica en nuestro sistema legal, a diferencia de otras legislaciones, como la colombiana. ¿Se quiso prohibir que se emitan títulos causales de contenido crediticio, como serían las obligaciones ordinarias?
 - b) Si la institución adeuda a una persona una determinada suma de dinero por servicios prestados ¿no se podría capitalizar estas acreencias al tenor de lo que dispone el art. 42 literal a) de esta Ley?. ¿Tampoco podría emitir obligaciones que reconozcan la deuda a cargo de la emisora, al tenor de lo que dispone el art. 35 de la Ley de Mercado de Valores y art. 51 literal d) de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero?. No aparece una razón de peso para prohibirlo.

Esta disposición consta desde el anteproyecto.

- 10.-** El art. 44 dice: "Pueden ser accionistas de instituciones del sistema financiero privado:
- a) Las personas naturales;
 - b) Las personas jurídicas o sociedades mercantiles, cualquiera sea su clase, siempre que exista constancia en la Superintendencia acerca de quienes son el conjunto de las personas naturales que directa o indirectamente poseen al menos el setenta por ciento (70%) de la propiedad de personas jurídicas accionistas, salvo que se trate de sociedades de capital abierto inscritas como tales en el Registro Nacional de Valores;
 - c) Las fundaciones, corporaciones, sindicatos, congregaciones u otras personas jurídicas, que por su naturaleza no tengan fines de lucro;
 - d) Las compañías de seguros y reaseguros;
 - e) Las compañías administradoras de fondos y de fideicomisos y las casas de valores, cuando así conste en el contrato fiduciario o en las instrucciones del comitente; y,
 - f) Los fondos de inversión o mutuos, de cesantía y de pensio-

nes legalmente constituidos, previamente calificados por la Superintendencia....”

Esta enumeración aparece taxativa. No se incluye en ella a las sociedades civiles ¿significa esto que una sociedad civil no puede ser accionista de una institución financiera? o ¿deberán incluirse en el literal c) cuando dice “u otras personas jurídicas, que por su naturaleza no tengan fines de lucro”? pero ¿acaso las sociedades civiles no persiguen beneficios?

El literal b) habla de personas jurídicas o sociedades mercantiles, cabe preguntar si la conjunción “o” es disyuntiva o copulativa. En los literales d) y e) se habla de compañías de seguros y reaseguros y de compañías administradoras de fondos y de casas de valores ¿es que todas estas sociedades no son mercantiles y no están, por lo tanto, comprendidas en el literal b)?.

La revisión anterior es muy somera, porque en este artículo hay mucha tela para cortar.

- 11.-** El art. 59 dice: “La sociedad controladora, el banco o la sociedad financiera, que hagan cabeza del grupo, serán propietarios en todo tiempo de por lo menos el cincuenta y uno por ciento (51%) de las acciones con derecho a voto de cada una de las instituciones integrantes del grupo”.

El art. 57 dice: “Para efectos de esta Ley, se entenderá por grupo financiero al integrado por:

- a) Una sociedad controladora que posea un banco o una sociedad financiera privada, una compañía de seguros y reaseguros sociedades de servicios financieros o auxiliares previstas en esta Ley, las instituciones previstas en la Ley de Mercado de Valores, así como las subsidiarias del país o del exterior de cualesquiera de las mencionadas; y,
- b) Un banco o sociedad financiera que posea una compañía de seguros y reaseguros, sociedades de servicios financieros o auxiliares previstas en esta Ley, las instituciones previstas en la Ley de Mercado de Valores, así como las subsidiarias del país o del exterior de cualesquiera de éstas.

Salvo lo previsto en el artículo 147 de esta Ley, un grupo financiero, cualquiera que sea su conformación, no podrá estar integrado por más de un banco, ni por un banco y una sociedad financiera, ni por más de una compañía de seguros o reaseguros, ni por más de una sociedad financiera al mismo tiempo, ni

poseer más de una sociedad de servicios financieros o auxiliares dedicada a la misma actividad.

Se entenderá conformado un grupo financiero desde el momento en el que la sociedad controladora, el banco o la sociedad financiera posean una o más de las instituciones señaladas en las letras que anteceden”.

El art. 67 dice: “Para efectos de esta Ley, se entenderá por subsidiarias a aquellas instituciones financieras que poseen personería jurídica propia y en las cuales una institución del sistema financiero o una sociedad controladora tenga una participación accionaria directa o indirecta, superior al cincuenta por ciento (50%) del capital de la compañía receptora de la inversión...”

Según el art. 59, la sociedad controladora, el banco o la institución financiera cabeza del grupo tendrá todo el tiempo por lo menos el cincuenta y uno por ciento (51%) de las acciones con derecho a voto, lo cual en la práctica podrá ser el veinticinco punto cinco por ciento (25.5%) del total de acciones, ya que es posible que una sociedad anónima emita acciones preferidas sin derecho a voto hasta por el cincuenta por ciento de su capital social; pero de acuerdo con el art. 67, para que la compañía sea subsidiaria es necesario que la sociedad controladora o la institución financiera posea, directa o indirectamente, una participación accionaria superior al cincuenta por ciento del capital de la compañía receptora. Deberían revisarse los arts. 59 y 67 a fin de que haya la debida coherencia, en atención a que el art. 57 habla de subsidiarias.

- 12.-** El art. 79 dice: “La información que las instituciones financieras remitan a la Superintendencia deberá ser suministrada de acuerdo con las instrucciones que ésta imparta.

Las copias de la información que remitan las instituciones del sistema financiero a la Superintendencia, certificadas en la forma que ésta determine, servirán como medio de prueba conforme al Código de Procedimiento Civil, y su falsificación o alteración acarreará responsabilidad penal.

Las instituciones financieras mantendrán sus archivos contables incluyendo los respaldos respectivos por un período no menor de seis años contados a partir de la fecha del cierre del ejerci-

cio. Al efecto podrán utilizar los medios de conservación y archivo que estén autorizados por la Superintendencia de acuerdo a las disposiciones generales que imparta con este objeto.

Las copias certificadas y las reproducciones de esta información expedida por un funcionario autorizado de la institución financiera, tendrá (sic) el mismo valor probatorio que los documentos originales. Las alteraciones que se realicen en las copias o reproducciones serán reprimidas con arreglo a los artículos 339 y 340 del Código Penal."

Los arts. 339 y 340 tipifican dos delitos diferentes, así:

El art. 339 del Código Penal dice: "Será reprimida con pena de seis a nueve años de reclusión menor, cualquiera otra persona que hubiere cometido una falsedad en instrumentos públicos, en escrituras de comercio o de banco, contratos de prenda agrícola o industrial o de prenda especial de comercio, en escritos o en cualquier otra actuación judicial:

Ya por firmas falsas;

Ya por imitación o alteración de letras o firmas;

Ya por haber inventado convenciones, disposiciones, obligaciones o descargos, o por haberlos insertado fuera de tiempo en los documentos;

Ya por adición o alteración de las cláusulas, declaraciones o hechos que esos documentos tenían por objeto recibir o comprobar".

Mientras que el art. 340 del Código Penal dice: "El que, por cualquiera de los medios indicados en el artículo precedente, cometiere falsedad en instrumentos privados, a excepción de los cheques, será reprimido con dos a cinco años de prisión."

La pregunta es: ¿en cuál de estas figuras penales encajan las alteraciones que se realicen en las copias o reproducciones?. Obsérvese con cuidado que la figura penal es únicamente de alteración de las copias o reproducciones de la información que las instituciones financieras remitan a la Superintendencia. ¿Quiso realmente decir esto la norma en estudio?.

- 13.-** Hay un criterio generalizado de la Inconveniencia del llamado procedimiento ejecutivo especial, que establece un privilegio exorbitante en favor de las instituciones financieras. Si una persona vende un inmueble para que su precio se pague a plazo,

y se garantiza con hipoteca el saldo deudor del precio ¿cuál es la razón para que no pueda acceder al procedimiento ejecutivo especial?. Realmente que se está estableciendo una diferencia odiosa en favor de las instituciones financieras.

El art. 101 dice: "Este procedimiento sólo podrá ser suspendido si prueba la realización del pago o se consigna ante el juez el valor de la deuda en mora y las costas causadas. En este caso, el juez entregará estos valores al acreedor, cancelará las obligaciones correspondientes con la institución financiera acreedora y dispondrá el archivo de la causa, dejando a salvo los derechos que pudiese ejercer el consignante cuando éste no fuese el deudor." Debemos recordar que la palabra "pago" tiene un sentido preciso en el art. 1611 del Código Civil; por lo tanto, si se ha extinguido el adeudo por cualquiera de los otros modos que prevé el art. 1610 del mismo cuerpo legal, simplemente no podría proponerse la excepción de extinción de la obligación, por ejemplo por mutuo disenso, por novación, por compensación, por remisión, por transacción, por prescripción, por evento de condición resolutoria, por declaratoria de nulidad o rescisión etc.

De otra parte, únicamente se deja a salvo los derechos de quien sin ser el deudor ha consignado el valor de la deuda en mora y de las costas procesales; por lo tanto, si el deudor consigna el monto de la deuda para evitar el remate y proponer la correspondiente acción de la que se halle asistido, no podría hacerlo porque según esta disposición, el juez mandará archivar el proceso y el consignante no tendría derecho a reclamo alguno. Por cierto que esta interpretación de la Ley repugna a la lógica; habría sido mejor que se redacte la norma con mayor claridad.

Vale la pena observar que el anteproyecto señalaba que eran invocables por el deudor únicamente las excepciones de pago, prescripción, compensación, litis pendencia y cosa juzgada (art. 104), pero que en el proyecto (art. 103) se declaró que "en este procedimiento especial no se admitirá disposición alguna para la venta en remate del bien hipotecado", lo cual ciertamente originó severas críticas, por lo que inclusive el Superintendente de Bancos debió concurrir al Congreso a explicar el proyecto de Ley y, ante las observaciones formuladas por los legisladores, declaró que "ciertamente en la Superintendencia no meditamos los alcances negativos que esto podría tener en un momento dado"¹⁰; como consecuencia de las críticas, se

introdujo la posibilidad de que se suspenda el procedimiento no solamente si es que se consigna el valor del crédito insoluto sino también en caso de que se pruebe el pago.

- 14.-** Derogadas todas las normas que contenían la Ley General de Bancos y la Ley de Compañías Financieras respecto de títulos causales, (cédulas hipotecarias, bonos de prenda, pólizas de acumulación, certificados financieros, bonos de garantía general y específica) ha quedado un vacío legal respecto de la naturaleza, características, efectos, circulación procedimiento de anulación y emisión de duplicados en caso de destrucción, deterioro o extravío etc. de los títulos valor emitidos por las instituciones financieras. Cabe preguntar si podría la Junta Bancaria, al tenor de lo que dispone el art. 177 de la Ley en estudio, reglamentar estas materias, especialmente al amparo del literal b) que dice "Son atribuciones de la Junta Bancaria las siguientes: ...b) Resolver los casos no consultados en esta Ley, así como las dudas en cuanto al carácter bancario y financiero de las operaciones y actividades que realicen las instituciones financieras y dictar las resoluciones de carácter general para la aplicación de esta Ley." ¿Se puede catalogar de casos no consultados en la Ley los temas propuestos?. Debe tenerse en cuenta lo que dispone el art. 1 de la Ley de Mercado de Valores, que confiere competencia al Consejo Nacional de Valores para determinar lo que es un valor.

- 15.-** El art. 147 es de difícil comprensión, y en la práctica resultó de imposible aplicación, a pesar de las gestiones personales que realizó el propio Superintendente de Bancos.¹¹

La norma en referencia dice: " Las instituciones del sistema financiero público o privado del país y las sucursales de instituciones financieras del extranjero que funcionen en el país podrán, previa autorización de la Superintendencia y acuerdo de su directorio, suscribir acciones representativas de un aumento de capital de otra institución que se encuentre en la situación prevista en los artículos 145 y 146. Asimismo, podrán otorgarle un préstamo denominado subordinado, computable como patrimonio técnico en la entidad receptora, siempre que el plazo del mismo no exceda de un año. Cumplido este plazo, el préstamo se convertirá por compensación, de pleno derecho, en capital y se emitirán las acciones que correspondan. Sin embargo, antes del vencimiento de dicho plazo, el préstamo sólo podrá ser pagado con el producto de un aumento de capital.

11. Véase la muy severa crítica que formula el banquero ldo. Andrés Vallejo, en su artículo "Los bancos también pueden cerrar", diario Hoy, 4-A, 16 de agosto de 1994.

En ningún caso el valor pagado por las acciones suscritas o del préstamo subordinado, podrá representar más del cuarenta por ciento (40%) del patrimonio técnico de la institución aportante o prestamista.

Las instituciones que suscriban las acciones o que hayan otorgado el préstamo subordinado, deberán vender las acciones correspondientes, dentro del plazo máximo de doce meses, a inversionistas no relacionados con su propiedad o administración. Vencido este plazo, si no se han transferido las acciones, deberán reducirse completamente la inversión de su activo o resolver fusionarse con la entidad receptora dentro de los noventa días siguientes.

Si hubiese transcurrido los noventa días siguientes a la conclusión del plazo original y no se hubiese resuelto la fusión, la Superintendencia dispondrá el remate de las acciones en pública subasta. Si las acciones perteneciesen a más de una institución financiera, la fusión se hará con la que haya tomado la mayor participación, pudiendo adquirir el resto de las acciones a las demás instituciones financieras. En caso que hayan participado dos o más instituciones a prorrata, la Superintendencia dictaminará cuál institución practicará la fusión."

Nótese que en ningún momento se respeta el derecho preferente de los accionistas a suscribir en el aumento de capital. Es verdad que en algunos casos los accionistas que tuvieron directa ingerencia en la administración de la institución financiera podrían tener parte de culpa en los problemas de la misma, pero no se puede generalizar; debió respetarse el derecho de los accionistas, particularmente de quienes estuvieran dispuestos a ser protagonistas de la regularización de la institución en problemas.

En verdad, la vida ha demostrado que los autores de la ley partieron de una hipótesis falsa: que los restantes actores del sistema financiero serían solidarios con aquella institución en problemas. De entre los diversos sistemas posibles para ayudar a un intermediario financiero a superar problemas¹², se escogió aquel que requiere de un gran profesionalismo y sentido de cuerpo. El propio Superintendente de Bancos, en declaraciones

12. Consúltase sobre el tema la tan interesante obra de Antonio Torrero Mañas, catedrático de Estructura Económica de la Universidad de Alcalá de Henares, intitulada "La crisis del sistema bancario: lecciones de la experiencia de Estados Unidos", Editorial Civitas, Madrid, 1994.

públicas, ha dicho "Dolorosamente no hubo el espíritu de solidaridad de los bancos, los cuales deben tener un criterio mucho más claro de este principio y entender que tienen un objetivo común que les obliga a mantener esa solidaridad" y ha añadido "Vamos a tener que revisar la Ley en este caso, porque si no usan la libertad que se les da a los bancos para obrar de acuerdo con su responsabilidad, el Estado debe tener la fuerza coercitiva para enfrentar estas situaciones"¹³.

- 16.-** El art. 154 también resulta de difícil comprensión. En efecto, dice: "Cuando una institución del sistema financiero que se encuentre en liquidación forzosa o cuya junta de accionistas haya acordado su disolución voluntaria, enajénase la totalidad de sus activos o una parte sustancial de ellos a otra institución financiera, dicha transferencia se efectuará mediante el otorgamiento de una escritura pública, en la cual se señalen globalmente, por su monto y partida, los bienes que se transfieren de acuerdo al balance respectivo.

En los casos contemplados en el párrafo que antecede, así como en cualquier otro caso de cesión, la tradición de los bienes y sus correspondientes garantías y derechos accesorios, operará de pleno derecho, sin necesidad de endosos, notificaciones ni inscripciones, salvo en el caso de los bienes raíces. El solo mérito de la escritura pública de cesión permitirá inscribir las garantías, cuando corresponda, o ejercer en juicio los derechos de acreedor.

La escritura de cesión deberá estipular como obligación inmediata la transferencia formal de los activos, para lo cual debe cumplir con todas las formalidades legales en un plazo máximo de noventa días. En el caso de que un tercero apareciere como adquirente de esos activos por instrumento válido anterior a la escritura de cesión, el tercero no será afectado en sus derechos, y si un deudor prueba haber cancelado su obligación, aquella será extinguida."

El artículo, en la redacción transcrita, consta en la versión final del proyecto elaborado por la Superintendencia de Bancos.

Por cierto que ha debido transcurrir poco tiempo desde que entró en vigencia la Ley para que se presente el primer caso de aplicación de la norma en estudio, a consecuencia de la adqui-

13. Diario Hoy, "Banca no obró con solidaridad", 2-A, 16 de agosto de 1994.

sición de la cartera de créditos y activos del Banco de los Andes Nacional e Internacional por el Filanbanco, de manera que a corto plazo se podrán conocer los problemas que se presentan en la aplicación de esta disposición.

- 17.-** El art. 201 dice: "Todos los documentos o títulos de renta fija que por disposición del Consejo Nacional de Valores sean calificados como valores, adquirirán desde ese momento la naturaleza y efectos de un título valor. Serán nominativos, a la orden o al portador. Si están registrados en un depósito centralizado de compensación y liquidación de valores, se transferirán en base a lo previsto en la Ley de Mercado de Valores, aun cuando el título sea nominativo o al portador."

Esta es una norma vacía de contenido ya que en Ecuador no existe una ley general de títulos valores, ni ninguna ley señala la naturaleza ni los efectos de un "título valor", expresión que, si bien muy aceptada en la doctrina, es de reciente introducción, de manera por cierto puntual, en el derecho positivo ecuatoriano. Sobre este tema, desde 1976 he venido insistiendo en la conveniencia de utilizar la denominación¹⁴ pero igualmente desde mi cátedra de Títulos Valor he insistido en la necesidad de que se promulgue una Ley general sobre títulos valores, en la cual, precisamente, se señale la naturaleza y los efectos de esta clase de bienes mercantiles. El problema tiene particular importancia en caso de que el tenedor legitimado del título pretenda ejercer los derechos emergentes del mismo por la vía judicial ya que, por lo que dispone el art. 423 del Código de Procedimiento Civil, no podría proponerse la acción por la vía ejecutiva porque se precisa de una ley que conceda al título el carácter de ejecutivo; así como mediante el art. 219 de la Ley en estudio se contrareformó el art. 425 del Código de Procedimiento Civil, en una verdadera involución a mi juicio inconveniente, se debió reformar el art. 423 del mismo cuerpo adjetivo, para conceder la calidad de títulos ejecutivos a aquellos documentos o títulos de renta fija que por disposición del Consejo Nacional de Valores sean calificados como valores; más aún, si se entró a normar la titularización, debió pensarse que por este mecanismo se crean títulos de participación, o sea de renta variable, o mixtos, también se debió dotar a esos títulos del carácter de ejecutivos.

"Aún cuando el título sea nominativo o al portador". Esta expresión se presta a confusiones, ya que parecería estar convirtiendo en circulorios por vía de endoso a todos los títulos que se encuentran en custodia en un depósito centralizado. Es para efectos del contrato de custodia que se requiere de la manifestación escrita de la voluntad de traspasarlos, realizada por su titular o el representante autorizado de la casa de valores que lo representa, pero los títulos seguirán circulando según su propia ley circulatoria, es decir, los nominativos directos por cesión, los a la orden por endoso y los al portador por mera entrega.

- 18.- Titularización:** esta novísima figura, tan en auge en algunos países, constituye un mecanismo idóneo para convertir en altamente líquidos los activos ilíquidos, mediante su incorporación a títulos de contenido crediticio o participativo. La Ley en estudio tiene dos referencias a la titularización: en el art. 1 inc. 3 se mencionan las compañías de titularización entre las instituciones de servicios financieros, y en el art. 214 en que se habla de la titularización de créditos con garantías hipotecarias o prendarias y vencimientos superiores a un año contado a partir de la fecha de titularización. Ya se ha comentado un aspecto de este artículo en el No. 4 supra.

Realmente el art. 214 en estudio resulta muy oscuro. En efecto, se habla de que los "títulos hipotecarios y prendarios podrán ser transferidos mediante endoso a favor de una institución financiera o de una compañía de titularización, en cuyo caso el endoso deberá hacerse constar en el propio título con la firma del endosatario y endosado, sin perjuicio de la notificación que deberá hacerse al deudor de la obligación hipotecaria o prendaria.

En cualquier tiempo el endosatario de títulos hipotecarios o prendarios, podrá inscribir el endoso en el registro correspondiente sin que tal inscripción cause ningún gravamen ni derecho de inscripción o de registro, a excepción de los derechos del registrador los que en ningún caso podrán exceder del cero punto cincuenta por mil (0.50 0/00) de la cuantía del título endosado.

Solamente serán susceptibles de titularización las obligaciones hipotecarias o prendarias con vencimientos mayores a un año contados a partir de la fecha de titularización, cuya emisión responderá a obligaciones de la misma especie."

Pero, los títulos hipotecarios son las escrituras públicas de constitución del derecho real de hipoteca (arts. 2335, 710 y 721 del Código Civil), la sentencia de adjudicación en pública subasta a plazo (art. 477 del Código de Procedimiento Civil) y la hijuela de partición en que el adjudicatario resulta obligado a hacer pagos, por conceptos de refundición o por cualquier otro (art. 659 del Código de Procedimiento Civil). La pregunta es ¿cómo se puede endosar la escritura pública que reposa en la matriz del notario? o el auto de adjudicación que reposa en el proceso dentro del cual se hizo la venta en pública subasta, o su copia que se encuentra protocolizada en el registro a cargo del notario e inscrita? o la hijuela partitoria que igualmente reposará en el juicio de partición, o su copia que se encuentra protocolizada en el registro a cargo del notario e inscrita?. Sin duda que este artículo debió comenzar diciendo que los créditos con garantía hipotecaria o prendaria pueden incorporarse a un título valor a la orden de contenido crediticio, participativo o mixto, siempre y cuando el vencimiento del crédito sea superior a un año contado desde la fecha de la titularización.

Por cierto que no se alcanza a ver razón alguna para que se imponga que los títulos deban ser a la orden, cuando perfectamente podrían emitirse nominativos, como ocurre en otros regímenes legales.

De otra parte, esta norma es excesivamente limitante. La titularización es un mecanismo financiero en plena evolución. Se reconocen muchísimas modalidades: a manera de ejemplo, señalaré que la Resolución No. 1394 de 4 de noviembre de 1993, de la Superintendencia de Valores colombiana, relativa a titularización, en su art. 4 dice: "Podrán estructurarse procesos de titularización a partir de los siguientes activos o bienes: títulos de deuda pública, títulos inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, cartera de crédito, documentos de crédito, activos inmobiliarios y rentas o flujos de caja predecibles con base en estadísticas de los últimos tres años o en proyecciones de por lo menos tres años continuos.

No obstante lo anterior, la Superintendencia de Valores, previo concepto de la Sala General, podrá autorizar la estructuración de procesos con bienes diferentes de los anteriormente señalados, así como abstenerse de autorizar procesos de titularización, esto último en los siguientes casos:

1. Cuando existan circunstancias de las cuales se derive un temor fundado de causar daño al mercado.

2. Cuando con la operación proyectada se desvirtúe la finalidad que persigue el mecanismo de titularización, y
3. Cuando las condiciones financieras y económicas del mercado así lo ameriten.

Parágrafo 1 Sólo en los procesos de titularización efectuados para el desarrollo de la actividad energética, obras de infraestructura y prestación de servicios públicos, adelantados por entidades públicas o privadas, se podrán utilizar proyecciones de flujos futuros como base de la estructuración del proceso.

Parágrafo 2 Podrán también estructurarse procesos de titularización a partir de patrimonios autónomos constituidos con sumas de dinero destinadas a la adquisición de cualquiera de los activos o bienes enunciados en el presente artículo.¹⁵

Teniendo en cuenta las enormes posibilidades de la figura, su complejidad e, inclusive, las limitaciones de nuestro mercado financiero, lo lógico era dejar a decisión del Consejo Nacional de Valores las clases de titularización permisibles. Creo que el art. 214 en estudio, además de todo lo anotado, es excesivamente limitante.

Este artículo corresponde al art. 219 del proyecto en su versión final, elaborado por la Superintendencia de Bancos. No constaba en el anteproyecto que preparó dicho organismo.

- 19.- Régimen de las cooperativas:** un gran vacío se advierte en lo que respecta a las cooperativas de ahorro y crédito abiertas al público. Se ha dado una enorme delegación legislativa al Presidente de la República en el art. 215 de la Ley que dice: "La constitución, organización, funcionamiento y liquidación, así como las facultades de competencia y control de la Superintendencia respecto de las cooperativas de ahorro y crédito que realizan intermediación financiera con el público serán reglamentadas mediante decreto ejecutivo.

La personería jurídica de estas instituciones financieras será conferida por la Superintendencia."

El art. 216 que dice: "Las cooperativas de ahorro y crédito sometidas a esta Ley podrán realizar operaciones activas y pasivas con sus socios y con terceros, si su Estatuto social así lo

15. Nociones fundamentales de fiducia, Asociación de Fiduciarias, Escuela Judicial, Rodrigo Lara Bonilla, Santafé de Bogotá, 1994, p. 191.

permite." Este artículo carece de sentido, ya que según el art. 1 de la Ley, están sometidas a la misma las cooperativas de ahorro y crédito que realizan intermediación financiera con el público, y según el art. 2 para que las cooperativas de ahorro y crédito sean consideradas instituciones financieras deberán realizar intermediación financiera con el público. En realidad, uno de los pecados capitales del proyecto de Ley elaborado por la Superintendencia de Bancos fue la casi total prescindencia que hizo de las cooperativas de ahorro y crédito abiertas al público, ya que apenas las mencionó en el art. 1 inc. 3, pero no las volvió a tener en cuenta para nada, ni siquiera señaló las operaciones que podían realizar. El Congreso Nacional debió remediar esta omisión en el poquísimo tiempo del que dispuso por habersele remitido el proyecto con el carácter de urgente en materia económica.

Incongruencias

Se advierten algunas incongruencias que deberán remediarse. En efecto:

- 20.-** El art. 45 que dice: "Prevía la inscripción en el Libro de Acciones y Accionistas de una institución del sistema financiero privado, la Superintendencia calificará la responsabilidad, idoneidad y solvencia del cesionario o suscriptor, sea éste nacional o extranjero en los siguientes casos:
- a) En la transferencia de acciones cuando el cesionario devenga en propietario del seis por ciento (6%) o más del capital suscrito; y,
 - b) Cuando con el monto de la suscripción el suscriptor alcance el seis por ciento (6%) o más del capital suscrito.

Igual calificación se requerirá en forma previa a la inscripción de acciones por la adjudicación o partición de las mismas por acto entre vivos y siempre que el adjudicatario devenga en propietario del seis por ciento (6%) o más de las acciones suscritas.

Todos los derechos inherentes a las acciones, cuya inscripción se encuentre pendiente de calificación, pertenecen al accionista que aparezca como tal, en el Libro de Acciones y Accionistas de la institución financiera.

Para la aplicación de este artículo, la Superintendencia pedirá las informaciones que crea necesarias, las que le serán suminis-

tradas de manera obligatoria por las instituciones privadas y públicas, incluyendo las entidades que integran la Fuerza Pública y sus dependencias.

La Superintendencia calificará la transferencia, suscripción, adjudicación o partición de acciones en el término de diez días, contados a partir de la recepción de toda la información, la misma que se someterá a la reserva bancaria.

El incumplimiento de los requisitos establecidos en este artículo producirá de pleno derecho la nulidad absoluta de la inscripción que será declarada por el Superintendente, quien al mismo tiempo impondrá al administrador que hubiese autorizado la inscripción las sanciones previstas en esta Ley.

La calificación a la que se refiere este artículo podrá ser solicitada por la institución del sistema financiero o por el interesado en la inscripción."

Por su parte, el art. 65 dice: " Salvo el caso de sucesión por causa de muerte, ninguna persona natural o jurídica podrá adquirir directamente o a través de terceros, el control de más del seis por ciento (6%) del capital suscrito y pagado de una sociedad controladora sin autorización de la Superintendencia. Si se supera este límite, la Superintendencia calificará el registro de la transferencia, suscripción, adjudicación o partición de acciones en el término de quince días, contados a partir de la fecha de recepción de toda la información, la que se someterá a la reserva bancaria.

El registro de las acciones suscritas o adquiridas, efectuado en contravención a lo dispuesto en este artículo, suspenderá los derechos políticos y económicos inherentes a ellas, mientras no se regularice la propiedad de las mismas."

No existe razón para que se penalice con la nulidad absoluta de la inscripción y multas en el caso de las instituciones financieras, y con solamente la suspensión de los derechos políticos y económicos en el caso de las sociedades controladoras cuando, precisamente en estas sociedades el control debería ser más riguroso, por ser las propietarias de todas las instituciones del grupo controlado.

- 21.-** El art. 169, dice: "En la liquidación de una institución del sistema financiero privado, constituyen créditos privilegiados de pri-

mera clase, con preferencia aún sobre los hipotecarios, los siguientes, en el orden que se determina: ...". Y el inciso final añade: "Luego se atenderán los otros créditos, de acuerdo al orden y forma determinados en el Código Civil". Mientras que el art. 48 inc. final dice: "En el caso de concurso de acreedores se pagarán después de que sean cubiertos los créditos no preferentes".

El art. 169 otorga la calidad de créditos de primera clase a los que enumera dicho artículo, los restantes se pagarán de acuerdo con las categorías establecidas en el Código Civil, o sea cuatro clases de créditos preferentes y una quinta clase de créditos comunes o valistas; pero el art. 48 establece una nueva clase de créditos, inferior a los comunes o valistas: el crédito de los tenedores de obligaciones convertibles en acciones, cuando han sido consideradas como parte del patrimonio técnico. Compárese con lo que dispone el art. 44 de la Ley de Mercado de Valores: "En caso de disolución de la compañía emisora, se tendrán por vencidas las obligaciones en circulación. El crédito de las obligaciones se pagará antes que el de los accionistas y gozará de la preferencia que le corresponda, según la garantía que la caucione."

Por cierto que el art. 48 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero está creando una nueva especie de obligaciones, las que en la doctrina y en legislaciones como la española se conocen como "obligaciones subordinadas", que al decir Salvador Torres Escamez "son el tipo más parecido en nuestro Derecho positivo a los célebres bonos basura de la práctica norteamericana"¹⁶, cuya naturaleza ha sido discutida, llegándose a considerarlos como un relación de carácter societario (sociedad interna o cuentas en participación); yo creo que en la ley se debió, expresamente, establecerse esta nueva clase de obligaciones y no incluirlas dentro de las obligaciones convertibles previstas en la Ley de Mercado de Valores ya que, si se tiene en cuenta que las obligaciones convertibles son títulos que dan derecho a su tenedor para exigir alternativamente que la compañía le pague el valor de dichas obligaciones, conforme a las disposiciones generales, o que las convierta en acciones, lo lógico es que se dé el tratamiento correspondiente; si el obligacionista ha optado por la conversión en acciones, deberá dársele el tratamiento de accionista; pero si ha optado por el

que se le reconozca el crédito, deberá dársele el tratamiento de acreedor, con la preferencia que le corresponda según la garantía que la caucione. A más de la discusión acerca de la naturaleza jurídica de las obligaciones subordinadas, los autores ponen énfasis en el problema de la distorsión de la verdadera situación patrimonial de la compañía emisora, por lo que uno de los motivos de mayor preocupación del legislador debe ser el "evitar que se originen problemas paralelos al conocido del "aguamiento" del capital social"¹⁷. Indudablemente que acuden a estas obligaciones las instituciones que están con déficit de su patrimonio técnico, a fin de presentar una situación de mayor solvencia y lograr mejor capacidad operativa, por lo que, en guarda del interés de los inversionistas, se "hace necesario que -por el posible perjuicio que podría suponer para el adquirente inadvertido- quede patente tal circunstancia en el contrato y en el folleto de emisión"¹⁸. Habría sido conveniente que la Ley establezca este deber especial de información.

Inconvenientes:

Algunas disposiciones de la Ley en estudio pueden resultar inconvenientes, porque se prestan a abusos. A manera de ejemplo:

- 22.-** El art. 33 que dice: "Cuando no se hubiese completado el quórum requerido en dos convocatorias sucesivas a reuniones de directorio y siempre que se hubiese notificado en la forma estatutaria a todos los miembros, se presumirá su inoperancia y se procederá a su renovación. Para tal efecto, el representante legal convocará de inmediato a Junta General de Accionistas para elegir a todos los vocales de acuerdo al respectivo Estatuto."

Nótese que no se discrimina entre los vocales que han concurrido a las convocatorias y los que no lo han hecho, de manera que pagan justos por pecadores. Puede manejarse esta norma a fin de eliminar a directores que resulten incómodos para los administradores.

- 23.-** El art. 6 dice: "Las instituciones del sistema financiero privado pueden constituirse en un solo acto, por convenio entre los que otorguen la escritura, o en forma sucesiva, por suscripción pública de acciones."

17. Contratos bancarios, bajo la dirección Rafael García Villaverde, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio en colaboración con el Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid, Civitas, Madrid, 1992, p. 205

18. Salvador Torres Escamez, obra citada, p. 108

Al momento de constituirse deberá establecerse en el Estatuto Social el capital autorizado, hasta cuyo monto podrá la institución del sistema financiero privado aceptar suscripciones y emitir acciones. El capital suscrito, al tiempo de la constitución, no podrá ser menor del cincuenta por ciento (50%) del capital autorizado y por lo menos la mitad del capital suscrito deberá pagarse antes del inicio de las operaciones.

Los aportes de capital deberán pagarse totalmente en dinero efectivo, salvo que la Superintendencia autorice que se capitalicen obligaciones por compensación de créditos. La cuenta de integración de capital deberá acreditarse mediante el comprobante de depósito de la suma correspondiente en cualquier banco del sistema financiero del país. Este depósito se hará bajo una modalidad que devengue intereses.

Los suscriptores del capital deben comprometerse a entregar los aportes no pagados en dinero efectivo, en el plazo máximo de un año contado desde la fecha de suscripción, o en cualquier tiempo en el que sea necesario subsanar cualquier deficiencia de patrimonio técnico de la institución, ya sea en virtud de llamamiento que hagan los directores o bien por requerimiento de la Superintendencia".

El art. 145 dice: "En el caso de que el patrimonio técnico de la institución disminuya por debajo del nivel mínimo requerido, y hasta el cincuenta por ciento (50%) de este límite, considerando lo establecido en los artículos 47 y 50 de esta Ley, la Superintendencia otorgará un plazo de noventa días, para que la institución financiera o la sociedad controladora del grupo financiero regularice su situación. En este lapso, la institución financiera procederá obligatoriamente a aumentar el capital pagado.

Se entenderá que la situación de la institución financiera ha quedado normalizada si el patrimonio técnico llega al nivel mínimo requerido incrementado en el diez por ciento (10%)."

El art. 149 dice: "Quedarán suspendida la liquidación de que trata el artículo que antecede, si dentro de los cinco primeros días hábiles luego de dispuesta, la Superintendencia acepta una proposición del directorio de la institución financiera respectiva, consistente en un convenio con sus principales acreedores para capitalizar parte de las obligaciones a su favor; o calificare favorablemente la propuesta de capitalización a la

institución financiera, en numerario, planteada por inversionista distinto a los actuales accionistas y administradores. Dichos convenio o propuesta deberán ser decididos durante los siguientes diez días hábiles y ejecutados en forma inmediata.

El nuevo capital debe ser suficiente para que la institución mantenga una relación de patrimonio técnico igual o superior al nivel mínimo requerido. Las acciones que se emitan por este capital, con relación al total de las acciones suscritas y pagadas, deben representar al menos la misma proporción que se calcule entre el valor del patrimonio técnico de la institución antes de los aportes y el valor patrimonial de las nuevas acciones."

Las disposiciones antes transcritas pueden ser utilizadas a fin de eliminar a las minorías y concentrar más y más el capital. Este peligro ya ha sido anotado, pero parecería ser que, precisamente, se busca el efecto concentrador. Al respecto, se ha llegado a afirmar que al actual proceso de concentración algunos analistas "lo conceptúan como un proceso necesario y hasta útil para el país. La apreciaciónse basa en el criterio de que en el Ecuador existen demasiados bancos, muchos de ellos pequeños, en un momento en que el país está entrando en un proceso de globalización de la economía y necesita pocas pero fuertes instituciones financieras."¹⁹

Otras observaciones:

Cuando se reforme la ley, se deberán tener en cuenta otros aspectos, por ejemplo:

- 24.-** El art. 138 dice: "Todas las infracciones a esta Ley prescribirán en tres años contados desde la fecha en que se hubiese cometido el hecho u ocurrido la omisión.

Este plazo será de seis años, si se hubiese actuado con dolo y éste se presumirá cuando se haya hecho declaraciones falsas a la Superintendencia relacionadas con los hechos cometidos y omitidos.

La prescripción se suspenderá desde el momento en que la Superintendencia imponga la multa respectiva."

Debe recordarse que, en materia civil, la prescripción extintiva de las acciones se suspende únicamente a favor de los meno-

19. "Crónica de una muerte anunciada", Diario Hoy, 2-A, 16 de agosto de 1994.

res, dementes, sordomudos y de cuantos estén bajo potestad paterna o bajo tutela o curaduría (art. 2444 del Código Civil), siendo distinta la interrupción de la prescripción, que se produce, ya naturalmente, ya civilmente (art. 2442 ibidem). En materia penal, toda acción prescribe en el tiempo y con las condiciones que la ley señala (art. 101 del Código Penal), y en el ejercicio del derecho que la prescripción establece, se distinguirá ante todo si, cometido el delito, se ha iniciado o no el enjuiciamiento (ibidem), interrumpiéndose tanto la prescripción de la acción como la de la pena por el hecho de cometer el reo otra infracción que merezca igual o mayor pena, antes de vencerse el tiempo para la prescripción (art. 108 del Código Penal). En el ilícito tributario, las acciones por infracciones tributarias, háyase o no iniciado enjuiciamiento, prescribirán en el plazo de cinco años, en caso de delito, y de tres años en el de las demás infracciones, contados desde cuando la infracción fue cometida o desde la realización del último acto idóneo, en los casos de tentativa (art. 366 del Código Tributario).

En el art. 138, inciso final, se dice que se suspende la prescripción por la imposición de la multa por parte de la Superintendencia ¿se quiso establecer un novedoso sistema?. La Ley de Instituciones del Sistema Financiero ha tipificado y sancionado ciertas acciones u omisiones que implican violación de normas administrativas sustantivas o adjetivas contenidas en ella; por lo tanto, estamos frente a un ilícito administrativo, y debió aplicarse a la prescripción de la acción el sistema que sigue el Código Tributario. De otra parte ¿en qué momento volverá a correr la prescripción que se suspendió por la imposición de la multa?. ¿Se quiso, tal vez, decir interrumpirá?. El inciso final del art. 139 resulta un galimatías.

- 25.-** En la redacción del art. 207 se deberá tener en cuenta lo que dispone la Ley de Patrimonio Cultural; en efecto, el art. 207 dice: "Los casilleros o cajas de seguridad serán arrendados por las instituciones del sistema financiero mediante contrato escrito.

Transcurridos seis meses desde el vencimiento del contrato de arrendamiento, previa notificación al arrendatario en el domicilio registrado, o en un periódico de circulación nacional a falta de éste, la institución del sistema financiero podrá proceder a la apertura del casillero o caja arrendados, con intervención de un delegado de la Superintendencia y de un notario del respectivo cantón.

Los bienes que se encontraren en el casillero serán mantenidos en custodia por la institución del sistema financiero, a nombre

del arrendatario, en paquetes cuyas envolturas serán lacradas y firmadas por el notario, el delegado de la Superintendencia y el representante de la institución financiera.

Transcurridos diez años desde la fecha de la apertura, si el arrendatario, su representante legal o sus herederos, según el caso, no hubiere comparecido a retirar los valores o bienes que se hallaren en custodia, se procederá, previa notificación en un periódico de circulación nacional, a subastar públicamente los que tuvieren valor comercial y las cantidades obtenidas, deducidos los gastos en que hubiere incurrido la institución financiera, se entregarán al Instituto Nacional del Niño y la Familia, INNFA.

Los bienes y documentos sin valor comercial continuarán en custodia de la institución del sistema financiero, en paquetes numerados y lacrados a nombre del arrendatario. Transcurridos quince años desde la fecha en que se verificó la apertura del casillero, previa notificación en un periódico de circulación nacional, podrán ser destruidos. Si tuvieren valor histórico serán entregados al Núcleo de la Casa de la Cultura Ecuatoriana correspondiente a la localidad de la respectiva oficina bancaria.

La Superintendencia de Bancos dictará las resoluciones y disposiciones necesarias para la aplicación de este artículo." Esta norma debió redactarse teniendo en cuenta lo que dispone la Ley de Patrimonio Cultural; en efecto, los bienes a que se refiere el art. 207 pertenecerán al Patrimonio Cultural del Estado, al tenor de lo que dispone el art. 7 de la Ley de Patrimonio Cultural, y, por lo tanto, deberán enviarse tales bienes al Instituto de Patrimonio Cultural, el cual, si bien es adscrito a la Casa de la Cultura Ecuatoriana, goza de personería jurídica de conformidad con el art. 1 de su Ley.

Conclusión:

La Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, como obra humana que es, adolece de muchos vacíos e imperfecciones, pero significa un esfuerzo por actualizar la estructura jurídica del sistema financiero y es susceptible de mejorarse, llenando los vacíos y corrigiendo las imperfecciones. Lo que se necesita es seguir adelante con su estudio crítico, e impulsar la reforma de todo aquello que deba ser cambiado. Pero, hay que proceder con prudencia, porque podría ocurrir que la desilusión de que las cosas no hayan salido como se habría deseado, empuje a proponer una reforma inconveniente.

Criminología y bioética

La manipulación genética

Dr. Edmundo Durán Díaz ()*

Desde el punto de vista más general no parece original tratar de las relaciones entre la vida, la moral y el delito, porque uno de los principios fundamentales de todo ordenamiento jurídico, desde los albores de la civilización, ha sido el del respeto a la vida y a la integridad física y moral de los seres humanos, principio que, además, se ha incorporado en las leyes penales de todo el mundo, mediante la tipificación y el castigo de los delitos contra la vida, contra la integridad corporal y contra la dignidad de las personas.

Pero hoy la palabra bioética tiene una denotación diferente. Se refiere al derecho que pueden tener las personas sobre su vida, su cuerpo y su fisiología, y a los límites entre lo lícito y lo ilícito en ese campo.

En este plano, las doctrinas morales y jurídicas modernas se enfrentan a varios desafíos trascendentales: la inseminación artificial, el trasplante de órganos, la manipulación genética, la eutanasia, el aborto y el suicidio.

La inseminación artificial para crear un ser humano, mediante la unión de un óvulo y un espermatozoide, pero sin la unión sexual del hombre y la mujer. El trasplante, que consiste en la ablación de la parte del cuerpo de una persona para incorporarla al organismo de otra. La manipulación genética, como la posibilidad de introducir artificialmente cambios en el genoma humano. La eutanasia, que es la muerte producida en personas que, por adolecer de enfermedades

(*) - Ex-Ministro Fiscal General de la Nación
- Profesor de la Universidad Católica de Guayaquil

terminales, reclaman su derecho a morir para evitar los dolores físicos y morales de largas agonías. El aborto, como la interrupción inducida o provocada del embarazo, para evitar el nacimiento del niño. En fin, el suicidio como acción de una persona que por su propia decisión y con sus propios actos pone fin a su vida.

En cualquiera de estos casos se plantea, como elemento común, el dilema jurídico y moral de establecer las atribuciones de los seres humanos y de trazar el límite de lo permitido y lo prohibido. Todos ellos giran alrededor de un concepto fundamental: la vida como fenómeno biológico y como valor moral y jurídico.

Parece, entonces, necesario, para partir desde el principio, reflexionar sobre lo que son la vida y el ser humano, máxima expresión del mundo biológico, sujeto y objeto, primero y último de todo derecho. Y, por lo tanto, tratar de precisar cuál es el origen de la vida humana.

No existe un punto de partida único para investigar ese principio. Para quienes profesan religiones basadas en la creencia de un Dios único, creador y juez de los hombres y las mujeres, descendientes de una primera pareja, tales como el cristianismo, el islamismo y el judaísmo, no existe problema alguno, porque para ellos todo es muy sencillo, ya que se parte del supuesto de que el mundo y sus habitantes actuales son exactamente iguales a los de la creación. El cosmos, la tierra, los seres vivos, en resumen, todo el universo orgánico e inorgánico fueron, son y serán los mismos, desde y por todos los siglos. Todo lo creado es obra de un ser omnipotente, infinito y perfecto, quien sin embargo, dio paso a muchas imperfecciones. Además, hombres y mujeres reciben un alma como emanación divina, alma que aspira a volver a las moradas del Dios creador.

Pero como el mundo no es perfecto, los seres humanos quedaron expuestos a los rigores de los fenómenos naturales y a la perfidia de sus congéneres. Para contrarrestar los peligros derivados de los fenómenos naturales, Dios les dio inteligencia y raciocinio con los que descubrió los secretos de las leyes naturales, y capacidad y destreza para dominarlas y aprovecharlas en beneficio de su bienestar. Además para evitar y remediar los ataques entre los hombres, les dio un código religioso, moral y jurídico, en los libros sagrados del Pentateuco y del Corán, por ejemplo.

El límite entre lo lícito y lo ilícito resultaría, entonces, bastante claro, puesto que para encontrarlo bastaría acudir a los mandatos de Dios recogidos en los libros. Pero, como sabemos, no siempre las

reglas de los libros sagrados son suficientemente explícitas; por el contrario, admiten diversas interpretaciones, y por eso se comprende que haya varias corrientes dentro de una misma religión.

De lo dicho resulta que, aún dentro de los linderos de las doctrinas religiosas, aparecen acontecimientos de la vida donde no ha sido fácil hallar una solución ética unívoca para resolver el dilema entre el bien y el mal. En consecuencia, siempre habrá que contar con la inteligencia y el sentido ético para dictar las leyes que señalen el límite entre lo lícito y lo ilícito⁽¹⁾.

De otro lado, para quienes no creen en un dios creador, el mundo actual y sus habitantes son resultados de una lenta e incesante evolución de la materia.

La ciencia ha demostrado que todo el universo está compuesto de aproximadamente 100 elementos químicos que ahora integran la tabla de Mendeleiev. Hasta en la más remota galaxia no se ha encontrado que haya algo diferente a los elementos químicos, cuyas partículas elementales, los átomos, están compuestos de protones, electrones y neutrones, y en último término de los "quarks", que, hasta lo que hoy conoce la ciencia, constituyen la expresión mínima de la unidad del universo.

En el transcurso de miles de millones de años, esos elementos se unieron para formar las moléculas; las moléculas, a su vez, se combinaron y se diversificaron para dar paso a la constitución actual del planeta, con sus montañas, ríos, mares, valles, nubes, vientos, continentes, islas y las profundidades del mar. De repente, no se sabe todavía cómo, aunque se hayan esbozado algunas teorías, la combinación de los átomos produjo el tránsito de la molécula inorgánica a la primera célula orgánica, origen de la vida en nuestro mundo. Esta célula microscópica y asombrosa adquirió, por primera vez, la posibilidad de la reproducción. De allí en adelante la biogénesis ha evolucionado, desde los protozoarios, seres de una sola célula, hasta el más perfecto de los metazoarios: el ser humano, infinitamente superior a todas las especies biológicas, con una gama inmensa de posibilidades y de atributos que lo llevaron a tomar conciencia de sí mismo, a descubrir valores ínsitos e inseparables de la condición humana. Desarrolló sus aptitudes intelectuales para elaborar la ciencia y la técnica, descubrió su sensualidad, creó la belleza y disfrutó de ella, en una palabra, se sintió digno y excelso, se respetó a sí mismo y quiso que todos se respetaran unos a otros.

1. Cita de Teilhard de Chardin.

Se pone de manifiesto, entonces, la gran paradoja de pensar cómo un conjunto de simples átomos materiales, al conjuro de las leyes de la bioquímica, se convirtió en un ser humano, amo y señor del mundo conocido⁽²⁾.

Pero este ser humano se encontró también con otros seres humanos y hubo la necesidad de limitar el ejercicio de sus atributos frente a los de los demás. Estableció, entonces, los linderos entre unos y otros, inventó los derechos y las obligaciones recíprocas, para consolidar su vida, su seguridad, su bienestar y su felicidad y disfrutarlas junto con los demás miembros de la especie humana.

La ciencia, curiosa e insaciable, ha avanzado trechos muy largos abriendo cauces para nuevas posibilidades de bienestar y de felicidad, aparte de que la vida misma, individual y social, plantea nuevas interrogantes que requieren una solución. Entre ellas, unas de las más inquietantes, se refiere a determinar el derecho que tienen las personas para disponer de sí mismas, esto es, de su vida, de las partes de su cuerpo, de sus secreciones naturales y de su descendencia.

Las doctrinas religiosas ponen un límite: Nada debe hacerse que signifique un desacato a las leyes divinas, nada que ponga en peligro la salvación del alma, nada que, en definitiva, sea un pecado. Bajo estos cánones, hasta podría pensarse que los cataclismos, los desastres naturales, los accidentes, las enfermedades y la muerte, estaban predeterminados por Dios y que el hombre nada debía hacer para oponerse a sus designios, sino someterse, impotente y humilde como el santo Job.

El Hombre, como decíamos antes, desarrolló su inteligencia, y llegó a creer que no todos los males estaban inexorablemente determinados por Dios, puesto que si le había dado talento, era porque implícitamente lo autorizaba para modificar el mundo, para contener el furor de las fuerzas naturales, para combatir a la enfermedad y la muerte, y para asegurar la supervivencia a través de sus descendientes.

Para el materialista no existe la regla divina que separa el bien del mal, pero existe, o debe existir, con el mismo vigor, la necesidad de mantener el respeto consigo mismo y para los demás.

En resumen, cualquiera que fuera la ideología del jurista o del criminólogo, su tarea normativa debe asentarse sobre el principio del

respeto y amor al prójimo, de no hacer a otro lo que no quisiéramos para nosotros, y aún mucho mejor, esperar de los demás lo mismo que nosotros estamos dispuestos a darles.

Después de estas consideraciones preliminares, nos toca entrar en el terreno de la Criminología, ciencia que, entre sus cometidos más importantes, tiene el de estudiar al delincuente, procurar medidas para su rehabilitación, determinar las causas del delito, criminalizar y descriminalizar conductas.

En su largo recorrido por el tiempo, la Criminología pensó en el siglo XIX que el hombre era un simple producto biológico, que su constitución sicosomática podía predisponerlo para convertirlo en delincuente; más adelante, creyó que todo ser humano gozaba plenamente de libre albedrío y que solo su voluntad lo llevaba, después de discernir conscientemente entre el bien y el mal - determinados y catalogados en las leyes-, a infringir la norma jurídica; posteriormente creyó que el delito era un mero producto social, que el hombre nace bueno pero que la vida social lo corrompe; y, finalmente, se ha sostenido que el Derecho Penal es un instrumento de control político de las clases dominantes sobre las masas populares.

Así, entre lo biológico, lo jurídico, lo social y lo político se ha debatido y se debate en Criminología. Creo, sinceramente, que ninguna de las teorías es la única verdadera y excluyente de las demás. Creo que en el fenómeno delincuencial influyen todos esos factores, porque resulta obvio que quien comete un delito es un ser humano con todo su caudal biológico y psicológico; que es un ser que vive en sociedad y que, por lo tanto, recibe oleadas de estímulos sensitivos y emotivos derivados de la complejidad de las relaciones sociales; que es también un individuo sujeto al ordenamiento jurídico; y, por fin, que es súbdito de un Estado donde las relaciones de producción han creado sistemas de dominación política de unas clases sociales sobre otras.

Sin embargo, hoy los avances de la ciencia biológica nos obligan a volver la vista al pasado y actualizar la discusión criminológica sobre la posible predisposición genética del delincuente.

Ahora se sabe, mucho después de Lombroso, que cada persona cuenta con un patrimonio genético compuesto de 23 pares de cromosomas heredados de sus progenitores; en cada par de cromosomas, uno proviene del padre, el otro de la madre, los cromosomas, a su vez, están constituidos por los genes en los que el

ADN (Acido desoxirribonucleico) contiene todo el programa biológico que controlará la división del embrión primigenio, constituido por la fecundación del óvulo materno por el espermatozoide paterno. Las instrucciones impartidas por el ADN regulan la división del embrión primario en miles de millones de células que, paulatinamente, se van diferenciando para formar los diferentes tejidos del futuro ser humano.

El conjunto de los millones de genes de cada ser humano conforman el genoma que transmite de generación en generación las características comunes de la especie y las particulares de cada individuo. Así, todos somos hijos y padres de seres humanos, aunque con diferencias en cuanto a la estatura, el color de la piel y de los ojos, gestos y comportamientos, etc.

En la transmisión del patrimonio genético pueden producirse anomalías, llamadas mutaciones, que modifican la constitución del ADN y que pueden producir enfermedades genéticas físicas y mentales. Hoy se conocen muchas enfermedades genéticas que son la causa del 30 % de la mortalidad infantil y el 25 % de discapacitaciones funcionales. Para tratar tales enfermedades es preciso empezar por identificar y localizar el cromosoma en el que se aloja el gen alterado responsable de la enfermedad y determinar la natutaleza de su anormalidad, para poder ensayar métodos terapéuticos⁽³⁾.

Los avances en la investigación genética abren perspectivas hasta hace pocos años insospechadas para mejorar la salud física y mental de las personas, pero, también posibilidades sombrías que amenazan los valores éticos ínsitos en la dignidad humana. Piénsese, no más, en la posibilidad de que se puedan fabricar seres humanos con fines protervos.

Y no solo mejorar la especie es una de las posibilidades de la ingeniería genética; también se trata ahora de la inseminación artificial, para producir hijos sin la necesidad de la relación sexual entre hombre y mujer.

Si todo se hace con el propósito honesto de asegurar la felicidad de la especie, la investigación se mantiene dentro de cánones éticos y jurídicos aceptables. Pero si se traspasa ese límite para entrar en prácticas violatorias de la dignidad humana, la investigación entra en los terrenos de la Criminología, puesto que aparecerán manipulaciones lesivas para la humanidad.

3. Scientific American.

Para tratar el tema de la manipulación genética desde el punto de vista de la Criminología, es necesario enfocar dos temas separados: el uno, que tiene que ver con la experimentación en los genes de células vegetales o animales en general; el otro, relacionado con la descendencia mediante la experimentación con los genes humanos.

En uno y otro habrá siempre posibilidades provechosas, pero también riesgos. A la bioética le interesa discutir sobre los alcances de la manipulación, a fin de establecer las reglas que separen los actos lícitos de los ilícitos, y, de éstos, los que deban ser criminalizados.

Ante todo, es preciso recordar que no siempre es útil criminalizar todo lo que parezca ilícito, y que solamente cuando la investigación ponga en peligro los valores humanos, o que produzca daños consumados e irreversibles, se puede admitir la criminalización de las conductas.

Preferible es que la ley obre en función preventiva más que represiva. Quiero decir que lo relevante es evitar la producción de hechos consumados. Para hacerlo, de lo que conozco, las legislaciones optan por reglamentar y disciplinar la práctica de los experimentos genéticos, poniéndolos bajo la autorización, el control y la verificación de la autoridad pública. Que toda investigación se realice en laboratorios autorizados. Y lo que debería castigarse es el desacato a las normas y a las disposiciones de las autoridades.

Con respecto a las manipulaciones genéticas en el campo de lo no humano, la ciencia y la técnica han logrado y pueden lograr avances trascendentales y beneficiosos para la humanidad, en el campo agrícola, industrial, farmacológico y terapéutico; por ejemplo, para obtener enzimas y hormonas que enriquezcan la farmacopea, así como para la protección de los recursos naturales y del medio ambiente. Mediante la inserción de genes de una célula animal en una bacteria, que se multiplica rápidamente, se pueden obtener apreciables cantidades de sustancias como la insulina o la hormona del crecimiento, los pesticidas biológicos, o el microbio comedor del petróleo para contrarrestar los nocivos efectos de los derrames en el mar.

No obstante la utilidad de este tipo de investigaciones, no se puede descartar el riesgo de que, mediante la experimentación, pueda formarse algún germen patógeno que se escape accidentalmente del laboratorio y desate espantosas epidemias.

La ley penal resultaría no solo inútil sino contraproducente, porque producida la epidemia, nada remedia, y además, puede llegar a la exageración de prohibir toda investigación y paralizar la ciencia. Esto, aparte de los casi insuperables problemas que se presentarían para juzgar y condenar al investigador, porque difícilmente se podría decir que ha obrado dolosamente, y ni aún la culpa podría declararse, porque sería arduo probar que hubo imprevisión de lo previsible, que es la esencia de la culpa .

Repito, es mucho mejor sujetar la manipulación a normas precautorias que obliguen a comunicar a la autoridad pública el proyecto en que se va a emprender, asegurar las medidas encaminadas a impedir las consecuencias de los riesgos y proteger a los operadores de la investigación.

En relación con el cambio de las operaciones genéticas sobre la descendencia, los problemas éticos y jurídicos son más numerosos y desconcertantes.

En primer lugar, quiero dejar de lado toda consideración atinente a la paternidad y al estado civil porque si bien pueden tener implicaciones éticas, prefiero concretar la atención en otras manifestaciones y consecuencias.

En segundo lugar, es necesario tener en cuenta que no existe una ética única y universal, que cada pueblo en su momento histórico crea sus propios valores morales y jurídicos, y lo que es bueno en el Asia puede ser malo en América, que lo que es bueno para un judío puede ser malo para un católico y lo que es bueno para un protestante puede ser malo para un musulmán. Esta variedad de criterios vuelve aún mas difícil establecer el límite ético y el límite jurídico entre lo permitido y lo prohibido.

Con respecto a la descendencia de los seres humanos, demás está decirlo, es el fruto de la unión sexual de un hombre y una mujer mediante la fecundación del óvulo femenino por el espermatozoide masculino. Pero la ciencia ha encontrado medios para unir los espermatozoides y los óvulos sin relación sexual.

Se pueden presentar diversas posibilidades:

- 1.- La inseminación artificial, mediante la introducción del espermatozoide del marido o de otro hombre en el cuerpo de la madre para producir la fecundación.

- 2.-** La fecundación "in vitro" fuera del seno materno, con espermatozoides del marido o de otro hombre, para implantarlo en una mujer.
- 3.-** La implantación del embrión fecundado "in vitro" en el seno de otra mujer. Esto es lo que suele llamarse embarazo en vientres de alquiler.

Dentro de estas posibilidades, la ingeniería genética puede hacer, además, las siguientes operaciones:

- 1.-** El diagnóstico preimplantatorio para verificar si el embrión porta alguna enfermedad genética. Si se comprueba, no se implanta el embrión y se lo puede eliminar. En este caso ya se presenta un grave problema ético según algunas religiones.
- 2.-** El diagnóstico prenatal, ya no en el embrión fecundado in vitro, sino en el feto. Con este procedimiento se pueden detectar anomalías graves como la que produce el mongolismo. Así como en el caso anterior, y con los mismos problemas éticos, se plantea la conveniencia del aborto.
- 3.-** La terapia genética, que es el tratamiento terapéutico mediante el injerto de genes sanos en el embrión enfermo.

Creo que todas estas operaciones son lícitas, siempre que estén encaminadas a proteger la vida y a dar a las parejas el hijo que no han podido tener. Pero la manipulación genética puede prestarse para experimentos inmorales o, por lo menos, de discutible moralidad, como los siguientes:

- 1.-** La selección previa de espermatozoides para producir personas de un solo sexo. En esta línea, la tendencia irá encaminada a evitar el nacimiento de mujeres.
- 2.-** Pretender la quimera de producir hijos perfectos.
- 3.-** La eliminación de los embriones residuales supernumerarios, es decir los que no van a ser implantados.
- 4.-** La clonación, esto es, la creación de nuevos embriones idénticos al primero. Esto ya se ha hecho con algunos vegetales y animales.
- 5.-** El injerto de genes humanos en genes animales para fabricar seres monstruosos sujetos a la voluntad de su creador.

La ética y el derecho no tienen todavía respuestas definitivas para las variadísimas posibilidades que plantea la manipulación genética, pero puede servir para el análisis examinar las diferentes concepciones que se pueden tener sobre el hombre.

- 1.-** Una de ellas que considera al ser humano solamente como un ente bio-socio-económico, disponible para la utilidad colectiva dirigida por el Estado. Esta concepción tiende a invertir los valores éticos porque el hombre deja de ser un fin para convertirse en un medio. La doctrina del respeto a los derechos humanos se trastoca en una política de desprecio al ser humano. Todo estaría permitido, siempre que convenga a los intereses del Estado, el que se convierte en supremo árbitro de la vida y de la muerte. Con esta ideología serían lícitos: el genocidio, el aborto demográfico, la esterilización coactiva, la libre experimentación en los seres humanos débiles o desprotegidos, especialmente en los viejos, los niños, los enfermos terminales, los alienados mentales, los condenados a muerte, los presos, los individuos de minorías raciales o religiosas, y la nacionalización de los cadáveres para que el Estado disponga de sus órganos. Todavía recordamos los horrores del nazismo en los campos de concentración.
- 2.-** La teoría opuesta: el ser humano es un valor ético en sí mismo que requiere el respeto de su personalidad para salvaguardar su vida, su dignidad, su salud y su integridad física. Ninguna persona puede ser sometida a manipulaciones genéticas contra su voluntad.

Claro que este último es un enunciado demasiado general, pero creo que puede servir de referente, o de piedra de toque, para decidir sobre la licitud o la ilicitud de las infinitas perspectivas de la manipulación genética.

Derecho y protección del medio ambiente en el Ecuador: comentario a un mutuo y antiecológico olvido

Lic. Patricio Hernández Rentería (*)

Comentario a un mutuo y antiecológico olvido.

"6.- Reconociendo que, sin perjuicio de necesarios y aconsejables complementos y sistematizaciones jurídicos e institucionales, existen suficientes leyes e instituciones en el Ecuador para realizar y mantener una adecuada gestión ambiental, pero que las leyes y regulaciones se cumplen solo parcialmente y que muchas instituciones atraviesan por crisis en varios órdenes;"⁽¹⁾.

Este enunciado del decreto presidencial que establece las "Políticas Básicas Ambientales del Ecuador", quizás solo sea un hecho más que confirma el errático y negligente proceder tanto del Estado ecuatoriano como de la mayoría de ONG'S que trabajan en el país, en sus respectivas políticas de protección del medio ambiente, pues constituye una nueva muestra de la permanente relegación, por decir lo menos, del papel que puede y debe jugar una adecuada normatividad jurídica y, más aún, el Derecho como ciencia y fenómeno socio-cultural. Pero lo más lamentable radica en que se lo haya incluido dentro de un documento que parece exponer una positiva intención de iniciar la elaboración de una estrategia estatal para la defensa del entorno.

* Egresado de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE. Autor de la tesis doctoral "Prevención jurídica de la contaminación industrial urbana: estudio de normas, doctrina, jurisprudencia, convenios internacionales y propuestas al respecto".

1. "Políticas básicas ambientales del Ecuador", Decreto No.1802, 1.06.94..

Como contraparte a este aparente olvido, encontramos en nuestro país, por un lado, un ordenamiento jurídico en el que prevalece una visión recursista y civilista de la naturaleza, y un limitado y deficiente control sobre las actividades del hombre que la degradan; y por otro lado, constatamos dos hechos más funestos que el anterior: una ausencia casi total en las Facultades de Derecho del país de cátedras que directa o indirectamente analicen las importantes connotaciones jurídicas que encierra la problemática de la preservación del entorno en el país; y un inefable desinterés por parte de investigadores y autores de temas jurídicos, corporaciones o asociaciones de asesoría y patrocinio legal y, en fin, de los profesionales del Derecho, para incursionar en el estudio de los aspectos jurídicos mencionados o para demandar y ofrecer, al Estado y a la sociedad, en su orden, una estrategia jurídica básica para mejorar la protección del medio ambiente.

A esta inexplicable especie de divorcio por mutuo consentimiento entre Derecho y gestión ambiental -pese a que en teoría van unidos inseparablemente- a veces suelen salirle al paso no precisamente explicaciones consecuentes, sino unas interrogantes audaces como aquéllas que plantean "si cabrá acaso de parte del Derecho mayor injerencia, de la que ahora tiene, en la solución de esta clase de problemas?", o "si le corresponde al Derecho ofrecer salidas a la necesidad de controlar el deterioro del entorno?", o "si acaso la protección del medio ambiente o el estudio del Derecho Ambiental, ameritan algo más que unas pocas investigaciones generales sobre sus características?", o "no será toda esta preocupación fruto de una simple moda, una "moda ecológica?". Definitivamente cuando esto sucede, se trata de cuestionamientos hechos por quienes no desean una respuesta, que además no la hay y que, lamentablemente, no la tendrán. No, si es que no somos lo suficientemente sensatos para tratar de comprender el alcance de este tema, lo cual requiere primeramente una investigación profunda y seria, para luego poder dilucidar las interrogantes que surgen a su alrededor. Y desde luego, el futuro de nuestra morada universal merece ese esfuerzo.

Pero analicemos las principales consecuencias que genera en el Ecuador este mutuo olvido. Primeramente, con relación a la gestión protectora del medio ambiente ocurre lo siguiente:

- 1.- La mayoría de proyectos y estudios de índole ambiental auspiciados por entidades públicas o privadas, nacionales e internacionales, carecen de análisis jurídicos incisivos que identifiquen e interpreten desde esta perspectiva la esencia de cada uno de los problemas que se hallan investigando, y que luego los integren

dentro de un contexto jurídico general para entonces ofrecer una solución, no parcializada, sino interconectada con el resto de aspectos presentes en todo el panorama que enfrenta la defensa de carácter ambiental en el Ecuador. Esa deficiencia es, talvez, uno de los elementos más determinantes en los escasos resultados que gran parte de estos trabajos han conseguido en beneficio de lo que buscaban proteger.

Vale recordar, por ejemplo, que estudios como la "Actualización del diagnóstico de la situación ambiental en el Ecuador"⁽²⁾ es, sino el único, uno de los pocos que acoge una seria indagación del estado de nuestro ordenamiento jurídico y de sus principales falencias, aunque no desarrolla paralelamente una propuesta; y que trabajos como el que culminó con la publicación de la obra "La gestión ambiental en el Ecuador"⁽³⁾, pese a la gran expectativa que generan en su proceso de elaboración, a la final otorgan poca importancia al fenómeno jurídico subyacente en la problemática ambiental.

- 2.- Un desfase entre la importancia que se otorga, dentro de los proyectos de carácter ambiental, a la divulgación y discusión de los criterios vertidos, desde la visión de ciertas disciplinas científicas como la biología, la economía, la antropología, la sociología, entre otras; en comparación con la mínima que se le ofrece al análisis jurídico de similares temas. Desfase que se denota en consideraciones como aquella expuesta en el enunciado del decreto aludido al inicio de este comentario, en donde se comete el error de calificar a la caótica serie de disposiciones -de aparente matiz ambiental- que se hallan desperdigadas en varios de nuestros cuerpos normativos, por el solo hecho de su numerosidad, como suficientes y adecuadas para la defensa del entorno, cuando el problema no es de cuantas leyes y reglamentos poseamos, sino de la necesidad de contar con aquéllos que sean los más aptos para atender a la realidad de la problemática ambiental.
- 3.- Como secuela de las dos consecuencias anteriores, se llega a una tercera -la más negativa de todas- que es la inaplicabilidad de muchas de las propuestas que surgen de este tipo de estudios, las cuales chocan con el anquilosado y antitécnico ordenamiento jurídico ecuatoriano y, aún más, nacen huérfanas de una planifi-

2. Fundación Natura, "Actualización del diagnóstico de la situación del medio ambiente en el Ecuador", Quito, 1988.

3. Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador "La gestión ambiental en el Ecuador", Quito, 1993.

cación en la que se haya pensado en este último como el mecanismo inevitable a través del cual se debe viabilizar la ejecución de lo que se propone, y sin que se haya preparado correlativamente una alternativa jurídica a los vacíos o falencias presentes en ese ordenamiento que obstaculizan una adecuada gestión ambiental.

Y es que debemos desengañarnos y estar claros en que la lucha por la conservación del entorno indispensablemente requerirá conseguir, entre otros, dos factores fundamentales:

- a) Una presión política eficaz y organizada de parte de las entidades no gubernamentales y diversos sectores de la comunidad, ante ciertos grupos de poder económico que a menudo ostentan el poder político estatal, y que muchas veces defienden intereses contrapuestos a los de quienes demandan una efectiva preservación del medio ambiente; y,
- b) El impulso de propuestas protectoras de la naturaleza que sean jurídicamente viables y alternativas, de manera que garanticen tanto el respeto al derecho de los ciudadanos a vivir en un medio ambiente planetario sano y libre de los peligros que amenazan deteriorarlo, como el racional uso de los recursos naturales y un desarrollo económico sustentable.

Ahora, con respecto al papel que han jugado el Derecho y quienes de una u otra forma se hallan vinculados a él en nuestro país, al ignorar casi por completo la necesidad de proteger al medio ambiente (lo cual no amerita mayor comentario dado lo evidente de este hecho), las consecuencias son:

- 1.- Nuestro ordenamiento jurídico ha quedado sometido a la influencia de ciertos esquemas defendidos por algunas teorías y doctrinas jurídicas, entre los cuales está aquél que sostiene que el Derecho no es un instrumento de cambio social y que más bien le corresponde adecuarse y responder a los cambios que se viven en las relaciones sociales; este aparente axioma ha limitado nuestro sistema jurídico de tal forma que lo ha hecho incapaz de afrontar algunos problemas cuyas dimensiones, hoy en día, lo han sobrepasado y que, a la vez, demandan un Derecho que desarrolle un papel más activo, con nuevos mecanismos de presencia en la regulación de los mismos y una gestión jurídica que controle en forma preventiva las actividades del hombre que contaminan el ambiente, que deforestan peligrosamente los bosques, que generan desechos que sobrepasan la capacidad autorecicladora de

la Tierra y, en fin, que en buena parte causan daños irreparables al entorno, o reparables a largo plazo y a un alto costo.

- 2.-** El sistema de derecho en el que vivimos ha quedado al margen de los conceptos y tendencias de tipo ecológico que han surgido de varias conferencias e instrumentos internacionales producidos en las últimas décadas, desde la "Conferencia Mundial sobre el Medio Humano" (Estocolmo, 1972) hasta la "Cumbre de la Tierra" (Río de Janeiro, 1992), los cuales han provocado el apareamiento del denominado Derecho Ambiental. Porque más allá de la promulgación de la Ley de Aguas (1972), del Código de la Salud (1971) o de la Ley para la Prevención y Control de la Contaminación Ambiental (1976), en la práctica la redacción de estas normas se quedó en una visión antropocentrista y conservacionista de la naturaleza, y la falta de coordinación entre ellas sumada a la desidia de los gobiernos de turno en materia ambiental, las han hecho inaplicables.
- 3.-** La sanción se ha convertido en el principal, y a veces único, concepto que manejan nuestras leyes, aún cuando hemos visto que para la preservación de la naturaleza, poco o nada ayuda una pena impuesta a quienes la deterioran si los daños son irreparables. Mientras tanto, otras legislaciones como la española, la mejicana o la colombiana, han elaborado una estrategia de protección jurídica del medio ambiente a base de una prevención de los daños que puedan infringirle determinadas actividades humanas y, en ciertos casos, incluso del peligro de que lo afecten negativamente.
- 4.-** Una escasa enseñanza a los estudiantes de las facultades de Derecho del país, de los principales problemas ecológicos y del régimen jurídico que impera para la defensa de la naturaleza en el Ecuador. Ello a su vez repercute en la poca preparación de los abogados a la hora de estructurar una adecuada defensa en los litigios judiciales o administrativos que llegan a sus manos y que, directa o indirectamente, se relacionan con problemas de tipo ambiental.

Adicionalmente, dentro de esta falta de preparación jurídica-ecológica hay que destacar aquella que corresponde a buena parte de los jueces y magistrados encargados de la administración de justicia en el país, y el deficiente conocimiento que tienen en esta materia la mayoría de las autoridades de la administración pública encargadas de ejercer un control sobre las actividades deteriorantes del entorno. Esto cobra tintes dramáticos si pensamos

en que varios de los fallos y decisiones, emitidos por los jueces y autoridades, respectivamente, pueden reconocer o extinguir derechos y obligaciones que a su vez inciden en forma definitiva sobre el futuro no solo de la conservación del medio ambiente humano, sino el de la Tierra en general.

- 5.- La poca importancia que se otorga al fomento, publicación y divulgación de obras que contienen investigaciones jurídicas relativas a problemáticas ambientales del país. Una muestra de ello es que apenas si se conocen títulos como "Ecología y Derecho" del Dr. Vladimir Serrano⁽⁴⁾, "Derecho ecológico ecuatoriano" del Dr. Orlando Amores⁽⁵⁾, y que algunas tesis doctorales desarrolladas en este ámbito, que sí hacen un aporte al esclarecimiento del mismo, se las abandona en archivos o lugares parecidos.

No obstante todas las consecuencias derivadas del amnésico problema que comentamos -y para finalizar- podemos esquematizar brevemente una de las formas en que el Derecho y, más todavía, nuestro ordenamiento jurídico se podrían reencontrar eficazmente con la gestión protectora de la vida y los bienes naturales, en la consecución de sus objetivos. Esto es, a través de:

- 1.- Una renovación en los principios que orientan nuestro Derecho y ordenamiento jurídico, comenzando por integrar al concepto de la prevención de las actividades que destruyen o ponen en peligro de destrucción al medio ambiente, como el eje de su enfoque; luego, debe ampliar su espectro y regular con mayor énfasis no solo las relaciones hombre-hombre, hombre-sociedad, sociedad-sociedad, sino también a la inveterada hombre-entorno; también debe encontrar en los sofisticados conocimientos de otras ramas de la ciencia y en el aporte de la tecnología, uno de sus soportes para el control de las actividades humanas que degradan el entorno; y debe optar por una comprensión ecológica de su papel protector de la naturaleza, es decir, debe promover en los hechos (más allá de la escueta declaración del numeral 2, artículo 19 de nuestra Constitución)⁽⁶⁾ una tutela jurídica global de los bienes naturales y de la vida que depende de ellos.

4. Vladimir Serrano, "Ecología y Derecho", FESO, Quito, 1988. Además, es casi nula la creación de espacios como conferencias o seminarios, destinados al análisis y discusión de temas jurídico-ambientales.

5. Orlando Amores Terán, "Derecho Ecológico Ecuatoriano", Corporación Editora Nacional, Quito, 1991.

6. En el que se declara el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y la preservación de la naturaleza.

- 2.-** Debe reorganizar la administración pública, sugiriendo mecanismos jurídicos que la hagan más ágil para ejercer un mejor control de las actividades de los administrados que puedan deteriorar el medio ambiente, y más cercana a las demandas de la comunidad en esta materia. Dentro de este punto cabe hacer especial alusión al importante papel que podrían desempeñar municipios y consejos provinciales, en el control de la contaminación; y también el rol que cumplirían nuevas autoridades como un procurador y un contralor del medio ambiente.
- 3.-** Debe acoger y poner en práctica los conceptos y mecanismos jurídicos que promueven los instrumentos internacionales, fruto de la experiencia de otros países en la gestión ambiental. En especial, se debe aplicar lo dispuesto por el artículo 44 de la Constitución de la República⁷ y poner en práctica los documentos suscritos por el Ecuador en la "Cumbre de la Tierra"⁸.
- 4.-** Debe otorgar a jueces y tribunales de justicia criterios que formen su sana crítica y la orienten a concebir el derecho a vivir en un medio ambiente sano, como una de las prioridades que protege nuestro sistema de Derecho, de manera que aquello lo tengan en cuenta a la hora de valorar las pruebas y dictar los fallos de los procesos que, directa o indirectamente, afecten al entorno.
- 5.-** Por último, debe recopilar, sistematizar y analizar las normas que rigen en el país para la protección del medio ambiente, y posteriormente, debe iniciar un proceso de reforma normativa que se enmarque dentro de una gran estrategia impulsada por el estado ecuatoriano para la consecución de una efectiva preservación ambiental. En todo caso, esa reforma deberá comprender tanto leyes, reglamentos y ordenanzas, como regulaciones administrativas, todos relacionados con este tema. Su finalidad no deberá ser el contar con una basta cantidad de normas ambientales, sino con una normatividad apta para ser aplicada y responder a los grandes problemas que afronta el Ecuador en este ámbito.

En todo caso, el primer paso para lograr esta clase de Derecho y de ordenamiento jurídico protectores del medio ambiente ecuatoriano, será el recíproco reconocimiento de quienes se hallan involucra-

7 El cual garantiza al ciudadano ecuatoriano el goce y ejercicio de los derechos enunciados en los instrumentos internacionales vigentes.

8 Los documentos son: **1)** Declaración de Río de Janeiro sobre el medio ambiente y el desarrollo; **2)** Declaración de principios sobre bosques; **3)** Convenio marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático; **4)** Convenio sobre la diversidad biológica; **5)** La agenda 21, relativa a sugerencias para los países participantes, respecto de la protección del medio ambiente.

dos en la gestión ambiental, con quienes se hallan vinculados con el quehacer jurídico del país, es decir, antes que nada es indispensable la voluntad por igual de autoridades, investigadores, abogados, ONG'S, maestros y estudiantes, así como de los diversos sectores de la comunidad, de estructurar una estrategia nacional que aglutine todos los aspectos y elementos que conforman la problemática ambiental, y dé a cada uno de ellos su debido rol e importancia.

Preservando la desigualdad en la conservación del medio ambiente: Criterios para la auditoría ambiental de los campos petroleros de Texaco en la amazonía¹

Judith Kimerling (*)

I Introducción

Los medioambientalistas ahora admiten ampliamente que la desigualdad y la injusticia social contribuyen a infligir una degradación severa al medio ambiente. Al mismo tiempo existe una tendencia creciente en la comunidad de derechos humanos a relacionar la calidad del medio ambiente con los derechos humanos y a reconocer que existe un alto número de violaciones de los derechos humanos como de golpes destructivos al medio ambiente. Eventos recientes acaecidos en el Oriente Ecuatoriano ilustran vívidamente la estrecha relación entre la desigualdad, los derechos humanos, y el medio ambiente.

En Junio de 1992, después de dos décadas de explotación petrolera, bajo un contrato con el gobierno ecuatoriano, la compañía Texaco cedió sus derechos sobre sus instalaciones las cuales se encuentran bajo la operación de Petroecuador. Como resultado de una creciente preocupación nacional e internacional con relación a los impactos humanos y contra el medio ambiente consecuencia de las actividades de Texaco, Petroecuador anunció que se realizaría una auditoría am-

(*) Doctora en Jurisprudencia de la Universidad de Yale (1982). Autora del libro "Crudo Amazónico". Representante legal de la FCUNAE y de la OINCE. Representante legal en la demanda legal contra TEXACO de la Organización de Nacionalidad Huaorani del Ecuador (ONHAE). Las opiniones vertidas en este artículo son de exclusiva responsabilidad de su autora.

1. Fue posible escribir este artículo gracias a la ayuda generosa de John D. y Catherine T. Macarthur Foundation. Algunas partes de este artículo fueron originalmente publicadas en el Harvard Human Rights Journal, Volúmen 7 (1994).

biental "independiente e imparcial" de las instalaciones de Texaco que las llevaría a cabo la firma de consultoría canadiense HDT Limited. De acuerdo a los reportes de prensa la auditoría debía ser un estudio completo de los impactos ambientales y socio-económicos directos e indirectos resultantes de las operaciones de Texaco de las cuales esta sería responsable.

Este anunció fue bienvenido por indígenas y las organizaciones ambientalistas⁽²⁾. Ellos vieron que la auditoría no solo sería la oportunidad de que Texaco fuera señalada como responsable por los daños causados al territorio y gente de la Amazonía, sino que también pensaron que esto daba al país la oportunidad única para que sus territorios degradados fueran limpiados y restaurados, y para que las instalaciones petroleras deterioradas y antiguas sean modernizadas. Sin embargo, después de poco llegaron a saber que la auditoría no auspiciaría un cambio significativo en la política del Gobierno con relación a los derechos indígenas o al medio ambiente. La auditoría no era si no otro paso burocrático como cualquier otro. Hasta ahora, se ha llevado a cabo la auditoría, a puerta cerrada con Texaco y Petroecuador actuando como juez y parte. Los residentes de la Amazonía que son los que sufren de una variedad de problemas resultantes de las actividades de Texaco y son conocedores de las condiciones ambientales de la zona no han sido ni consultados ni informados por los auditores. También las organizaciones ambientalistas han sido excluidas.

II Raíces de la injusticia ambiental

Para el gobierno, el Oriente es una mina para las aspiraciones de desarrollo nacional, una válvula de escape para las presiones demográficas y una fuente de riqueza para un estado agobiado por las deudas. Para los militares, el Oriente constituye un trozo del territorio nacional rico en recursos naturales reducido a la mitad de su tamaño original y todavía ambicionado por el Perú. Para la industria petrolera internacional, el Oriente constituye una frontera remota en donde pueden obtenerse utilidades sin ninguna vigilancia ambiental. Para los colonos pobres de la costa y de la sierra, el Oriente es una vasta extensión de tierra con poca gente en donde ellos pueden adueñarse de porciones de ella y alimentar a sus familias. Para los ambientalistas

2. El anuncio o notificación se anticipó a la expiración del contrato de producción de Texaco de 20 años. La HBT Agra seleccionada conjuntamente por Texaco y Petroecuador para que lleve a cabo la auditoría. En 1990, el Ministro de Energía y Minas - privadamente- notificó a ambas compañías de la necesidad de realizar una auditoría ambiental. Su propósito fue el "establecer el estado actual de los campos petroleros de Texaco en relación con las condiciones ambientales Los resultados de la audiencia permitirían determinar 'las obligaciones ambientales que Texaco debería cumplir, como también las condiciones y reglamentos aplicables a las operaciones en dichos campos. "Ministerio de Energía y Minas, Oficio No. 109-90-SMA (Mayo 10, 1990) y 117-SMA-90 (Mayo 11, 1990).

tas, el Oriente es un centro único de biodiversidad y una herencia global que pertenece a la humanidad. Pero en primer lugar y por sobre todo, para los ocho pueblos indígenas, el Oriente es su hogar que se encuentra bajo ataque. Los intereses y aspiraciones de los pueblos amazónicos han sido típicamente ignorados por gente foránea quienes quieren estos territorios para cumplir con sus propios propósitos y alcanzar un poder más grande en lo político, económico y tecnológico. Con el descubrimiento de las reservas petroleras comercialmente valiosas en la región oriental a fines de los años 60, la "conquista", cultural y militar de América que comenzó hace más de 500 años cuando los europeos "descubrieron el nuevo mundo" alcanzaron, con plena fuerza, el Oriente.^[3]

Legalmente, el Ecuador es una república constitucional que restableció la democracia en 1979 después de aproximadamente 7 años de dictadura militar. A pesar de esto, las instituciones democráticas continúan siendo frágiles y débiles y el gobierno se caracteriza por tener un poder ejecutivo fuerte. El dicho popular: "la ley es solo para los de poncho" refleja un sentir general según el cual los indígenas son ciudadanos marginales quienes no están sobre la ley. El Estado no puede hacer cumplir las leyes y los preceptos democráticos a través de una administración de justicia eficiente e imparcial; esto ha influenciado a que desde el retorno a la democracia se intente hacer muchas reformas constitucionales. Estas reformas no han podido establecer un poder judicial independiente y las cortes y jueces se han vuelto cada vez más politizados, ineficientes y corruptos. Los nombramientos en el poder judicial se han vuelto parte del sistema de patronaje utilizado por los partidos políticos con el objeto de hacer coaliciones y premiar a sus miembros leales. Las cortes son tenidas en muy baja estima por la mayoría de los ecuatorianos y también sufren de una gran carencia de recursos económicos y humanos.^[4]

Adicionalmente, la sociedad ecuatoriana se caracteriza por una pobreza generalizada, extrema desigualdad y un profundo racismo contra sus propios pueblos indígenas. Esta es la dura realidad que

3. El Oriente ha sido un magneto para los misioneros y para los cazadores de fortuna desde que los españoles llegaron al Ecuador. Sin embargo, la inhospitalidad del entorno ha frustrado los sueños de extraños de procurarse fortunas fáciles (hasta que se dió el surgimiento del caucho en el siglo 18) la región estuvo escudada o defendida de toda la fuerza de la "conquista". El surgimiento del petróleo está empujando lo que podría ser la conquista final de la Amazonía.

4. Chinchilla I. y Schodt, D. , " La Administración de Justicia en el Ecuador", Centro de Administración de Justicia , Florida International University, 1993 ; Declaración No Juramentada bajo pena de Perjurio del Dr. Ernesto López , sometida a la Corte en Aguinda versus Texaco con el alegato "amicus curae" de la Federación de la Unión de Comunidades Nativas de la Amazonía (FCUNAE) y la Organización Indígena de la Nación de los Cofanes del Ecuador (OINCE) , representados por Judith Kimerling y Cohen, Milstein, Hausfeld y Toll, 1994 ("Alegato de FCUNAE/OINCE") ; "Reportes de las Prácticas de Derechos Humanos en 1992", Departamento de Estado de los Estados Unidos 1993.

existe por sobre numerosas declaraciones escritas en la Constitución y los tratados internacionales que en teoría protegen a los derechos humanos. La discriminación en contra de los indígenas y la gente pobre es perversa y las garantías constitucionales de igual protección ante la ley son rutinariamente violadas. El poder político y económico se concentra en las manos de una pequeña élite y la mayoría de los ecuatorianos están excluidos de cualquier participación en el sistema político. La mayoría de las decisiones gubernamentales se caracterizan por su secretismo antes que por su apertura y transparencia, y la responsabilidad de las autoridades es bastante limitada.

Los indígenas de la Amazonía viven alejados de los centros de poder y del centro de gobierno. La distancia geográfica se aumenta debido a los malos caminos y malos servicios de transporte y a una comunicación casi ausente de radio o el teléfono. Aún más, existe una mayor distancia cultural, lingüística e histórica que separa a los pueblos del Oriente de su propio gobierno. El Gobierno mira a la Amazonía como una frontera a ser conquistada. Las políticas de gobierno apuntan al "desarrollo" y colonización de las territorios indígenas y la promoción para asimilarlos a la cultura dominante en el país.⁵⁾

Como resultante del boom petrolero en el Oriente, se han enfatizado o desarrollado las características de la desigualdad. Las desigualdades entre norte y sur, a las que se refieren comunmente como las desigualdades entre los países industrializados y los países en desarrollo, o como el Primer y el Tercer Mundo, resultan en la dependencia del Ecuador a la compañía Texaco para la transferencia de tecnología, el financiamiento y manejo u operación de la infraestructura que tornó al país en un exportador petrolero. Adicionalmente, dentro del Ecuador, los hogares indígenas en donde las reservas petroleras fueron encontradas constituyen en realidad un "Cuarto Mundo" dentro del Tercer Mundo. Los residentes de la Amazonía tienen que hacer frente no solamente a la inequidad y desigualdad entre el Primer y Tercer Mundo, sino que también tienen que enfrentar a todos los obstáculos y desventajas con relación a su cultura nacional predominante que son similares a los que las minorías y la gente pobre tiene que enfrentar en el Primer Mundo.

III Las actividades de Texaco en la Amazonía

En 1967, Texaco hizo el primer descubrimiento de cantidades comerciales de petróleo en el Oriente. A ese tiempo la compañía opera-

5 Algunas fuentes afirman que surgió una nueva tendencia en 1970 con relación a las culturas indígenas; sin embargo, no existe ninguna ley que trate sobre las nacionalidades indígenas, y muchas de las leyes existentes reflejan un desentendimiento completo de los indígenas y todo aquello que les podría afectar.

ba en una concesión de dos millones de hectáreas conjuntamente con la Gulf.⁽⁶⁾

En 1974, dos años después de que la extracción petrolera comenzó, la compañía predecesora de Petroecuador, Cepe, adquirió el 25% de acciones en la concesión. En 1977, la Gulf fué efectivamente forzada por el Gobierno a salir del Consorcio. CEPE compró las acciones que mantenía Gulf en el Consorcio llegando a ser el socio financiero mayoritario.⁽⁷⁾ Texaco continuó en el Consorcio y en calidad de operador, diseñó, construyó y gerenció la exploración, la extracción y el transporte. Como operador pionero en el Oriente, la Texaco capacitó a técnicos ecuatorianos y transfirió su tecnología petrolera a Petroecuador. Dicha tecnología no incluyó ninguna medida de protección ambiental.⁽⁸⁾

La fiebre petrolera que siguió al descubrimiento de Texaco se sigue esparciendo en el Oriente con efectos devastadores.⁽⁹⁾ El desarrollo petrolero ha llegado a ser el motor principal de destrucción ambiental y violación de derechos humanos en la región. Las poblaciones indígenas han tenido que cargar con los costos del "Boom" petrolero sin poder compartir ninguno de sus beneficios. Muchos de estos indígenas poseen títulos legales de la propiedad a porciones de sus territorios tradicionales y los que no lo tienen, tienen derechos derivados de la posesión. A pesar de esto, el derecho de uso y goce de

6 Los descubrimientos iniciaron un surgimiento de la actividad petrolera e incentivaron al Gobierno del Ecuador para rediseñar su política petrolera. A comienzos de 1979 el Ecuador reclamó dos tercios de la concesión, aumentó el precio de sus regalías, elevó el impuesto de las tierras para las compañías extranjeras, y requirió que las compañías inviertan más en carreteras, aeropuertos y otras infraestructuras. El 1971 el Gobierno Militar en el Ecuador aprobó la Ley de Hidrocarburos, que estableció la compañía nacional petrolera, redujo las concesiones extranjeras y elevó el pago de las regalías.

7 La mayoría accionaria de CEPE llegó al 62.5 %. En 1983 se redujo a la concesión a su actual tamaño.

8 Por ejemplo, los empleados de Texaco encubrieron los derrames de petróleo debido a su preocupación por la pérdidas de su compañía y por la pérdida de la producción del Gobierno, y no debido a preocupaciones sobre el medio ambiente. Declaración no jurada de Margarita Yépez bajo pena de perjurio, alegato de FCUNA/OINCE. En 1982 la Texaco transfirió la responsabilidad operacional del oleoducto transecuatoriano a Petroecuador. En Junio de 1990, Petroecuador asumió su responsabilidad operacional en las actividades de exploración y extracción del consorcio. Texaco mientras tanto permaneció involucrada en el manejo de dichas actividades hasta la expiración de su contrato en 1992. Las actuales prácticas ambientales no difieren significativamente de las prácticas desarrolladas por Texaco.

9 Para una detallada información en español sobre el desarrollo petrolero en la Amazonía Ecuatoriana y su impacto en la tierra y la gente lea a. Judith Kimerling FCUNAE, *Crudo Amazónico* (ed.ABYA-YALA, Quito 1993).

sus territorios se ha llegado a limitar en la práctica por el hecho de que el Gobierno ecuatoriano demanda el petróleo y otros minerales que se encuentran bajo la superficie del suelo como propiedad del Estado. A las comunidades indígenas y sus organizaciones no se les ha permitido participar en las decisiones del Gobierno y de la industria en relación con el desarrollo de las reservas petroleras existentes en sus territorios.

Cuando Texaco en 1964 comenzó a buscar petróleo en el Oriente, el área era una selva trópicamente húmeda, prístina y limpia. Las prácticas agrícolas tradicionales de las poblaciones indígenas habían mantenido un equilibrio ecológico con el bosque. Texaco perforó 339 pozos en una concesión que ahora se extiende a 442.965 hectáreas sin consultar ni pedir permiso a los habitantes indígenas del área. Esta área actualmente contiene un corredor industrial de pueblos en repentina expansión en donde se ha dado una descontrolada colonización y deforestación, una degradación de los bosques, arroyos y ríos y una severa contaminación. Texaco ha extraído cerca de 1.4 mil millones de barriles de crudo amazónico, a utilidades considerables y ha sentado estándares a ser seguidos por otras compañías petroleras en la región.

Las operaciones de Texaco se han caracterizado por el uso continuado de una tecnología obsoleta y por un doble estándar internacional de protección ambiental y respeto con los pobladores locales. Alrededor de 235 pozos petroleros diseñados y construidos por Texaco han generado más de 3.2 millones de galones de desechos tóxicos diarios.⁽¹⁰⁾ Virtualmente todos estos desechos se los ha arrojado al medio ambiente sin ningún tratamiento ni monitoreo, contaminando incontables arroyos y ríos que sirven como fuentes de agua y pesquería a las comunidades circundantes. Además de estos descargos de rutina, se dan derrames petroleros accidentales que solamente desde el principal oleoducto han arrojado un estimado de 16.8 millones de galones de crudo en las cabeceras del río Amazonas. Contrastando con lo que se hace en los Estados Unidos no se ejecutaron acciones de limpieza.⁽¹¹⁾

10. Como se expresa arriba, los pozos fueron operados por Texaco hasta Junio de 1990. Durante dicho período, según información del Gobierno, hubieron, más de 19 millones de galones de descargos o evacuaciones diarios de desperdicios. Estos datos no incluyen a los desperdicios tóxicos de perforación y de mantenimiento de pozos que fueron abandonados sin ningún tratamiento ni monitoreo.

11. Estos datos son solamente de los derrames registrados del oleoducto trans-ecuatoriano mientras fue operado por Texaco (1972-1989). A efectos de comparar, el mayor derrame de petróleo en la historia de los Estados Unidos se produjo cuando la Exxon Valdez arrojó cerca de 10.8 millones de galones de petróleo en el Prince William Sound. Los derrames de petróleo de oleoductos secundarios, líneas de flujo y tanques no han sido registrados.

Los caminos construidos por Texaco abrieron cerca de un millón de hectáreas de territorio, hogares de los indígenas previamente inaccesibles, a la especulación, colonización, deforestación y al establecimiento de ganadería y agroindustria. Los últimos indígenas Tetetes fueron forzados a salir de sus territorios cerca de Lago Agrio, con el auge de pueblos que crecieron después del establecimiento del primer campo petrolero comercial y centro de operaciones de Texaco. Se cree que este desplazamiento aceleró la extinción de este pueblo indígena. Trabajadores formadores de Texaco informaron que la compañía arrojaba bombas y dinamita desde helicópteros para asustar a sus vecinos indígenas. Los indígenas Cofanes que vivieron, cazaron y se alimentaron alrededor del área que actualmente es Lago Agrio, fueron desposeídos de sus territorios tradicionales y ahora viven en cinco pequeñas parcelas rodeados de extraños. Actualmente son cerca de 700 y se hallan luchando para proteger las parcelas del territorio que les quedó a efectos de sobrevivir como pueblo. Al mismo ritmo que la infraestructura de Texaco se expandía, se forzó a los indígenas Huaorani, Quichua y Secoyas fuera de sus territorios.⁽¹²⁾

Además de este desposeimiento ilegal, el ruido y la contaminación química han degradado seriamente a los territorios restantes de los pueblos indígenas, restringiendo aún más su base de subsistencia y limitando su ámbito para la caza, pesca, recolección y actividades agrícolas.⁽¹³⁾ Adicionalmente, los residentes atribuyen un número de enfermedades a la contaminación que satura el área, el crecimiento y diseminación de enfermedades tales como enfermedades de la piel, dolores de cabeza, fiebre y desórdenes gastrointestinales.⁽¹⁴⁾ Aunque muchos de los pueblos indígenas afectados han mantenido un fuerte

-
12. La construcción de caminos y otro tipo de construcciones han infligido impactos indirectos a la tierra y la gente del Oriente. El inundamiento de las áreas de foresta rio arriba está creando lugares de reproducción de los mosquitos conductores de la malaria. Esto sin tomar en cuenta que los conductos de drenaje y arroyos de tierras han arruinado a diferentes arroyos. En muchas áreas, aguas abajo, se ha bloqueado el flujo del agua para uso de los residentes y se producen sequías en las épocas intermedias de alta precipitación lluviosa. Entre otros impactos se incluyen la destrucción de las sembraderas, los recursos forestales y el hábitat, la erosión, la sedimentación de las aguas superficiales y la degradación del suelo.
 13. La economía y cultura indígenas requieren de un alto nivel de calidad ambiental. Aunque la mayoría de los indígenas confían, en varios grados, en una actividad variada para su subsistencia la dependencia que tienen de las selvas húmedas tropicales es bastante alta.
 14. Un estudio reciente sobre muestras del agua encontró hidrocarburos aromáticos polinucleares (PAHs) y otros químicos tóxicos en niveles tales que ocasionan altos riesgos para contraer enfermedades serias como el cáncer y desórdenes neurológicos y reproductivos. Centro de Derechos Económicos y Sociales, "Violaciones a los Derechos en la Amazonia Ecuatoriana: Consecuencias Humanas del Desarrollo Petrolero," 1994. En algunas comunidades indígenas los extraños trajeron epidemias de enfermedades exógenas como también el alcoholismo y la prostitución.

sentido de identidad y una vida cultural rica a pesar de una severa declinación en su calidad de vida, si las tendencias actuales persisten hay una severa amenaza de pobreza general, enfermedades, desintegración social y pérdida cultural. Para sobrevivir como pueblos, las poblaciones indígenas tienen que retomar el control sobre sus territorios remanentes y el deterioro ambiental creciente debe revertirse.

IV Ley aplicable

Las leyes ecuatorianas están repletas de exhortaciones para proteger el medio ambiente y prevenir la contaminación. Por ejemplo, la Constitución del Ecuador garantiza el "derecho a un medio ambiente libre de contaminación". Título II, Artículo 19 (2)

El contrato de producción de Texaco requiere que la compañía adopte medidas necesarias para proteger los animales, las plantas y otros recursos naturales y para evitar la contaminación de aire, suelo y agua. La Ley para la Prevención y Control de la Contaminación Ambiental LPCCA (cap.I, párrafo I) declara que "la protección del aire, agua y tierra y sus recursos y la conservación del medio ambiente... es de interés público", y contiene varias prohibiciones en relación a la contaminación. A la contaminación se la define como: "la presencia en el medio ambiente de uno o más contaminantes peligrosos para la vida humana, la salud o bienestar de los seres humanos o de la flora y fauna o cualquier otro elemento que degrade la calidad del aire, agua, suelo u otra propiedad pública o privada." Similares disposiciones pueden encontrarse en la Ley de Aguas y su Reglamento.¹⁵ La Ley Ambiental ecuatoriana, entonces, al prohibir la contaminación y definirla, establece el mandato claro y consistente de que las operaciones petroleras no deben afectar adversamente al medio ambiente o amenazar a la salud humana. En el papel, una serie de entidades públicas tienen alguna jurisdicción para hacer cumplir las leyes. Sin embargo, estas no tienen el soporte político y los recursos humanos y financieros necesarios para el cumplimiento de sus funciones y los magros esfuerzos que realizan son malamente coordinados. Las herramientas reglamentarias para la aplicación de leyes ambientales son limitadas y subdesarrolladas. Consecuentemente, las leyes ambientales no han sido ejecutadas en los campos petroleros y Texaco

15. Ver también, Ley de Hidrocarburos art.31(s) y (t); Reglamentos para las Operaciones Hidrocarburíferas, art. 61 y 62; Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero, art.47(b) y 80.

por lo tanto ha operado virtualmente sin ninguna vigilancia.⁽¹⁶⁾ Se dejó que la compañía se conduzca sólo de acuerdo a sus políticas ambientales propias.⁽¹⁷⁾ Adicionalmente, los empleados públicos encargados de llevar a cabo y hacer cumplir las leyes con sus propias actividades en el desarrollo petrolero (a través de Petroecuador), fueron entrenados y educados en la "escuela" de Texaco.

Aparte de las regulaciones gubernamentales y de la actividad para la ejecución de una ley, Texaco se tenía que someter a una norma de cuidado general en todas sus actividades. El Código Civil define a la obligación como el nivel de cuidado que emplea "un buen padre de familia". La Ley, en relación con la responsabilidad civil además incorpora el principio de que "el contaminador paga" como también el deber de enmendar o remediar al establecer que todos los daños causados por negligencia o malicia tienen que ser reparados por el causante. Adicionalmente, el Código Civil da lugar a una acción de reclamo por daños y perjuicios y ser indemnizado por responsabilidad de un conjunto de varias causales.⁽¹⁸⁾

16 Ecuador tiene un Ministerio de Energía y Minas que promueve el desarrollo petrolero y una compañía nacional petrolera que lleva a cabo actividades de desarrollo petrolero y contrata con compañías extranjeras a este propósito. El Ecuador no tiene un Ministerio o cualquier otra entidad con suficiente autoridad, soporte político y recursos adecuados para proteger los derechos humanos y el medio ambiente. El Ministerio de Energía y Minas y Petroecuador han creado unidades ambientales durante la última década que son totalmente ineficientes. El Ecuador no tiene un procedimiento administrativo suficientemente democrático y transparente que asegure que las decisiones para el desarrollo petrolero se las haga: (1) en base a consideraciones de un posible impacto ambiental y sociocultural y a la evaluación de alternativas; y (2) con el conocimiento y participación de la gente directamente afectada por dichas decisiones.

17 Como se publicó "La Política Interna Ambiental de Texaco expande el tema al cumplimiento con todas las leyes y reglamentos ambientales de una forma que demuestre respeto a la calidad del medio ambiente. El compromiso de Texaco en cuanto a sus responsabilidad ambiental va más allá del mero cumplimiento". Texaco, Worldwide E&P Environmental Practices, Abril 1991.

18 Código Civil art. 2214, 2215, 2256, 2241, 2244. El artículo 1480 establece que las obligaciones legales pueden provenir de tres diferentes fuentes: los contratos, la legislación y los daños causados. Esto indica que la determinación de la responsabilidad de Texaco por daños y acción reparadora no requiere el buscar si es que Texaco hubiere violado los reglamentos ecuatorianos. En vez de eso, la verdadera pregunta debe ser si es que Texaco fue negligente o maliciosa y si es que se causó daño o existe una amenaza de daños. (art. 2260) El principio de que hubo cumplimiento con los reglamentos ambientales vigentes a la época en que se realizaron las actividades del acusado no la defienden de su responsabilidad civil por daños o de los requisitos de reparación que es un principio fundamental de la Common Law y la Ley Administrativa Ambiental en los Estados Unidos. Este principio reconoce que el propósito de la responsabilidad civil es el de considerar a la parte a la que se hizo daño como un todo y que la regulación ambiental puede tornarse reparadora; por lo tanto, este principio tiene una naturaleza claramente retroactiva.

Existe una nueva tendencia en el derecho internacional que reconoce la relación estrecha que existe entre los pueblos indígenas y su medio ambiente natural y la especial importancia que tiene para los pobladores indígenas la calidad de su habitat.⁽¹⁹⁾ Al mismo tiempo, y aunque todavía se encuentra en estado evolutivo, se reconoce de modo general el derecho de los seres humanos a tener un medio ambiente limpio y saludable.⁽²⁰⁾ El derecho ambiental internacional, también reconoce la necesidad de rehabilitar y restaurar los ecosistemas degradados, y principios en surgimiento enfatizan en la participación popular como algo crítico para el éxito de las estrategias protectoras del medio ambiente. Por ejemplo, la Convención sobre Diversidad Biológica, provee que los Estados participantes "deberán en tanto en cuanto sea posible y apropiado ...rehabilitar y restaurar los ecosistemas degradados y promover la recuperación de las especies amenazadas(y) apoyar a los pobladores locales a desarrollar e implementar la reparación de las áreas degradadas en donde la diversidad biológica se haya reducido" (artículos 8(f) y 10(d)). La Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo reconoce la necesidad de "proteger y restaurar la salud y la integridad" del medio ambiente y afirma el principio de que "el contaminador paga" como también confirma el derecho a una participación pública en las decisiones acerca del medio ambiente.⁽²¹⁾

19. Ver por ejemplo: La Convención de Diversidad Biológica en su Preámbulo; La Convención ILO 169(1989) art. 4, 7, 13, 15, 32. El Ecuador no ha ratificado la convención ILO y por consiguiente no tiene que someterse a ella. Ver también La Declaración de Río sobre Ambiente y Desarrollo 1992) principio 22. Aunque la declaración de Río en la que estuvieron de acuerdo 168 gobiernos en la Reunión de la Tierra, la más grande reunión de Jefes de Estado en la historia del mundo no es legalmente obligatoria sin embargo representa el consenso internacional y evidencia la vigencia de la ley consuetudinaria internacional."

20. La Constitución del Ecuador expresa "el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación." Desde 1989 cerca de 50 constituciones nacionales reconocen este derecho con algunas variaciones. Edith Brown Weiss, In Fairness to Future Generations, (1989). Las leyes y declaraciones internacionales incluyendo la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 45/94 (1990); la Declaración de Estocolmo (1972), principio 1 y proclama 1; la Declaración de Río, principio 1; el Protocolo de San Salvador (1989), art.11 (el Ecuador ratificó el protocolo en 1993 pero no se encuentra en vigencia todavía.)

21. Principios 7, 16, 10. También ver principios 10 (derechos a la información ambiental y a los procedimientos ambientales administrativos incluyendo daños y perjuicios.), 13 (responsabilidad y compensación a las víctimas de daños ambientales), 22 (responsabilidad estatal especial de apoyar la cultura, los intereses y la participación de la población indígena); Protocolo de San Salvador, art.11(2) (deber de restaurar el medio ambiente); Declaración de Estocolmo, principios 1, 3, 14 (deber de mejorar y restaurar el medio ambiente), 6 ("Evacuación de sustancias tóxicas que...debe ser suspendida...la justa lucha de las gentes de todos los países en contra de la contaminación debe ser apoyada"); El Tratado de Cooperación Amazónico, 1978, art. IV (el derecho soberano de las naciones para explotar sus riquezas nacionales está sujeto a las reglas impuestas por el derecho internacional.)

Nuevas tendencias en el desarrollo de los derechos humanos internacionales reconocen que la degradación ambiental y la masiva invasión de gente ajena en los territorios indígenas pueden llegar a constituir violaciones de derechos humanos tradicionales tales como el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad personal, a la salud y bienestar, a la libertad religiosa, a la propiedad, a la protección de la familia, derecho al domicilio y a la libertad de movimiento, a la inviolabilidad de domicilio y a la privacidad.⁽²²⁾ Existe además un creciente reconocimiento de los derechos indígenas a la posesión, inclusive legal, de sus territorios tradicionales; a la preservación de sus culturas; y a su participación en las decisiones que afecten a sus territorios, a sus recursos naturales y a su bienestar. Las leyes de protección de los derechos humanos también reconocen que las personas tienen derecho a un significativo desagravio y a unos mismos derechos de protección.

V.- Salida de Texaco y la Auditoría Ambiental

A efecto de llevar a cabo la auditoría ambiental, la Texaco, Petroecuador y el Ministerio de Energía y Minas ("el Ministerio") establecieron el "Comité Técnico", compuesto de únicamente sus representantes. Para supervisar al Comité Técnico, ellos crearon el "Comité de Alto Nivel", constituido por autoridades más elevadas de las mismas instituciones. Ambos comités tomaron sus decisiones por consenso. Consecuentemente, el proceso de la auditoría fue un proceso de negociación. Como en el caso de anteriores asuntos ambientales el Gobierno declinó asumir su "roll" de autoridad a pesar de su responsabilidad bajo las leyes ecuatorianas. Tempranamente en el proceso de auditoría, se introdujeron dos cambios fundamentales. Se redujo el ámbito general de la auditoría a los impactos ambientales, eliminando toda referencia a los impactos sociales, culturales y económicos,⁽²³⁾ y el Gobierno aceptó el argumento de que siendo Petroecuador co-propietario y operador actual en el Consorcio coparticipa en las responsabilidades financieras si es que se descubren daños de la operación. Como resultado de todo esto, los intereses de Petroecuador se

22. (Ver el caso Lubicon Lakeband (decisión del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas 1990) y el caso Yanomami (1985) decisión de la comisión de Derechos Humanos OEA)). El art.44 de la constitución ecuatoriana que garantiza los derechos humanos.

23. Esta exclusión contradice la Ley de Hidrocarburos del Ecuador: art.31: Petroecuador y sus contratistas o asociados en la exploración y explotación en el refinamiento y mercadeo estaban obligados en aquello que sea aplicable a cumplir con lo siguiente...: (s) a presentar para la aprobación del Ministerio del ramo los planes, programas y proyectos, conjuntamente con su respectivo financiamiento de manera que la actividades de exploración y explotación no tengan impactos negativos de orden social o económico en contra de las poblaciones locales y no impacten adversamente a los recursos renovables y no renovables...

tornaron íntimamente ligados a los intereses de Texaco.⁽²⁴⁾ Petroecuador ha justificado la participación de Texaco en el Comité de Alto Nivel y en el Comité Técnico a propósito del derecho "de defensa de Texaco"⁽²⁵⁾. Esto nos da una idea de la naturaleza imprecisa de los procedimientos legales en el Ecuador en relación con materias ambientales en las operaciones petroleras. ¿Se estableció la auditoría como un procedimiento cuasi-judicial por parte del gobierno para determinar legalmente las responsabilidades ambientales de Texaco? ¿O se trataba de un estudio interno (dentro de casa) realizado por antiguos socios en los negocios para proveerse de información que les pueda permitir negociar la disolución de su sociedad comercial? Los críticos en el Ecuador temen que se trata de un esfuerzo colusivo entre las partes para cubrir el abismal registro ambiental de Texaco, Petroecuador y el Gobierno, al responsabilizar a los productores petroleros de solamente daños leves y al exigir un pago de compensación mínimo por parte de Texaco al Gobierno o al llevar a cabo limitadas (e inadecuadas) medidas de reparación. Por supuesto, los críticos solamente pueden especular acerca de la naturaleza precisa de las negociaciones de la auditoría porque ellos, tanto como los residentes de la Amazonía, fueron excluidos del proceso. Esto es claramente una violación de los derechos de los residentes a participar en las decisiones que afecten a sus territorios y a su bienestar. Aún más, la auditoría ha sido altamente secreta. El contrato entre Petroecuador y la Texaco Petroleum Company, subsidiaria de Texaco por un lado y la HBT por otro, estipula el que los reportes finales y todos los otros datos y documentos conservarán su calidad de confidenciales a menos que todas las partes lo decidan de otra forma.⁽²⁶⁾

24. No se conoce públicamente si es que en el acuerdo se llegó a establecer como dividir dichos costos. El costo del contrato de auditoría de US\$730.745,30 es compartido por igual entre Petroecuador y Texaco. Texaco tomó la posición de que el Gobierno compartía también sus responsabilidades al haber aprobado sus planes de trabajo y sus gastos. Aunque no aparece que el Gobierno hubiera aceptado ninguna responsabilidad fiscal directa por los daños ambientales causados por las operaciones de Texaco, este enfrenta un conflicto de intereses ya que el mismo Ministro nombrado por Texaco como socio representa al gobierno en la auditoría. Además de esto, el Ministro de Energía y Minas es el Presidente del Directorio de Petroecuador.

25. Entrevista con Wilson Torres representante del Comité Técnico de Petroecuador y con Lourdes Ayala, abogada de la unidad ambiental de Petroecuador. Quito, Marzo 19, 1993.

26. Contrato de Prestación de Servicios de Auditoría Ambiental de los Campos Petroleros del Consorcio CEPE-Texaco Abril 15, 1992 (Contrato) Tanto el contrato como los criterios se filtraron a la opinión pública. En Febrero de 1974 después de haber escrito este artículo el Ministro de Energía entregó el borrador del reporte de auditoría y un plan gerencial a la Comisión de Investigación Pública del Congreso del Ecuador, después de que inicialmente hubiera rechazado hacerlo debido a la cláusula de confidencialidad del contrato. Actualmente existe una presión creciente para que el Ministro rechaze al plan y al reporte por ser inadecuados. Texaco ha manifestado públicamente que considera que la auditoría es "definitiva".

A la luz del contrato se prescribe una investigación integral para determinar "la condición ambiental actual" de los campos petroleros de la Texaco, determinar si es que los impactos ambientales o la degradación de los recursos naturales han sido causados por las operaciones hidrocarburíferas, que identifiquen las causas de dichos impactos, y que establezcan las medidas de control ambiental, mitigación de impactos, rehabilitación y costos. Además del componente técnico los auditores deberán determinar si la degradación ambiental es el resultado de un incumplimiento con: 1. "las leyes y reglamentos vigentes en la época de las operaciones de Texaco; y 2. de las prácticas ambientales internacionales generalmente aceptadas por la industria petrolera para las áreas tropicales húmedas durante dicho período." Seguidamente el trabajo de campo, la HBT Agra debía preparar un reporte ambiental y un plan de manejo.

Antes de llevar a cabo la auditoría, se requirió que la HBT Agra haga un inventario de las leyes, reglamentos y prácticas generalmente aceptadas por la industria para las áreas de bosques tropicales vigentes a la época de las operaciones de Texaco, como también establecer los criterios necesarios para su aplicación. Lo que llegó a ser nombrado como "Los Criterios" tenía que ser aprobado previamente por Texaco y Petroecuador antes de proceder a la auditoría. Este procedimiento sumado a la completa ausencia de transparencia que caracterizó a la auditoría, excluyó efectivamente la posibilidad de una auditoría independiente e imparcial.²⁷

Al mismo tiempo en el que la HBT Agra y el Comité Técnico se encontraban estableciendo los criterios para la auditoría, los contratistas se encontraban muy ocupados en los campos tapando con tierra docenas, quizás cientos de pozos llenos de desperdicios del área en estudio. Estas piscinas sin recubrimiento típicamente contienen desperdicios tóxicos de mantenimiento y de perforación de los pozos; desperdicios cubiertos de una gruesa capa de petróleo. Se construyeron canales para conectar a los piscinas que se encontraban cerca de algún río para evacuar directamente al curso del agua estos desperdicios sin ningún tratamiento. La mayoría de las piscinas fueron tapadas simplemente con tierra sin mediar ningún tratamiento o remover los

27. Las compañías pueden cancelar el contrato si es que no aprueban sus criterios o sin causa alguna con 30 días de anticipo a su notificación. Los pozos individuales que el auditor escoga inspeccionarlos al azar durante la auditoría también tienen que ser aprobados por el Comité Técnico antes de que el trabajo de campo comience. Todo el personal principal del proyecto de HBT Agra tiene que ser entrevistado y aceptado por el Comité Técnico. El pago final del 40% de los honorarios de la auditoría al Contratista está sujeto a la aceptación del Comité Técnico del reporte de auditoría y del plan de manejo ambiental. Si dicho Comité demanda "justificación de los reportes" antes de aceptarlos la HBT Agra debe suministrar los justificativos a su propio costo.

desperdicios.⁽²⁸⁾ Es difícil imaginarse que esta actividad que no se ha publicado y a la que no se ha referido específicamente la auditoría, no sea si no un intento para encubrir los problemas ambientales en el área de estudio, justamente al comienzo de la auditoría.

Los Criterios fueron aprobados por el Comité Técnico en Noviembre de 1992.⁽²⁹⁾ Dicho documento no tiene claridad acerca de cómo deben aplicarse los Criterios o si la auditoría totalmente se basará en los mismos. El contrato requiere de mucha más investigación que lo que permite la simple aplicación de Criterios. Estatuye que las prácticas y leyes internacionales a las que hacen referencia Los Criterios "deben ser consideradas" como parte de la auditoría pero también prescribe una investigación exhaustiva de las prácticas ambientales de Texaco y sus impactos lo que incluye la determinación de la naturaleza y extensión de la contaminación del aire, el agua y el suelo. Los Criterios, sin embargo, expresan que contienen "criterios de estudio definitivo" para la auditoría, y define a la investigación como "una auditoría ambiental para verificar el cumplimiento con las leyes y requerimientos técnicos de la República del Ecuador y el cumplimiento con las prácticas operacionales estándares de la industria petrolera internacional para las áreas de bosques tropicales....para el período 1964-1990".⁽³⁰⁾ Los Criterios, entonces, probablemente estrecharon aún más el ámbito de la auditoría. En vez de estudiar los impactos de las operaciones de Texaco e identificar las medidas de re-

28. Esto no es ni legal ni ambientalmente aceptable en los estados Unidos y aún mas viola las guías o normas ambientales publicadas por la industria. El Foro de Exploración y Producción Internacional de la Industria Petrolera (E&P Forum)" Guías Operativas de la Industria Petrolera para las Selvas Húmedas Tropicales", (Texaco es uno de sus ocho autores) prescribe que los pantanos "nunca deben usarse como depósitos de desperdicios petroleros." "Cuando se abandona los pozos y orificios, "se debe remover todo el petróleo y el suelo contaminado" antes de rellenarlos hasta el nivel del suelo. El propio manual de Texaco para exploración y explotación a nivel Mundial dice: "Los pozos de reserva no deben usarse nunca para evacuar los desperdicios de petróleo ...se debe tratar al suelo contaminado o removerlo y disponerlo apropiadamente (durante los procedimientos de abandono).

29. "Criterios finales de evaluación ambiental de los campos petroleros del Consorcio de Petroecuador" (Octubre 1992). HBT Agria limitado.

30. Los Criterios señalan que los criterios "habían sido producidos por la HBT y el Comité Técnico Petroecuador-Texaco." Mientras esto confirma que la auditoría "se la realizará de acuerdo a los términos de referencia del contrato, y de los criterios establecedores de pagos por daños," ellos no explican como se debe llevar a cabo el trabajo suplementario. Los Criterios no se refieren a cómo se debe evaluar los diferentes items que específicamente se mencionan en el contrato. Tal es el caso del manipuleo de material radioactivo, del desecho de los tanques o baterías químicas, del impacto resultante de la aplicación de desperdicios de petróleo sobre la superficie de caminos, de la deforestación y la reforestación, de la acción en caso de derramamientos de petróleo y planes de contingencia, del abandono de los pozos de desperdicio, de las alteraciones biológicas y su impacto en la vida animal acuática y terrestre. Ninguno de los documentos menciona a la contaminación de los sedimentos, el impacto del bloqueo de las vías de drenaje o la contaminación de las aguas profundas que potencialmente podrían ser, pero no sirven ahora como fuentes de agua para beber.

paración (como así lo estipula el contrato), se diseñó a los Criterios para "verificar" el cumplimiento de Texaco con las leyes ecuatorianas existentes en ese entonces y con la "Ley" hecha por la industria por sí misma que sería aplicable a los bosques tropicales húmedos.⁽³¹⁾ La naturaleza retrógrada de los Criterios amenazó con perpetuar en vez de revertir el doble estándar internacional de protección del medioambiente que ha caracterizado a las operaciones de Texaco. Adicionalmente los Criterios violan el espíritu de las leyes internacionales y ecuatorianas que afirman que "el contaminador paga", y la necesidad de proteger y restaurar el medio ambiente como también la política publicada de la industria que confirma la necesidad de mejorar la protección del medio ambiente en las instalaciones existentes y restaurar las áreas dañadas dentro de las instalaciones.

Los Criterios se escribieron irónicamente como si el área afectada por Texaco estuviese inhabitada. Tanto los colonos como los indígenas que viven en al área han sido seriamente afectados por las actividades de Texaco. Algunos inclusive han enviado quejas escritas ya sea al Consorcio o al Gobierno. La mayoría no han sido contestadas y los Criterios indican que los auditores no estan obligados a investigarlas.⁽³²⁾ Los Criterios comienzan con una serie de tablas que

31. Esto contradice tanto las repetidas aseveraciones de que Texaco fué "más allá de los requerimientos legales en el Ecuador para asegurar una efectiva protección ambiental, como su declaración escrita al Ministro de que en vista de la auditoria ambiental propuesta la preocupación más importante es la de trabajar conjuntamente para minimizar el impacto ambiental de las operaciones hidrocarburiíferas.
32. Leer oficio No. 039 de la Comunidad San Cristobal de Huamayacu a Petroecuador, Marzo, 24, 1990. Además de los derramamientos y descargos y evacuaciones que contaminan las fuentes de agua y matan a los peces, las sementeras y/o animales, generalmente afectando a las familias o comunidades. Muchos individuos han sufrido daños adicionales severos. Dos ejemplos ilustrativos. Un colono de 11 años de edad caminaba a casa desde la escuela, el vió algunos materiales que habían sido enterrados años antes, pero que las lluvias los habían dejado al descubierto. "La curiosidad y la ignorancia" lo llevó a encender un fósforo cerca de una caja de cartón ; la cual contenía dinamita y explotó. El chico perdió su brazo . Ahora él tiene 25 años . Está agradecido con Texaco por haberle dado tratamiento médico cuando ocurrió el accidente , pero ahora no puede encontrar trabajo o tener una familia porque "no es completo". El ha escrito a Petroecuador y HBT Agra, porque no sabe a quién acudir. El busca que se le de una pequeña indemnización para poder poner un negocio pequeño que le de sustento. Carta de Fernando Parra a Petroproducción y Petroecuador, Agosto 9, 1993.

En Febrero de 1990, hubo un derrame de crudo sobre un arroyo pequeño cerca de un camino que se volvió resbaloso por el aceite. El derrame no fué limpiado durante la mañana siguiente y un trabajador petrolero se salió del camino y fué a dar al arroyo. De acuerdo a los testigos él estaba ebrio , y salió del carro sin apagarlo. Dos colonos jóvenes , de 17 y 25 años, pasaban por allí cuando el carro explotó . Ellos se quemaron severamente . Un sacerdote de la localidad convenció a la Texaco de que los lleve a un hospital , y la compañía los llevó en avión a Quito . El sacerdote y los familiares dijeron que la compañía ofreció pagar los gastos médicos , pero no lo hizo así. La compañía abandonó a los jóvenes en Quito , y no les ayudó a retomar al Oriente. Una de las madres todavía debe el dinero que ella pidió prestado para pagar por los gastos médicos. Carta de M. Espinosa y del padre E. Pinos a Petroecuador, Mayo 16, 1990.

enumeran parámetros y niveles "propuestos" para las muestras químicas del suelo, aguas superficiales y subterráneas y de la calidad de los afluentes (descargas). No se expresan normas para modificar a los niveles "propuestos". No existe ningún plan de muestreo que indique cuantas muestras deben tomarse, en que localizaciones se debe seleccionarlas o qué metodología utilizar para sus análisis químicos. Los parámetros y los niveles parecían haber sido establecidos arbitrariamente porque no tenían las bases lógicas en el documento.⁽³³⁾ El capítulo que trata de la calidad de las descargas ilustra claramente la naturaleza incompleta y enroscada de los razonamientos presentados para los criterios. Los Criterios no dicen nada acerca de las descargas de las piscinas de desechos. Los Criterios confirman la naturaleza tóxica de dichas descargas pero hacen caso omiso de establecer los límites de evacuación basados en el impacto ambiental. Para "ahorrar un tiempo considerable", los Criterios propugnan el uso de estándares basados en la "mejor tecnología práctica (BPT Best Practicable Technology)" que se define como "la menor descarga posible con el uso de la tecnología ampliamente disponible y reconocida como la mejor dentro de los límites efectivos de costo". Dicho esto, los Criterios descartan sumariamente a BPT porque "implica innecesariamente el llegar a un nivel cero de descarga al poder realizar inyecciones profundas". En vista de el "substancial volúmen de agua que fluye en la cuenca del río Amazonas," los Criterios concluyen que "los altos valores" en los parámetros son suficientemente "adecuados".³⁴ No existe técnica que soporte esta suposición. Aún más, la afirmación de que la capacidad asimilativa del río Amazonas diluiría los desperdicios es absurda porque estos no son evacuados directamente en el

33. "Algunas de las muestras presentan problemas como usar un parámetro único-aceite y grasa para los criterios de chequeo del suelo y el agua. La contaminación del petróleo es fundamentalmente orgánica y sin embargo en la lista de los orgánicos se excluyen algunos hidrocarburos específicos que son particularmente tóxicos. Aún más los NIVELES PARA LOS HIDROCARBUROS TOTALES propuestos aceptados son altos porque algunos hidrocarburos como los volátiles y los PAHs, pueden amenazar a la salud humana y el medio ambiente a más bajos niveles. Además no se da parámetros para los componentes radioactivos. La importancia de saber si es que los ácidos tóxicos en el Oriente son radioactivos o no, nunca puede ser sobre enfatizada. Aunque no existen datos públicamente disponibles en el Ecuador, los ácidos tóxicos son tenidos como material radioactivo en algunas partes del mundo. Un consultor de Gobierno recientemente confirmó que todo el material de residuo resultante de perforaciones que atraviesan formaciones geológicas radioactivas debe ser tratado separadamente de otros desechos. Entrevista con Giovanni Rosania, INEFAN, Quito, Octubre 18, 1993. A pesar de instrucciones expresas en el Contrato de Auditoría, los Criterios no incluyen ninguna medida para examinar los problemas posibles de radioactividad debidos a las actividades de perforación y extracción de Texaco."

34. La reinyección es una práctica común para deshacerse de los ácidos tóxicos en los Estados Unidos. Esto es lo que está haciendo la Occidental Petroleum actualmente en sus instalaciones productivas en el Oriente, aunque se cree que la inyección no es lo suficientemente profunda para proteger las fuentes de agua fresca. Se sabe que Maxus está inyectando ácidos tóxicos dentro de las mismas estructuras de las cuales fueron extraídos dentro de sus instalaciones.

rio Amazonas. Al contrario, se los descarga en pequeños esteros y ríos. Muchos de estos conductos acuíferos eran ricos en pesquería pero ahora no tienen vida acuática o la tienen muy pequeña.⁽³⁵⁾ Otros ríos han sido degradados pero todavía sirven como fuentes de agua y pesca.⁽³⁶⁾ Para abundar en el tema, la ley ecuatoriana explícitamente rechaza a la disolución como una acción que pueda sustituir al tratamiento de desperdicios.⁽³⁷⁾

La revisión de las leyes ecuatorianas que consta en Los Criterios es un conjunto de versiones sucesivas de la Ley de Hidrocarburos con una explicación de las leyes y reglamentos. No se explica las razones para hacer un análisis legal fragmentario. Además, esta revisión da una visión incorrecta de las leyes ambientales, al asegurar que existe una tendencia regresiva en cuanto a la exigencia de requerimientos estrictos la cual culmina en 1982 cuando no se requería ningún tipo de cumplimiento. De hecho, cuando se toma en cuenta a todas las le-

35. Entre algunos ejemplos se incluyen el de la "North Station Stream" que recibe los desperdicios de la North Station de Lago Agrio, y la "Salty Stream" que recibe los desperdicios de Yuca Station. Otro ejemplo que directamente contradice el supuesto de los Criterios sobre la disolución, es el caso de un área pantanosa grande que se encuentra detrás del Guanta Station en donde más de tres hectáreas de selva húmeda han sido inundadas y exterminadas con ácidos tóxicos. Se debe tomar en cuenta algunos factores importantes dentro de la auditoría como aquel de la proximidad de los sitios de evacuación con las fuentes de agua para beber, los niveles de flujo y la calidad del agua de las aguas recipientes, y la localización de los sumideros de contaminación como también una caracterización química completa de los ductos de desperdicio.
36. Por ejemplo, el río Quinchiyacu recibe desperdicios de la estación de Sacha Norte y es usado por los quichuas y los colonos.
37. Reglamentos Para la Prevención y Control de la Contaminación Ambiental en los Recursos Acuíferos, ("Reglamentos Para la Contaminación del Agua") art.31. Los Criterios tampoco incluyen dentro de sus parámetros aquellos que son necesarios para medir la contaminación del agua. Al contrario, expresan que "no se han revisado estándares de emisión, de sonido o de gas que pudieran ser aplicables a las operaciones petroleras en las áreas de selva húmeda durante el período que va desde 1964-1990." A pesar de una disposición del contrato con Texaco que requiere prevenir la contaminación del aire, los auditores determinaron que por no existir estándares cuantitativos antes de 1990, aquél requisito puede ser desechado conjuntamente con lo previsto en El Contrato de Auditoría que requiere de una investigación completa de la naturaleza y extensión de la contaminación del aire. Inexplicablemente, los Criterios no mencionan a la Ley Para la Prevención y Control de la Contaminación Ambiental de 1976 que: (1) prohíbe la descarga de contaminantes en la atmósfera que pudiera amenazar a la salud humana, al medio ambiente, a los bienes y recursos públicos o privados, o que de cualquier manera pudieran constituir un peligro, a menos que dichas descargas cumplan con estándares y regulaciones importantes; y (2) Requieran a las instituciones públicas y privadas el someter estudios de impacto ambiental y planes de control de contaminación del aire al Ministerio de Salud para su aprobación antes de la construcción de instalaciones que podrían contaminar el aire. Una de las mayores fuentes de contaminación del aire es el gas del flameo de "desperdicios". El contrato de Texaco requiere de que el gas de separación en las estaciones respectivas sea usado o reinyectado. Si ninguna de las dos acciones es posible ejecutarlas se requiere que el Ministerio emita un permiso especial para la quema o flameo. Los Criterios no mencionan nada acerca de si los flameos o quemas de Texaco son o no permitidos.

yes ambientales ecuatorianas, la tendencia es exactamente opuesta y va hacia un mayor número de requisitos ambientales en más detalle, sin requerir, sin embargo, el cumplimiento de estos reglamentos y leyes. Esto nos lleva a levantar un serio cuestionamiento de que si -aún considerando el estrecho ámbito de la auditoría- se realizaría un completo y justo cumplimiento de Texaco bajo los preceptos legales. Se presume básicamente que el análisis es que -a pesar de la obligación de Texaco de proteger el medio ambiente claramente establecido en la ley- la ausencia de estándares cuantitativos específicos para medir el cumplimiento significaba que Texaco podría conducir las operaciones "de acuerdo a cualquier nivel de cumplimiento que considerara apropiado o necesario." De hecho, es esto lo que efectivamente ocurrió, pero no se puede presumir de que esto haya sido nada legal. El Código Civil prescribe que -al interpretar la Ley- los jueces no pueden denegar la administración de justicia por obscuridad o falta de ley. La Ley debe ser entendida en su sentido natural y obvio, a menos que el legislador lo determine de otra manera (art.18). La Ley ecuatoriana claramente establece deberes ambientales que no se los puede descartar debido a que pudieran ser incompletos y limitados. Por ejemplo, La Ley de Aguas de 1972 que directamente prohíbe: "la contaminación del agua que puede afectar a la salud humana o al desarrollo de la flora y de la fauna" no facultaría que Texaco cumpla con este principio de la manera que más se le acomode. Antes bien esto significa lo que exactamente expresa: que el cumplimiento de Texaco deberá medirse por el impacto causado por sus descargas y derrames en la calidad del agua y si, por ejemplo, estos pueden significar una amenaza a la salud humana o la vida acuática. ⁽³⁸⁾

A pesar de todo esto los Criterios rechazaron estándares de cumplimiento basados en los impactos al medio ambiente o a la salud humana y en vez de ello optaron por regirse a un estandar definido por las prácticas de la industria en bosques tropicales húmedos durante el período de las operaciones de Texaco. Esto equivale a decir que el cumplimiento se basaba a la ley expresamente inventada por la misma industria en las remotas áreas del Tercer Mundo, en donde países pobres, como Ecuador, que se encuentran desesperados por

38. Los reglamentos 1973 para la aplicación de la ley proveen de mas detalles (art.89, 90). La Ley de Aguas esta mencionada dentro de Los Criterios pero no se la discute. Los reglamentos no se listan y peor se los discute.

inversión extranjera y tecnología para desarrollar sus reservas petroleras y que, por lo mismo, tienden a permitir el que las compañías extranjeras se regulen a sí mismas en materia ambiental.³⁹⁾

Aunque en el contrato de auditoría se haga referencia a estos estándares discriminatorios para el Tercer Mundo, la única base legal que tiene es la reforma a la Ley de Hidrocarburos de 1982. La Ley de 1982 requirió que Texaco "conduzca sus operaciones petroleras de acuerdo a las leyes y reglamentos protectores del medio ambiente y tomando en cuenta la seguridad del país en relación con prácticas internacionales sobre materias relativas a la protección de la riqueza pesquera, los sembríos y el ganado". (artículo 31 (t)).

Los Criterios -que fueron aprobados en Inglés sin una traducción al Español- se expresan así: "el desarrollar las operaciones petroleras de acuerdo a la Ley y los Reglamentos para proteger el medio ambiente, la seguridad nacional y de acuerdo a la práctica internacional en esta materia". Basados principalmente en este pensamiento, los Criterios concluyen que desde 1982 en adelante se requirió que Texaco "conduzca su cumplimiento de acuerdo a las prácticas internacionales de la industria hidrocarburífera en relación con el medio ambiente". La investigación legal cronológica para en 1982 es seguida por un capítulo final acerca de las prácticas de la industria en los bosques tropicales húmedos. No se da ninguna explicación por limitar la revisión de las prácticas internacionales a solamente los países tropicales (Tercer Mundo).

Esta presentación de la ley ecuatoriana adolece de muchos errores. La referencia a la práctica internacional dice que se debe seguir dichas prácticas pero ellas no son la palabra final. Aún más, dichas prácticas son adicionales pero no pueden substituir al cumplimiento para con las leyes ecuatorianas ambientales y las leyes de seguridad nacional. El Ecuador no renunció a su soberanía ambiental en 1982. Ciertamente la tendencia -al menos en el papel- ha ido hacia un incremento en la reglamentación y no ha continuado con una deferencia

39. La escalofriante descripción de las prácticas de la industria en Columbia, Trinidad e Indonesia que siguen lo demuestra. Se reconoce que existe una contaminación severa y las prácticas allí ejercidas son similares a las de Texaco en Ecuador.

ciega a la práctica de la industria.⁴⁰⁾ Adicionalmente la referencia a la práctica internacional no se limita a los bosques tropicales húmedos del Tercer Mundo y más bien parece que a través de ella se intentaba establecer una paridad con operaciones más modernas del Primer Mundo y cerrar la brecha entre la tecnología del Primer y del Tercer Mundo. Al dar término a la investigación legal en 1982, los Criterios dejaron de considerar los reglamentos sobre contaminación del aire promulgados en 1989 por el Ministerio de Salud Pública. Estos reglamentos permiten la reinyección -sin tratamiento- de líquidos de deshecho de las operaciones petroleras a condición de obtener permisos para ello y de tener un monitoreo de las evacuaciones nuevas y antiguas hacia el cauce de las aguas.⁴¹⁾ Las descargas en el nacimiento de los ríos o en las fuentes de recursos hídricos está terminantemente prohibido. Además, los operadores que manipulan o trabajan con hidrocarburos u otros químicos tóxicos tienen que tener planes -aprobados por autoridades de gobierno competentes- de contingencia pa-

40. Ver por ejemplo, Instructivos para la Preparación de Estudios sobre Impacto Ambiental (1985); Reglamentos para la Prevención, Control y Rehabilitación del Medio Ambiente durante la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en Parques Nacionales y sus Equivalentes. (1988); Reglamentos Sobre Contaminación del Agua; Ley Especial de la Compañía Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador) y sus Subsidiarias, art.2(1989); Reglamentos para la Prevención y Control de la Contaminación Ambiental Originada por la Emisión del Sonido (1990); La Reglamentación para el Establecimiento de Estándares de la Calidad del Aire y los Métodos de Medición (1991); Reglamento Ambiental para las Actividades Hidrocarburíferas en el Ecuador (1992). A pesar de todo esto el Gobierno carece de la voluntad necesaria para hacer cumplir estas leyes en la Amazonia y la industria petrolera virtualmente se autoregula en esta materia. Adicionalmente, los reglamentos y estándares establecidos por el Ministerio de Energía y Minas son generalmente débiles habiendo sido negociados a puerta cerrada con los representantes de la industria.

41. Art.2, 30,49,64,96,97,99,100,107. Los reglamentos que regulan las fuentes de descarga de petróleo (artículo 56 (a)) tienen el propósito de preservar y restaurar la calidad del agua (artículo 7). Las Aguas Recipientes se supone que incluyen a los escurrimientos de agua (artículo 3) El artículo 29 prohíbe toda clase de descargas en las fuentes de agua. El artículo 33 prohíbe la filtración de fluidos no tratados y el artículo 31 prohíbe que se use el agua lluvia y otro tipo de agua natural para diluir el agua de desperdicio no tratada. Los reglamentos también expresan parámetros químicos y niveles cuantitativos y cualitativos para la clasificación de los recursos acuíferos y su uso. Entre los usos se mencionan el consumo humano, la preservación de la flora y la fauna, ganado, recreación, uso industrial, transporte y estética. (art.4, 9). Estos criterios han sido tomados en cuenta para el establecimiento de estándares (en base de caso a caso) para los permisos de evacuación (art.34,36). También se permite estándares para descargos mínimos específicos (art. 43,45).

ra prevenir y controlar los derrames.⁽⁴²⁾ Los Criterios dejan de considerar la propiedad, y los derechos ambientales y humanos de los residentes bajo las leyes ecuatorianas e internacionales. Es muy posible el que Texaco haya considerado el impacto del desarrollo petrolero en las poblaciones locales como un hecho de política interna y probablemente consideró que su asocio con el gobierno le proveía de un escudo protector en contra de su responsabilidad directa para con esta gente. Pero, claramente, el Gobierno del Ecuador no tiene el derecho de extinguir sumariamente los derechos de sus ciudadanos.⁽⁴³⁾

IV Conclusiones

Cerca de cuatro años después de que el Ministerio le informó a Texaco y Petroecuador de la necesidad de hacer una auditoría, los vecinos del Consorcio del Oriente todavía se preguntan si el Gobierno aceptará o no los resultados del estudio y si es que esos resultados se harán públicos y se tomará acción para restaurar el medio ambiente.

42. Art. 57(a), 61. Ver también art. 101. Bajo las nuevas regulaciones se requirió de Texaco el que presente una caracterización de sus descargos o evacuaciones y un estudio del impacto ambiental al Ministerio de Salud después de los dos meses subsiguientes a la vigencia de dichas regulaciones. Basado en esta información, el Ministerio decidirá el conceder o no un permiso válido por tres años, permitiendo que las evacuaciones continúen. Si es que el Ministerio determinara no permitir los niveles de evacuación, entonces deber someter un "plan de cumplimiento" de tres etapas hasta llegar a los niveles de descargo o evacuación límites cuando la etapa inicial de cumplimiento hubiere sido aprobada, el Ministerio dará un permiso provisional el cual podrá ser suspendido en cualquier tiempo si es que no se da cumplimiento a dicho plan. Si es que Texaco no puede elevar sus instalaciones al nivel de cumplimiento, la instalación tiene que relocarse a menos de que Texaco pudiera demostrar de que dicha instalación no amenaza a la salud humana o a los recursos naturales. No existe ninguna indicación de que Texaco haya dado cumplimiento con ninguna de estas regulaciones.

Otra ley que Texaco ha violado claramente, pero que no se la menciona en los Criterios es la prohibición de botar su tierra dentro de ríos y arroyos que bloqueen la migración de la vida acuática. La pena para dichas violaciones es una multa, prisión o ambas. Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero, art. 47(e)0 y 80.

43. Un análisis o investigación completas de los derechos protegidos por este artículo. Los Criterios no incluyen el derecho constitucional a tener un medio ambiente libre de contaminación dentro de sus regulaciones ni como este derecho debe ser considerado. La lista de regulaciones también incluye "el derecho a un nivel de vida que asegure la salud, la nutrición, la vestimenta, la atención médica y los servicios sociales necesarios." (Artículo 19(14)), como también otras normas relacionadas con la economía nacional. Tampoco se incluye en los Criterios el principio constitucional que prohíbe la discriminación (Art. 19(5)) o las normas que garantizan los derechos de "inviolabilidad de domicilio", (art.19(7)) y "la participación en la vida cultural de la comunidad"(art.19(16)). Los Criterios también incluyen a la Ley Forestal de Conservación de las Áreas Naturales y Vida Silvestre, pero no explican cómo y cuándo y qué criterios especiales se requieren para su aplicación a las actividades de Texaco (caso de los campos de Atacapi y Parahuacu) en la Reserva de Vida Silvestre de Cuyabeno.

A juzgar por las apariencias, la auditoría ha sido transformada de una investigación de los impactos ambientales y sociales producidos por Texaco y una necesidad de tomar medidas correctivas, en una certificación gubernamental extralegal y negociada de los reclamos y alegaciones de que Texaco ha cumplido con la ley ecuatoriana y los estándares de la industria de buena práctica durante el período de operaciones. Aunque no se ha dado el cumplimiento de las leyes en el Ecuador, no le da, sin embargo, a la industria permiso o licencia para ignorar las preocupaciones ambientales y hacer caso omiso de los derechos de las poblaciones locales. Texaco tenía claramente obligaciones ambientales y responsabilidades con el territorio y la gente de la Amazonía. Al medir sus "records" haciendo referencia a prácticas de la industria en remotas partes del Tercer Mundo, sin medir sus actividades a la luz de sus resultados, solamente se consigue perpetuar una grave injusticia. Los daños perpetrados por las instalaciones de Texaco continúan. Cada día millones de galones de desperdicio tóxico se los desaloja deliberadamente en el medio ambiente. Los derrames y sumideros de cientos de rellenos de tóxicos abandonados continuarán por generaciones a menos que se tomen medidas correctivas. En los Estados Unidos, no se permitiría este tipo de herencia. ¿Por qué se la permite en el Oriente? El Gobierno Ecuatoriano no puede alegar ignorancia acerca de los impactos ambientales y humanos resultantes de las operaciones de Texaco. Al intentar proteger a Texaco de sus responsabilidades para con la gente del Oriente, el Gobierno va aumentando su participación en la culpa y responsabilidad en las violaciones generalizadas en contra del medio ambiente y los derechos humanos, y demuestra que la principal preocupación del país es la de atraer a la inversión extranjera de las compañías petroleras transnacionales sin tomar en cuenta los costos de sus propios ciudadanos.

Responsabilidad en la traducción de: Dr. Leonardo Alvear

El Consejo Nacional de Valores

Dr. Víctor Cevallos Vásquez ()*

1. Introducción:

La crisis económica y financiera que afecta a la mayor parte de países del mundo con mayor o menor intensidad, más la necesidad de lograr el bien común de los hombres, hacen que las sociedades políticas organizadas ensayen una serie de mecanismos para lograr el desarrollo económico y la justicia social. En efecto, una alternativa es aquella encaminada a optimizar y canalizar los recursos provenientes del ahorro privado interno a título de inversión en los sectores productivos, con el fin de que se creen riqueza y fuentes de trabajo. En esta misma línea los mercados de valores constituyen una modalidad de financiamiento alternativo al del sector financiero tradicional, que permite la ampliación del tamaño de las empresas y el adelanto tecnológico. Este mercado por cierto se encuentra bajo el control y promoción del Estado, ya sea por medio de la Comisión de Valores o en el caso ecuatoriano por el Consejo Nacional de Valores.

2. Naturaleza y razón de ser de un organismo fiscalizador del mercado de valores.

Los órganos contralores del mercado de valores en los diferentes países ordinariamente son entidades de carácter técnico y autónomo del Estado destinados a regular y fiscalizar este mecanismo. Antes de analizar la naturaleza y fines de estas instituciones es preciso tener en

(*) - Secretario del Consejo Nacional de Valores
 - Profesor de D. Mercantil III de la Facultad de Jurisprudencia P.U.C.E.
 - Profesor de D. Mercantil I de la Facultad de Jurisprudencia U. Central

cuenta que, en el mercado de valores se transan básicamente, contratos de negociación a futuro, opciones de compra-venta, acciones, obligaciones, bonos y cédulas, por lo tanto, es un imperativo proteger a los inversionistas y a otros concurrentes al referido mercado.'

¿ Por qué y para qué se regula y fiscaliza el mercado de valores?

Según nos refiere la Organización Internacional de Comisiones de Valores con vista a los documentos aprobados en la XV Conferencia anual realizada en Santiago de Chile, la teoría económica postula que la regulación de un mercado es un medio de superar sus externalidades, proveer un bien público y satisfacer ciertas consideraciones de ética y equidad. En el caso del mercado de valores, las principales imperfecciones que pueden merecer la intervención del Estado serían la falta de información veraz, suficiente y oportuna; el eventual carácter monopólico de entidades que forman parte de él, y la posibilidad de fraudes. La regulación del ente estatal en estos últimos aspectos, es de capital trascendencia, ya que este es un mecanismo transaccional que se desenvuelven en base a la confianza; de allí que, una correcta regulación es mucho más complementaria al mercado de valores que contraria a él. El negocio de valores es distinto al de los bienes, toda vez que aquellos son intangibles; dicho de otra manera, lo que se negocia en él son promesas de pago futuro, donde el comprador paga la potencial entrega de un flujo de ingresos; así, la calidad y cantidad del producto se conoce sólo en el largo plazo. En consecuencia, los inversionistas avalúan la viabilidad financiera del emisor en base a la información disponible, la misma que a no dudar lo ha de ser confiable, oportuna y no debe inducir a error alguno.

En todo caso, la fiscalización no debe tener un costo mayor que el de las imperfecciones del mercado que se pretenden corregir o prevenir. Esto implica que la regulación no debe ser excesiva ni duplicada, para no inhibir el funcionamiento expedito de los mecanismos del mercado. El rol del Consejo Nacional de Valores o de los organismos similares en los países desarrollados puede ser de índole exclusivamente regulador, en consideración a que estos mercados han alcanzado un alto grado de desarrollo; mas en mercados emergentes como el ecuatoriano, el Consejo Nacional de Valores tiene tantas funciones regulatorias como de desarrollo.

Un mercado de valores edecuado demanda la dictación de un cuerpo de leyes apropiado que confiera al órgano de control las facultades indispensables para cumplir su cometido.

La tasa del desarrollo del Consejo Nacional de Valores o de las comisiones de valores debe enrumbarse a la promoción de la intermediación financiera, coadyuvando con la reducción de costos de la emisión y al incremento del número y tipo de instrumentos que se trasan.

Por fin, la técnica aconseja que, las Comisiones o Consejos de Valores recomienden a los gobiernos que se introduzcan incentivos tributarios para estimular el desarrollo del mercado de valores, que es un importante segmento del mercado de capitales.

3. Denominación de los órganos de control del mercado de valores.

En la mayoría de países americanos, a las instituciones de control del mercado de valores se las denomina "comisiones", en Colombia y Chile Superintendencia, y en el Ecuador Consejo Nacional de Valores. Las comisiones y consejos tienen una composición pluripersonal. En nuestro continente las primeras comisiones de valores que aparecen son las de Ontario, la Comisión y Bolsa de Valores de los Estados Unidos de Norteamérica. Entre las de más reciente formación tenemos las de Colombia, Venezuela y Ecuador.

4. Creación del Consejo Nacional de Valores del Ecuador.

La ley de Mercado de Valores promulga en el R.O. N° 199 de 28 de mayo de 1993, crea el Consejo Nacional de Valores, con la naturaleza y composición determinada en el Art. 2 del referido Instrumento jurídico, en el mismo que preceptúa que: "Para establecer la política general del mercado de valores y regular su funcionamiento, créase, dentro de la Superintendencia de Compañías, como órgano superior respecto del mercado de valores, el Consejo Nacional de Valores, cuyas siglas serán CNV, el mismo que estará integrado por siete miembros, cuatro del sector público y tres del sector privado. Son miembros del sector público el Superintendente de Bancos, el Presidente de la Junta Monetaria y el Ministerio de Finanzas, o sus delegados, quienes serán, en cada caso los funcionarios que los subroguen, de acuerdo a sus respectivas leyes. El delegado del Presidente de la Junta Monetaria será uno de los vocales del sector público. Los miembros del sector privado serán: un representante elegido por las bolsas de valores, otro por los administradores de fondos y uno por los emisores de valores inscritos en el registro del mercado de valores.

Los representantes del sector privado participantes en el mercado tendrán sus respectivos suplentes y durarán cuatro años en sus funciones; podrán ser nombrados por períodos sucesivos indefinidamente.

El Consejo Nacional de Valores podrá sesionar con la asistencia de al menos cinco de sus miembros. las decisiones se tomarán por un mínimo de cinco votos.

Para ser miembro representante del sector privado ante el Consejo Nacional de Valores se requiere tener experiencia y conocimientos técnicos respecto del mercado de valores e idoneidad moral".

Remitiéndonos al derecho comparado, vemos que, en todos los casos estos organismos forman parte de la Función Ejecutiva, con facultades de supervisión, regulación y control del mercado de valores, a los que expresamente se ha añadido, como tendencia general, las de asesoría y promoción del mercado. Por el carácter del ente controlador, lo ordinario es que en los diferentes países, el Consejo o Comisión se relacionen con el PRESIDENTE DE LA REPUBLICA indirectamente, pues la comunicación en el campo de la organización administrativa se produce a través de un Secretario de Estado o de un funcionario con rango jerárquico equivalente. En el caso ecuatoriano lo hace por intermedio del Superintendente de Compañías, que es adicionalmente el Presidente del Consejo Nacional de Valores.

En lo que toca al ámbito de su acción, el Consejo Nacional de Valores tiene competencia nacional.

5. Funciones del Consejo Nacional de Valores.

Las funciones del Consejo Nacional de Valores están dirigidos preponderantemente hacia la protección del público inversionista y la mantención de la transparencia del mercado de valores. El Art. 4 de la Ley de la materia se encarga de la enumeración de las facultades del C.N.V., en efecto, a partir del inciso segundo de la mentada disposición jurídica se nos informa que: "El Consejo Nacional de Valores deberá:

- 1) Impulsar el desarrollo del mercado de valores mediante el establecimiento de políticas y mecanismos de fomento y capacitación sobre lo mismo;

- 2)** Promocionar la apertura de capitales y de financiamiento a través del mercado de valores, así como la utilización de nuevos instrumentos de éste;
- 3)** Establecer normas de carácter general para el funcionamiento uniforme de las bolsas de valores, casas de valores, compañías calificadoras de riesgo, depósitos centralizados de compensación y liquidación de valores, fondos de inversión, administradoras de fondos y demás personas o entidades que actúen o intervengan en el mercado de valores;
- 4)** Regular la oferta pública de valores;
- 5)** Normar el contenido mínimo del prospecto de oferta pública;
- 6)** Fijar el capital o patrimonio requerido para las instituciones reguladas por esta ley;
- 7)** Regular las inscripciones en el registro del mercado de valores y su mantenimiento;
- 8)** Establecer las reglas generales de la garantía de ejecución;
- 9)** Normar el contenido mínimo y requisitos del aviso de adquisición;
- 10)** Expedir normas que permitan mantener niveles de información que garanticen la transparencia del mercado y protejan a los inversionistas y al público en general;
- 11)** Normar en lo concerniente a las actividades y operaciones del mercado de valores, los sistemas contables y de registro de operaciones y otros aspectos de la actuación de los participantes en el mercado;
- 12)** Establecer las normas que sean necesarias a fin de prevenir los casos de conflictos de interés;
- 13)** Definir, cuando no lo haya hecho la presente ley, los términos de uso general en materia de mercado de valores;
- 14)** Determinar los valores que deban cubrir los usuarios por la inscripción en el registro del mercado de valores y otros servicios específicos individualizados que brinde la Superintendencia de Compañías;

- 15)** Dictar las resoluciones de carácter general relativas a la composición y estructura de los activos e instrumentos en que se invertirán los fondos de inversión;
- 16)** Regular los montos máximos de emisión de obligaciones en relación con el tipo de garantías;
- 17)** Establecer el procedimiento para la administración, imposición y la graduación de las sanciones previstas en esta ley y en las normas complementarias; y,
- 18)** Resolver, en última instancia administrativa, los recursos que, de conformidad con esta ley, fueren interpuestos por los participantes del mercado”.

6. Que implica la fiscalización.

La fiscalización del Consejo Nacional de Valores implica examen, revisión, crítica y reproche respecto de la conducta o desempeño de los actores del mercado de valores, tanto en el mercado bursátil como en el extrabursátil, tales como los emisores de valores y las bolsas e intermediarios de valores.

Entre las facultades más notables de los entes fiscalizadores de carácter público, de acuerdo a la doctrina internacional citamos las siguientes:

- a)** Investigación de conductas y operaciones, para lo cual gozan de suficientes atribuciones que les permitan indagar, citar a las personas presuntamente infractoras, requerir la presentación de documentos, etc.
- b)** Examen de libros, registros, cuentas, archivos y documentos de las personas o entidades fiscalizadas.
- c)** Disponer se rectifique o corrija el valor en que se encuentren asentadas las partidas de la contabilidad.
- d)** Emitir intrucciones en todos los campos que son materia de su tarea fiscalizadora.
- e)** Velar por el cumplimiento de las normas y disposiciones que rigen a las personas naturales o jurídicas fiscalizadas. Para cumplir este cometido el Consejo Nacional de Valores en el Ecuador y las Comisiones de otros países, tienen la facultad de interpretar administrativamente dichas normas.

7. Independencia del ente fiscalizador.

Para el correcto desempeño del Consejo Nacional de Valores, promocionar, regular y supervisar el mercado de valores, cuenta y debe contar con un equipo de profesionales altamente capacitados que incluyen abogados, programadores de computador, contadores auditores, etc. El Consejo por cierto, debe disponer de sus propios recursos financieros, que le aseguren la independencia en la ejecución de su rol.

La independencia política y económica del Consejo y de las Comisiones de Valores, constituyen la base fundamental para el cabal desempeño de las funciones atribuidas. Sin duda un mercado tan volátil y frágil como el de valores, con un organismo contralor con potestades de interpretar administrativamente las leyes que lo regulan, hace imprescindible que éste se encuentre desligado de eventuales imposiciones, condicionamientos, limitaciones o restricciones políticas y económicas.

En Chile por ejemplo, el órgano controlador del mercado de valores funciona con su propio patrimonio y con el aporte del Estado a través del Presupuesto Chileno. En Nigeria, la Comisión se beneficia de una subvención anual del gobierno por intermedio del Banco Central, funciona adicionalmente con los fondos que son producto de sus actividades específicas. En los casos en los que como el ecuatoriano el ente controlador se autofinancia es preciso tener especial cuidado de no imponer cargas excesivas al mercado, para no conspirar contra el crecimiento y despegue del mercado. Internacionalmente existe consenso respecto de que el Consejo Nacional de Valores o sus equivalentes no se financien con el producto de las multas impuestas a título de sanciones, con el propósito de esta circunstancia no los induzca a excederse en sus atribuciones o en su celo funcionario. Para evitar este peligro, en Nigeria esos dineros ingresan al Fondo Consolidado de ingresos del Gobierno Federal; mientras que en Chile se los envía a la Tesorería General de la República.

En suma la autonomía e independencia económica y política del ente de control busca o está encaminada a lograr que la autoridad reguladora sea un árbitro imparcial ajeno a las presiones de los grupos de interés.

8. Mecanismos de control al Consejo Nacional de Valores

En cuanto al control del Consejo Nacional de Valores, el principal lo ejerce el Consejo Nacional, pues los literales d y e de la Constitución política del Estado le facultan para fiscalizar a la función ejecutiva y demás órganos del poder público, y por cierto a enjuiciar al Superintendente de Compañías y Presidente del Consejo Nacional de Valores.

De otro lado, según el Art. 60 de la Ley de Mercado de Valores, de las resoluciones del Consejo Nacional de Valores se puede apelar ante la Corte Distrital de lo Contencioso Administrativo.

Por fin, existe también el control del mercado, que cuando es de caso emite juicios de valor respecto de la actuación del Consejo Nacional de Valores, en los medios de comunicación social escritos o hablados.

9. Conclusiones sobre la fiscalización del consejo nacional de valores.

Las Comisiones o Consejos de Valores deben proveer una significativa participación y confianza de los inversionistas. En los mercados emergentes, estas entidades no pueden ser exclusivamente regulatorias, pues adicionalmente están constreñidas al crecimiento y desarrollo de los mismos. En economías desarrolladas las Comisiones de Valores pueden reducir su labor a la mera fiscalización, en razón de que estos ya han despegado satisfactoriamente y han alcanzado un gran volumen.

La fiscalización en todo caso, no constituye un fin en sí mismo, puesto que el Consejo está mucho más preocupado del interés y confianza de los inversionistas. Los mercados que han logrado un mayor desarrollo no solo los más regulados, sino los que han encontrado un equilibrio entre la fiscalización y competencia. En todo caso, el órgano de control debe tener presente la disyuntiva que su doble rol implica. Por un lado debe proteger y estimular la competencia, y por otro, debe evitar los fraudes y la inestabilidad, pues de no ser así los mercados no se desarrollan.

El costo de las instrucciones de control no debe ser de mayor magnitud que las irregularidades que se pretenden corregir, a costa de una pesada carga al mercado.

Las regulaciones serán lo menos restrictivas o entradoras en una actividad de gran dinamía. Sin duda, conviene que estén atentas a los cambios, necesidades y tecnologías para ir adecuando el mercado legal, el mismo que debe ser flexible y dinámico como el mercado.

Por fin, estimamos pertinente puntualizar que algunos agentes del mercado de valores tiene poderes de autoregulación, verbigracia, las Bolsas de Valores. Ello en buenas cuentas significa que sus miembros o integrantes puede darse estatutos o determinar acciones, después de todo en este punto también nos sumamos al criterio aceptado internacionalmente de que la autoridad reguladora no es la única responsable por el buen desempeño de la industria de valores, sus beneficiarios más directos deben participar con su opinión respecto de sus operaciones mercantiles. De todo lo dicho se infiere que, la fiscalización debe combinar requerimientos de información, regulación y autoregulación en la proporción en que las distintas realidades la demanden.

El Consejo Nacional de Valores dentro de su actividad y rol regulatorio de este segmento del mercado de capitales ha emitido los siguientes reglamentos:

- 1)** De la Oferta Pública de Valores, aprobado mediante Resolución N. CNV-93-001 de 22 de diciembre de 1993, publicada en el R.O. N° 349 de 31 de diciembre de 1993 (Suplemento).
- 2)** Reglamento de Inscripción en el Registro de Mercado de Valores y de la Información Pública, aprobado mediante Resolución N° CNV-93-002 de 22 de diciembre de 1993, publicada en el R.O. N° 349 de 31 de diciembre de 1993 (Suplemento).
- 3)** Reglamento sobre Establecimiento y Calificación de las Bolsas de Valores y Otros Mecanismos de Transacción Extrabursátiles (METEX), aprobado mediante Resolución CNV-93-003 de 22 de diciembre de 1993, publicada en el R.O. N° 349 de 31 de diciembre de 1993 (Suplemento).
- 4)** Reglamento sobre Casas de Valores y otros intermediarios, aprobado mediante Resolución CNV-93-004 de 22 de diciembre de 1993, publicada en el R.O. N° 349 de 31 de diciembre de 1993 (Suplemento).

- 5)** Reglamento respecto a la Autorización Y Funcionamiento de las Compañías Calificadoras de Riesgo, mediante Resolución CNV-93-005 de 22 de diciembre de 1993, publicada en el R.O. N° 349 de 31 de diciembre de 1993 (Suplemento).
- 6)** Reglamento de la Sociedad Administradora de Fondos, aprobada mediante Resolución CNV-93-006 de 22 de diciembre de 1993, publicada en el R.O. N° 349 de 31 de diciembre de 1993 (Suplemento).
- 7)** Reglamento de Funcionamiento del Consejo Nacional de Valores, aprobado Mediante Resolución CNV-92-002 publicada en el R.O. N° 403 de 21 de marzo de 1994.
- 8)** Reglamento para la Elección y Calificación de Miembros del Consejo Nacional de Valores de Representación del Sector Privado, publicado en el R.O. N° 409 el 29 de marzo de 1994.
- 9)** Reglamento de Fondos de Inversión, aprobado mediante Resolución N° CNV-94004, publicado en el R.O. N° 409 el 29 de marzo de 1994.
- 10)** Reglamento de la Emisión de Obligaciones, aprobado mediante Resolución N° CNV-94-005, publicado en el R.O. N° 404 el 22 de marzo de 1994.
- 11)** Reglamento que establece el procedimiento para la Administración, Imposición y Gradación de las Infracciones, Sanciones Determinadas en la Ley de Mercado de Valores, aprobado mediante Resolución N° CNV-007, publicado en el R.O. N° 457 de 8 de junio de 1994.
- 12)** Reglamento de Calificación de Riesgo, aprobado mediante Resolución N° CNV-008, publicado en el R.O. N° 458 de 9 de junio de 1994.

Examen general de la situación jurídica interna de las Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos en el Ecuador

Dr. Mauricio Montalvo ()*

Introducción

El Ecuador ha suscrito y ratificado la casi totalidad de los principales instrumentos Internacionales sobre derechos humanos (Ver cuadro anexo). Idealmente esto implicaría que en el país existe un alto nivel de juridicidad y que la protección internacional de los derechos humanos tiene pleno vigor en el Ecuador; de hecho, al menos en teoría, su situación es mucho mejor que la de otros países de la región. Sin embargo, la ratificación de los Convenios Internacionales no significa ni garantiza per se el ejercicio efectivo de los derechos y garantías contenidos en dichos instrumentos. Al no hacerlo, esta situación cuestiona en esencia los conceptos de vigencia, validez y eficacia¹, pues ni en el ordenamiento positivo interno ni menos aún en la práctica jurídica cotidiana, se tiene una aplicación real y práctica de esas normas.

* Profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la P.U.C.E.

1. La discusión filosófica sobre estos conceptos es amplia y controvertida. Los principales teóricos se hallan en las escuelas realista y positivista, cuyos exponentes más destacados son Alf Ross (Towards a Realistic Jurisprudence) y Hans Kelsen (Teoría Pura del Derecho), respectivamente. Una visión ecléctica, y por ello quizá más aceptada, es la de H.A.L. Hart (The Concept of Law).

En efecto, la vigencia de un instrumento internacional, por cualquiera de los mecanismos externos (suscripción, adhesión, depósito, nota reversal, etc.) o por los internos (aprobación, ratificación, promulgación, publicación en el Registro Oficial, etc.), significa únicamente que determinado convenio, tratado o convención ha satisfecho los criterios de reconocimiento como norma de un determinado ordenamiento legal pero no implica necesariamente su aplicabilidad y ejercicio.

Por otra parte, la incorporación de las normas internacionales en el derecho interno comporta una serie de problemas que trascienden a la vigencia formal y no son fácilmente resueltos en la práctica. Los inconvenientes no son únicamente conceptuales sino que implican toda una consagración constitucional y legal que no siempre se ciñe a la praxis jurídica más aconsejada y seguida por los sistemas constitucionales más avanzados.

Otro tanto sucede con el ejercicio -o no ejercicio- de la normatividad positiva por parte de la administración y de los tribunales. Muchas veces se trata de la ausencia de normas reglamentarias o de procedimiento pero fundamentalmente tiene que ver con la formación y mentalidad de jueces y abogados. Influye y condiciona también la resistencia, en la cultura jurídica ecuatoriana, a admitir al Derecho Internacional como un todo actuante dentro de la normatividad interna.

En este trabajo trataremos de analizar sistemáticamente estos aspectos y desbrozar los senderos por los cuales se desenvuelve -o no desenvuelve- el derecho internacional de los derechos humanos en el Ecuador. Nuestra hipótesis de partida es que los instrumentos internacionales a pesar de su vigencia formal, no tienen validez ni eficacia jurídica, y que en nuestra sociedad prevalece una suerte de indiferencia generalizada o desconocimiento subconciente al respecto.

Para ello haremos primero una aproximación general a los conceptos jurídicos de vigencia, validez y eficacia; luego analizaremos la situación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el Ecuador; examinaremos la falta de procedimientos e instancias judiciales específicas para los derechos humanos y finalmente criticamos la ausencia de un auténtico ordenamiento positivo que recoja los principios de la normatividad internacional en la práctica jurídica interna. Aunque un tanto separado de la temática central, pero por considerarlo íntimamente vinculado a la problemática del estudio, añadimos un capítulo

especial sobre la responsabilidad e importancia de la educación legal. Concluimos con las conclusiones y las recomendaciones en torno a la materia examinada.

1. Aproximación conceptual a las nociones jurídicas de vigencia, validez y eficacia

La vigencia significa que se han cumplido con ciertos requisitos formales y externos que resultan indispensables para que una disposición alcance la condición de norma jurídica. Estos requisitos para los instrumentos internacionales están establecidos por la legislación internacional y por la legislación doméstica. El cumplimiento de estos requisitos determina que una norma "exista" legalmente, que sea considerada parte de un sistema normativo, pero no conlleva automáticamente su validez y eficacia.

El concepto de validez jurídica está condicionado al hecho que una determinada norma sea aplicada. "Afirmar la validez de una regla -diría Hart- es predecir que ella será aplicada por los tribunales, o que se tomará alguna otra medida oficial"² o como dice Kelsen: "Una norma jurídica sólo es considerada como objetivamente válida cuando el comportamiento humano que ella regula se le adecúa en los hechos"³. Es decir, no es suficiente que una disposición haya sido discutida, aprobada, promulgada y publicada como norma jurídica sino que es necesario que sea observada, cumplida o acatada y si no lo es, que haya una sanción para aquellos que no la observen, cumplan o acaten. En otras palabras, que esa norma tenga dinámica y vida propias. Si no lo hace, esa norma estará formalmente en "vigor" pero no será válida, es decir no tendrá consecuencias jurídicas positivas. Es, en estrictu sensu, como si no existiera; la formal vigencia de la norma, por el mero cumplimiento de ciertos requisitos, es simplemente eso, un cumplimiento formal de ciertos requisitos pero sin consecuencias jurídicas, no tiene validez.

La noción de eficacia jurídica va aún más allá. Se trata de normas que siendo vigentes, tienen también validez en cuanto son observadas, cumplidas o acatadas pero que no tienen las consecuencias para las cuales han sido dictadas, es decir no cumplen

2. H.L.A. Hart, *El Concepto de Derecho*, Ed. Abeledo Perrot, Bs. Aires, 1963, p. 130.

3. Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, UNAM, México, 1986, p.24.

con los objetivos ni la finalidad con que fueron adoptadas. Como dice Kelsen, "la validez de una norma no es algo real, corresponde distinguir su validez de su eficacia, esto es, del hecho real de que ella sea aplicada y obedecida en los hechos, de que se produzca fácticamente una conducta humana correspondiente a la norma... Un mínimo de la llamada 'efectividad' es una condición de su validez"⁴. Pero como menciona Hart, "no hay una conexión necesaria entre la validez de una regla particular y su eficacia... sería erróneo decir que los enunciados de validez 'significan' que el sistema es generalmente eficaz"⁵. Es decir, una norma puede tener consecuencias jurídicas, en determinado sentido, pero no aquellas que fueron previstas y más concretamente, no atienden al bien jurídico que estaban destinadas a proteger. En otras palabras, desde el punto de vista del Derceho, no tienen eficacia y por ende, en última instancia, no tienen relevancia jurídica.

2. La situación de las convenciones internacionales de derechos humanos en el Ecuador

Casi todos los instrumentos internacionales de derechos humanos que han sido suscritos o ratificados por el Ecuador y que se hallan formalmente vigentes en el Ecuador no son válidos y, me atrevería a sostener, la totalidad son ineficaces. En efecto, el Ecuador ha ratificado los principales convenios de derechos humanos y los ha puesto en vigor dentro de su legislación positiva y conforme a las disposiciones respectivas. Sin embargo, son muy escasamente aplicados, si lo son alguna vez, y definitivamente no cumplen los propósitos para los cuales fueron concebidos y suscritos. Es decir, en términos del razonamiento jurídico son normas que, al menos dentro de la jurisdicción ecuatoriana, a pesar de estar vigentes no tienen validez ni eficacia.

Una revisión somera del aparato burocrático del Estado y sobre todo de la administración de justicia -de jueces y tribunales en todos los niveles y ámbitos- demostrará muy fácilmente que los convenios internacionales no son siquiera tomados en cuenta, menos aplicados

4. Kelsen nos advierte del riesgo de entender a la eficacia como condición de la validez, rechaza que ambos términos sean idénticos y, corroborando lo dicho en la Teoría General del Derecho y el Estado, sostiene que la validez debe ser distinguida de su efectividad (Ibid., p. 24-25).

5. H.L.A. Hart. Op. Cit., p. 129-130.

y cuando no desdeñados por simple ignorancia y desconocimiento. Cualquier ecuatoriano puede imaginarse la reacción de algún funcionario público cuando un ciudadano demande un trato no discriminatorio en cualquier trámite público invocando las disposiciones de una convención internacional. Probablemente sea tomado como un ser extraño o fuera de sus cabales; sin embargo son normas plenamente vigentes⁶. Es más, ni siquiera entre letrados y abogados es práctica común la utilización de las normas de los instrumentos internacionales para hacer valer sus derechos. La invocación de disposiciones en convenios internacionales es insólita e inusual en el ejercicio de la abogacía, no se diga en la administración misma de justicia en donde no existen fallos en materia de derechos humanos, menos aún de acatamientos y cumplimiento de convenciones internacionales.

Un problema esencial quizá radique en la incorporación de las normas internacionales en el Derecho positivo interno⁷. En el Ecuador pareciera prevalecer aún la teoría dualista por la cual "sólo puede regir el derecho interno, ya que el derecho internacional regula únicamente las relaciones entre los Estados". La disposición del Artículo 40 de nuestra Constitución es congruente con esta posición:

"La Constitución es la ley suprema del Estado. Las normas secundarias y las demás de menor jerarquía deberán mantener conformidad con los preceptos constitucionales. No tendrán valor alguno las leyes, decretos, ordenanzas, disposiciones y tratados o acuerdos internacionales que, de cualquier modo, estuvieren en

6. El Art. 44 de la Constitución dice: "El Estado garantiza a todos los individuos, hombres o mujeres que se hallen sujetos a su jurisdicción, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales enunciados en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes.

7. Fundamentalmente existen dos teorías para explicar la incorporación del derecho internacional al ordenamiento jurídico interno de los Estados. La explicación Dualista, cuyos exponentes principales son Heinrich Triepel (*Droit International et Droit Interne*) y Dionisio Anzilotti (*Corso de Diritto Internazionale*), según la cual el derecho internacional y el derecho interno constituyen dos sistemas jurídicos independientes y separados, que nunca llegan a confundirse entre sí. Por otra parte, la explicación Monista, sostenida principalmente por la Escuela de Viena con Kelsen (*Teoría General del Derecho y el Estado*) y Verdross (*Derecho Internacional Público*), para la cual todas las normas jurídicas son un conjunto unitario, dependientes de un orden rigurosamente jerárquico y en el cual las normas internas se subordinan a la del derecho internacional.

8. Edmundo Vargas, *Introducción al Derecho Internacional*, Ed. Juricentro, San José, 1992, p. 233

contradicción con la Constitución o alteraren sus prescripciones"⁹

La disposición de nuestra Constitución merece ser discutida porque Constituciones de corte progresista incluyen principios más avanzados como la supranacionalidad y supralegalidad del derecho internacional, a pesar de haber sido adoptadas con anterioridad a nuestra Carta Magna¹⁰. Además, en el ámbito internacional, "ante un Tribunal Internacional, la preeminencia de la norma de derecho internacional es admitida sin discusión alguna"¹¹. Así lo ha reiterado la Corte Permanente de Justicia Internacional¹² y lo consagró la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su artículo 27: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".

9. Una contradicción evidente existe por ejemplo en materia de Derechos Políticos, en donde la Constitución ecuatoriana establece algo no permitido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Constitución Política del Ecuador dispone:

"Art. 37 Unicamente los partidos políticos reconocidos por la ley pueden presentar candidatos para una elección popular.

Para intervenir como candidato en toda elección popular, además de los otros requisitos exigidos por la Constitución, se requiere estar afiliado a un partido político"

La Convención Americana de Derechos Humanos dispone:

"Art. 23 Derechos Políticos.

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) de participar en la dirección de los asuntos políticos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) de elegir y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
- c) La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal".

La Convención Americana en ninguna parte incluye restricciones por motivos de filiación política o ideológica; por el contrario, al hacer una enumeración taxativa excluyente de las restricciones, la prohíbe tácitamente. En otras palabras, la Constitución establece algo prohibido por un instrumento internacional vigente para el Ecuador.

Esta acotación es tanto más importante cuanto el pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, anterior a la Convención Americana, solo disponía "tener acceso, en condiciones de igualdad..." (Art. 25, literal C), sin las exclusiones taxativas del instrumento regional americano.

10. Son los casos de países bajos (1956) y Francia (1958), por ejemplo (Ibid., p. 244-245 y Louis Henkin et al., *International Law: Cases and Materials*, West Publishing, St. Paul, 1987, p. 210).
11. Vargas, Op. Cit., p. 241.
12. Series B. Nº 10 y 17, p. 20y 38, respectivamente [Cifr. Vargas, Ibid., p. 241].

En esta medida, en el Ecuador, las normas de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos son consideradas de modo secundario y de nivel inferior. Esto ha conllevado que en la práctica legal, de modo erróneo e infundado, dichas normas para ser observadas deben ser transformadas en derecho interno, a fin de permitir el cumplimiento del instrumento por parte de los particulares y de los órganos administrativos o judiciales encargados de su aplicación, una vez que han sido ajustadas a las disposiciones pertinentes del derecho positivo interno.

Convendría aclarar que teóricamente las disposiciones de los instrumentos internacionales, una vez seguido el procedimiento pertinente para su entrada en vigor, tienen existencia independiente como leyes de la República

La entrada en vigor de las normas de un instrumento internacional a la legislación ecuatoriana no comporta per se su incorporación a otro cuerpo de leyes o la modificación de las normas o disposiciones contrarias a ellas. La modificación opera cuando el legislador procede a su derogatoria o, cuando al hacerse una codificación del cuerpo de leyes, se introduce la modificación¹³.

13. Un caso esclarecedor es el nuevo Código de Menores (Ley Nº 170, publicada en el Registro Oficial Suplemento Nº 995, de 7 de agosto de 1992) en el cual se menciona la Convención sobre los Derechos del Niño. En el considerado tercero de dicha ley se dice textualmente: "Que el Ecuador ha suscrito y ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual es Ley de la República y, por tanto, lo obliga como Estado parte a adoptar medidas para hacer efectivos los derechos allí reconocidos;" Una contradicción evidente, porque por una parte se reconoce a la Convención su carácter de Ley de la República pero por otra parte, a reglón seguido, se reconoce que a pesar de ser Ley (!) hay que adoptar medidas para hacer efectivos esos derechos. ¿Dónde?, en otra Ley, el Código de Menores. ¿Si la Convención ya es Ley de la República, como el propio legislador lo ha reconocido, por que no proceder a su aplicación directa e inmediata? Este ejemplo confirma claramente la tesis fundamental de este trabajo: un instrumento internacional formalmente vigente (la Convención de los Derechos del Niño) no tiene eficacia jurídicamente en el Ecuador.

A mi modo de ver, era urgente y necesario hacer la adecuación indispensables del caduco y obsoleto Código anterior, ajustándolo a la Convención, eso nadie discute. Pero no es prerequisite para "hacer efectivos los derechos consagrados en la Convención el que estos consten en la legislación doméstica.

Esta actitud del legislador ecuatoriano refleja elocuentemente la pasividad e inacción de la cultura legal en nuestra sociedad hacia las disposiciones internacionales de derechos humanos.

Por ello, no es sorpresa que posteriormente se haya dilatado la entrada en vigencia de varias disposiciones del nuevo Código y se haya retornado a las regulaciones del Código derogado (Ley Reformativa al Código de Menores Nº 24, publicada en el Registro Oficial Nº 182, de 4 de mayo de 1993).

Esto comporta un serio obstáculo para el ejercicio y aplicación de tratados y convenciones, tanto en la concepción mental como en la práctica del derecho internacional de los derechos humanos. Ningún juez o funcionario estatal en el Ecuador invoca las disposiciones internacionales sobre derechos humanos, lo hará únicamente -si lo hace- si han sido recogidas en alguna ley, código o reglamento de la legislación doméstica. Desgraciadamente en nuestro medio no se aplica -aunque formalmente está en rigor- el principio de "autoejecutividad" (self-executing doctrine¹⁴) de las normas internacionales de derechos humanos. Y no lo hace, no porque las Convenciones o Tratados no lo establezcan claramente -al menos en el caso de los derechos humanos¹⁵- sino porque la mentalidad jurídica de nuestra sociedad, jueces, abogados y la burocracia en general, no admiten en la práctica tal principio. Es decir volvemos al presupuesto inicial de este trabajo: son disposiciones vigentes pero sin validez ni eficacia.

3. Falta de procedimiento y tribunal para la protección de los derechos humanos

En verdad, para el Ecuador no se requiere, jurídicamente, ningún proceso de "transformación" o "recepción" de las normas internacionales sobre derechos humanos, pero lamentablemente no sucede así en la práctica. De hecho, ningún instrumento Internacional es invocado o aplicado en nuestro medio, ni siquiera por los propios agraviados menos aún por la administración pública o judicial. Al respecto es preciso acotar que existe una total pasividad e inacción gubernamental. No se hace ningún esfuerzo por difundir ni promover -no se diga aplicar- las disposiciones y enunciados válida y

14. Para un examen de esta doctrina y su aplicación a los derechos humanos puede consultarse a Eduardo Jiménez de Aréchaga, *el Derecho Internacional Contemporáneo*, Ed. Tecnos, Madrid, 1980, p. 207-212; Edmundo Vargas, *Introducción al derecho Internacional* Juricentro, San José, 1992, p. 245-255; Louis Henkin et al., *International Law: Cases and Materials*, West Publishing, St. Paul, 1987, p. 198-227; Jonathan Miller et al., *Constitución y Derechos Humanos*, Ed. Astrea, Bs. Aires, 1991, p. 125-155.

15. Por ejemplo la Convención Americana sobre Derechos Humanos es muy clara en su Art. 2º: "Deber de adoptar Disposiciones de Derecho Interno.

Si la ejecución de los derechos y libertades mencionadas en el artículo 1º no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

soberanamente adquiridos internacionalmente en materia de derechos humanos. Como ejemplo muy decidor basta mencionar que no existe jurisdicción alguna en el Ecuador que proteja y ampare explícitamente los derechos humanos. En realidad, si un ciudadano siente agredidos o menoscabados los derechos humanos consagrados en algún instrumento internacional no tiene mecanismo legal y efectivo para hacer valer su derecho. Lo podrá hacer, y eso muy frágilmente, si ese mismo derecho está contemplado en alguna normatividad interna, e invocando éste último cuerpo de leyes y no el tratado internacional. Por ejemplo, el ciudadano privado del derecho al debido proceso judicial ("Due Process of Law") no invocará las convenciones internacionales sobre la materia sino los Códigos Penal y de Procedimiento Penal (Arts. 2 y 159, respectivamente).

Es patético que nuestra legislación no contemple jurisdicción ni juez específico para el tratamiento de violaciones a los derechos humanos. Sin riesgo se puede afirmar que no existe un sistema efectivo de protección de los derechos y garantías individuales de las personas. El ciudadano común se halla imposibilitado de demandar la reparación de un derecho individual violado, porque simplemente no existe procedimiento ni tribunal competente. La entelequia denominada Tribunal de Garantías Constitucionales -cuya naturaleza, funciones y estructura tiene serias deficiencias legales de fondo y de forma- apenas si contempla conocer quejas contra actos de las autoridades públicas que violaren derechos y libertades garantizadas por la Constitución¹⁶, pero no consagra un recurso de amparo propiamente. De hecho no existe un tribunal sancionador ni que establezca los remedios apropiados a una violación de los derechos humanos.

El asunto es grave si con Jiménez de Aréchaga recordamos que "tan pronto como los Estados miembros se han comprometido a observar y a respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales sin distinción alguna, el respeto y la observancia de esos derechos quedan fuera de su exclusiva jurisdicción interna"¹⁷. El Ecuador debe tener muy claro que su responsabilidad escapa de su exclusiva jurisdicción interna y que existe una vinculación legal a la

16. Constitución de la república, Artículo 146, numeral 2.

17. Jiménez Aréchaga.

normatividad internacional que incluso le sujeta a una jurisdicción foránea, atento lo dispuesto en el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁸, y en la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁹, cuyas declaraciones de admisibilidad de jurisdicción previstas en dichos instrumentos han sido formuladas y aceptadas por el Ecuador.

En el Ecuador el ciudadano que afirma que se han violado sus derechos no cuenta con recursos para su remedio, y los sistemas de indemnización y rehabilitación para las víctimas son totalmente precarios. En realidad se reducen a la situación del Habeas Corpus (aplicable únicamente al caso de la libertad y seguridad personales²⁰) y los recursos existentes en el Código de Procedimiento Penal, que son de índole jurisdiccional ante todo²¹.

Aunque existe legislación positiva "vigente" (la propia Constitución y los instrumentos internacionales), no hay mecanismos prácticos legales, sean judiciales o administrativos, de los que disponga un individuo cuando se han violado sus derechos. Es decir, no hay eficacia del sistema jurídico para reparar un derecho violado. Y en realidad, más allá de saber que tal o cual norma está vigente, lo que interesa conocer no es tanto lo que la norma como tal dice, cuanto lo que concretamente puede hacer un individuo al que, por ejemplo, se le ha discriminado por motivo de raza, se le ha violado su correspondencia o se le ha restringido su derecho de asociación.

18. Art. 1: "Todo Estado Parte en el Pacto que llegue a ser parte en el presente Protocolo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. El Comité no recibirá ninguna comunicación que concierna a un Estado Parte que no sea parte en el presente Protocolo".

19. Art. 62: numeral 1: "Todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención".

20. Constitución de la República, Artículo 19, numeral 17, literal ij.

21. El código de Procedimiento Penal completa los recursos de apelación, nulidad, casación, revisión y de hecho (Arts. 343-297). También establece el denominado "Habeas Corpus Judicial" (Art. 458) que, estrictamente, junto con el recurso de revisión son los únicos con sentido rehabilitatorio.

En ese sentido, muy penosamente hay que admitir, los derechos, deberes y garantías contemplados básicamente en el Título II de la Constitución, y en particular los derechos de la persona enumerados en el artículo 19 -que por lo demás son básicamente coincidentes con las disposiciones de la convenciónes internacionales de derechos humanos-, no son adecuadamente protegidos en la legislación y el sistema judicial ecuatoriano.

En esa línea, debemos advertir que tanto las normas constitucionales como las internacionales debieran tener aplicación automática y directa ante los tribunales sin necesidad de una norma de rango inferior que reglamente su ejecución, pero como queda dicho, eso no acontece en la práctica judicial ni administrativa.

Lo más grave y triste es que la Corte Suprema, contra toda lógica jurídica y violentando los más elementales principios del Derecho, ha fallado que una garantía constitucional no puede ser ejercida si no hay norma secundaria que la reglamente. Es increíble que el más alto tribunal del país, revocando lo sentenciado acertadamente por las instancias inferiores, haya consagrado tamaño absurdo, que no resiste al menor análisis jurídico²².

En ciertos casos la propia Constitución establece el procedimiento de su aplicación (el recurso de Habeas Corpus, por ejemplo), pero en su gran generalidad no. Sin embargo, debe aclararse que en el sistema jurídico ecuatoriano, a diferencia de otros sistemas (especialmente de aquellos de la tradición anglosajona), las normas constitucionales no son invocadas frecuentemente ante jueces y tribunales y las de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos tampoco.

A esta falencia contribuye el hecho que el Tribunal de Garantías Constitucionales -a pesar de la facultad contemplada en el artículo 146, numeral 2, de la Constitución, por la cual cualquier persona natural o jurídica puede acudir ante dicho tribunal- tiene una naturaleza *suigeneris*, poco jurídica y no sea un órgano de la administración de justicia.

22 Se trata de la unión libre garantizada en el Art. 23 de la Constitución de la República. Sentencia de la Primera Sala de la Corte Suprema en el juicio ordinario que por entrega de parte proporcional de bienes adquiridos en unión libre (hogar de hecho), sigue Georgina Ricaurte contra Aristides Isalas Muñoz (Gaceta Judicial Serie XIV Nº 1 Lneio-Abril 1983, p. 19-24).

Es cierto que leyes y normas jurídicas secundarias, al reglamentar el ejercicio de los derechos previstos en la Constitución o los tratados internacionales de derechos humanos, eventualmente pueden facilitar y permitir su mejor aplicación ante jueces y tribunales comunes (normas del Código Civil, Penal, Laboral, etc.) pero en estricto rigor ellas no son necesarias. La norma constitucional, o internacional en su caso, es suficiente para ejercitar una acción y demandar la reparación de un derecho violado.

4. Ausencia en el derecho positivo interno de los principios, normas y procedimientos internacionales

Un serio problema se comporta con relación a la invocación de las disposiciones de los instrumentos de derechos humanos ante tribunales y autoridades así como su transformación en derecho interno o reglamentación administrativa.

Un instrumento internacional, una vez publicado en el Registro Oficial como cualquier ley, puede ser invocado por los particulares y tiene aplicación por parte de jueces, tribunales u órganos competentes. Como queda dicho, en el Ecuador las disposiciones de los instrumentos internacionales no requieren de una norma interna que haga posible su ejercicio, sin embargo, en la mayoría de los casos las disposiciones de los instrumentos internacionales son invocadas a través de normas de la legislación interna, que contienen los derechos o principios previstos en la norma internacional

Hay que advertir que estas normas internas no necesariamente reglamentan ni son dictadas para aplicar las disposiciones de los instrumentos internacionales, sino que integran la legislación doméstica común del Ecuador.

Así, por ejemplo, cuando una persona ha sido arbitrariamente detenida puede mencionar que se ha violado el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²³, pero para conseguir algún remedio probablemente invocará alguna norma de la

23. Art. 7: "Derecho a la Libertad Personal...

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados Partes o por las Leyes dictadas conforma a ellas..."

legislación interna que garantice el ejercicio de su acción. De igual modo, el juez o la autoridad, aunque puede hacerlo, no ordenará su libertad en base de la disposición internacional sino que se remitirá a la legislación interna, a lo previsto en el Código de Procedimiento Penal u otra ley interna aplicable²⁴.

Adicionalmente debe indicarse que a través de una interpretación extensiva del artículo 146, numeral 3, de la Constitución, los instrumentos internacionales son plénamente invocables ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, pero nunca ha acontecido tal caso.

Todo esto resulta más grave si consideramos que de conformidad con nuestra legislación civil a nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley y que los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley²⁵. Además, de acuerdo al artículo 93 de la Constitución, el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia y ésta no se sacrifica por la sola omisión de formalidades, pero irónicamente es precisamente lo que sucede cuando se trata de aplicar -o no aplicar- las disposiciones de los tratados internacionales sobre derechos humanos²⁶.

5. Responsabilidad e importancia de la educación legal

Algunos, si no muchos, de los problemas enunciados respecto a la aplicabilidad y observancia de los derechos humanos consagrados internacionalmente podrían superarse si existiese una educación legal más dinámica y moderna. En efecto, si las Escuelas de Leyes en el Ecuador emprendieran una aproximación diferente al estudio del Derecho y le otorgaran la dimensión transformadora que le corresponde, probablemente tendríamos otros resultados en la práctica jurídica y en la jurisprudencia misma.

24. El denominado "Habeas Corpus Judicial" (Cfr. Nota 21).

25. Código Civil, Art. 18.

26. Un corolario muy gráfico de toda esta exposición puede ser el bullado y triste caso de los Hermanos Restrepo, aún sin localización.

Es preciso enfocar la cuestión de los derechos humanos con la importancia y actualidad que merece, como una disciplina académica autónoma, con alcances precisos y en función esencial de su noble destino final, es decir de la protección de los derechos de la persona. Nada puede ser tan sublime, respetado y promovido que aquello, como efectivamente se lo ha hecho a nivel político e ideológico al punto que es un presupuesto incontrovertido en la opinión pública general. Lamentablemente no ha existido la misma atención y dedicación en cuanto a su protección jurídica, como queda demostrado.

Efectivamente, la publicidad de los derechos humanos se ha reducido a su plano político o de opinión pública pero no existe una conciencia sobre su dimensión jurídica, en mucho por la ausencia de una auténtica educación legal en ese sentido. De hecho, muy pocas Facultades en el Ecuador contemplan cursos curriculares sobre derechos humanos y no se le ha otorgado la atención académica que merece. Si jueces y abogados no tienen preparación intelectual ni legal en la materia, mal puede pedírseles que luego en su profesión ejersan aquello que nunca han aprendido.

Lo ideal sería que se promueva y fortalezca la formación de jueces y abogados en esta disciplina, como algo viviente y válido de ser ejercido, no únicamente como una enunciación de tipo político o ideológico, sin realidad jurídica. Irónicamente se trata de "derechos" humanos pero no son considerados dentro del Derecho. Lo principal sería inculcar al futuro abogado que los derechos humanos son además de un enunciado teórico, un conjunto de normas jurídicas vigentes que deben tener también validez y eficacia. Es decir que pueden y deben ser invocadas legalmente ante jueces y tribunales, exigiendo remedios y satisfacciones jurídicas a los incumplimientos o violaciones y, en definitiva, que se administre justicia en virtud de sus postulados.

Para ello, lo más simple a mi modo de ver, sería promover agresivamente, primero en la cátedra y luego en la práctica legal misma, sin necesidad de ninguna reglamentación o norma positiva adicional, que los derechos humanos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes para el Ecuador puedan ser invocados ante cualquier juez o tribunal del Ecuador, como leyes plenamente vigentes y que los jueces están obligados a administrar justicia por la sola virtud de sus enunciados. Mientras esto no se consiga, los derechos humanos en el Ecuador y los instrumentos internacionales que los consagran, seguirán siendo meras declaraciones abstractas, legalmente vigentes pero carentes de validez y eficacia jurídica.

Esta no será una tarea fácil ni inmediata, que contará con no pocos detractores y que seguramente confrontará mucha oposición y resistencia. De hecho, la realidad legal y judicial existente en nuestros días es una prueba evidente de ello. Pero precisamente, esos son los obstáculos a vencer, por la dignidad del hombre y por la auténtica vigencia del Derecho en nuestra sociedad. He ahí la nobleza y riqueza de esta causa, que obviamente no corresponde a un esfuerzo aislado sino que debe tener una conciencia generalizada y solidaria de convicción y realización para que el Ecuador sea realmente un Estado de Derecho.

Esfuerzo que debe ser emprendido con pasión, desprendimiento, inteligencia, mente amplia, sin discrimines ni sectarismos, sin interés político ni de ningún otro carácter que no sea la intrínseca dignidad humana.

Conclusiones y recomendaciones

1. El Ecuador ha suscrito la mayoría de los instrumentos internacionales de derechos humanos y todos los principales tienen vigencia formal en su ordenamiento legal positivo.
2. La vigencia legal de esos instrumentos, sin embargo, no implica necesariamente su validez y eficacia jurídica. Esta demostrado que el cumplimiento de las formalidades externas para su vigencia no garantiza per se su existencia completa en el mundo del Derecho, es decir que sean consideradas normas válidas y eficaces.
3. La precaria incorporación de esos instrumentos en el ordenamiento doméstico, la falta de aplicación y observancia práctica de los mismos, la ausencia de procedimientos claros y tribunales específicos, y el no ejercicio de sus disposiciones confirma la invalidez e ineficacia de dichos instrumentos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.
4. No existe una conciencia generalizada en la sociedad ecuatoriana sobre la dimensión jurídica que tienen los derechos humanos, habiéndola reducido a las esferas política, ideológica o de la mera opinión pública. Ni siquiera a nivel de abogados o letrados existe conciencia de la importancia y alcance que debe tener la protección legal de los derechos humanos.
5. Todos estos factores han determinado que los derechos humanos no sean "ejercidos" en el sentido jurídico -y hasta judicial- del término. De esta manera, no existe un sistema efectivo de

protección de los derechos y garantías individuales de las personas, ni siquiera de los previstos en la Constitución menos aún en las convenciones internacionales. El precedente jurisprudencial establecido por la Corte Suprema con relación a las uniones de hecho es aberrante y de consecuencias desastrosas.

6. La falta de una preparación profesional idónea de jueces y abogados ha contribuido a desdenar la importancia jurídica de los derechos humanos y restar una proyección profesional válida para los mismos. Se impone una reforma curricular y de mentalidad profundas en las Escuelas de Leyes, que inculque en las futuras generaciones y en las actualmente en ejercicio, la necesidad y urgencia de ejercer la protección judicial de los derechos humanos, en base de las disposiciones constitucionales y de los instrumentos internacionales .
7. Un paso concreto más ambicioso sería promover, de modo agresivo, la incoación de causas procesales ante los jueces y tribunales por violaciones de los derechos humanos garantizados en la Constitución o en los tratados internacionales vigentes para el Ecuador. Sería menester desterrar de la mentalidad judicial la peregrina idea que se requiere legislación reglamentaria o secundaria adicional para su implementación.
8. De este modo se forzaría, por un lado, un pronunciamiento jurisdiccional sobre una materia que hasta el momento ha estado vedada en nuestro sistema judicial, al nivel de tabú, y, por otro, se difundiría y extendería entre abogados y la sociedad en general, que los derechos humanos sí pueden, efectiva y válidamente, ser reivindicados jurídicamente ante jueces y tribunales.
9. Esto enriquecería la cultura jurídica de nuestra sociedad y contribuiría muy eficazmente a una auténtica modernización de la administración de justicia, concediendo al individuo un espacio y una alternativa judicial sin precedentes en nuestra historia.
10. Para este propósito se requiere un esfuerzo concertado y despolitizado, sin ideologías sectarias, de todas la personas e instituciones preocupadas sinceramente por esta causa, para que la vigencia del derecho -aunque suene paradójico- tenga también validez y eficacia en los derechos humanos.

Principales instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por el Ecuador

(Fuente: MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES)

FECHA	TÍTULO DE INSTRUMENTO	VIGENCIA
1926-09-25 M	CONVENCION SOBRE LA ESCLAVITUD	1928-03-26
1928-02-20 M	CONVENCION SOBRE DEBERES Y DERECHOS DE LOS ESTADOS EN CASO DE LUCHAS CIVILES.	1936-09-24
1933-12-26 M	CONVENCION SOBRE LA NACIONALIDAD DE LA MUJER	1936-10-03
1948-05-02 M	CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE LA CONCESION DE LOS DERECHOS POLITICOS A LA MUJER.	1949-03-17
1948-05-02 M	CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE CONCESION DE LOS DERECHOS CIVILES A LA MUJER.	1945-03-17
1948-12-09 M	CONVENCION PARA LA PREVENCION Y SANCION DEL DELITO DE GENOCIDIO.	1951-01-12
1949-08-12 M	CONVENIO DE GINEBRA PARA ALIVIAR LA SUERTE DE LOS INDIVIDUOS Y ENFERMOS DE LAS FUERZAS ARMADAS EN CAMPANA	1955-02-11
1949-09-12 M	CONVENIO DE GINEBRA PARA ALIVIAR LA SUERTE DE HERIDOS ENFERMOS Y NAUFRAGOS EN EL MAR.	1955-02-11
1949-08-12 M	CONVENIO DE GINEBRA SOBRE EL TRATO A LOS PRISIONEROS DE GUERRA.	1955-02-11
1949-03-12 M	CONVENIO DE GINEBRA SOBRE LA PROTECCION DE PERSONAS CIVILES EN TIEMPO DE GUERRA.	1955-02-11
1949-12-02 M	CONVENIO PARA LA REPRESION DE LA TRATA DE PERSONAS Y DE LA EXPLORACION DE LA PROSTITUCION AJENA.	1979-07-03
1951-07-28 M	CONVENCION RELATIVA AL ESTATUTO JURIDICO DE LOS REFUGIADOS.	1955-11-17
1953-03-31 M	CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS POLITICOS DE LA MUJER	1954-07-23
1954-09-28 M	CONVENCION SOBRE EL ESTATUTO DE LOS APATRIDAS	1971-01-02
1960-12-14 M	CONVENCION RELATIVA A LA LUCHA CONTRA LAS DESCRIMINACIONES EN LA ESFERA DE LA ENSEÑANZA.	1979-05-20
1965-12-21 M	CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION RACIAL	1966-10-22
1966-12-16 M	PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS.	1976-03-23 ¹
1966-12-16 M	PROTOCOLO FACULTATIVO DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS	1976-03-23 ²
1966-12-16 M	PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.	1976-01-03 ³
1967-01-31 M	PROTOCOLO SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS.	1969-03-06

1. Ecuador lo ratificó en 1969-06-06.

2. Ecuador lo ratificó en 1969-06-06.

3. Ecuador lo ratificó en 1969-06-06.

1969-11-22 M	CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS "PACTO DE SAN JOSE"	1978-07-18 ⁴
1973-11-30 M	CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LA SUPRESION Y CASTIGO DEL CRIMEN DE APARTHEID	1976-07-18 ⁵
1977-06-08 M	PROTOCOLO ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA RELATIVO A LA PROTECCION DE LAS VICTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES	1979-10-10
1977-06-08 M	PROTOCOLO ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA RELATIVO A LA PROTECCION DE LAS VICTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS SIN CARACTER INTERNACIONAL	1919-10-10
1979-12-17 M	CONVENCION INTERNACIONAL CONTRA LA TOMA DE REHENES.	1988-06-01
1979-12-18 M	CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER.	1931-12-09
1934-12-10 M	CONVENCION CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANAS O DEGRADANTES .	1988 - 04 - 28
1985-12-09 M	CONVENCION INTERAMERICANA PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA.	— ⁶
1985-12-10 M	CONVENCION INTERNACIONAL CONTRA EL APARTHEID EN LOS DEPORTES.	1991-07-12
1988-11-17 M	PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES "PROTOCOLO DE SAN SALVADOR" .	1993 - 03 - 25 ⁷
1989-11-20 M	CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.	1990-09-02 ⁸
1989-12-15M	SEGUNDO PROTOCOLO FACULTATIVO DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS PARA ABOLIR LA PENA DE MUERTE.	1993-02-24
1990-06-09M	PROTOCOLO A LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS RELATIVO A LA ABOLICION DE LA PENA DE MUERTE.	— ⁹

4. Ecuador lo ratificó en 1977-12-26.

5. Ecuador lo ratificó en 1975-03-12.

6. El Ecuador no lo ha ratificado. El Congreso lo aprobó con reservas y sugerencias.

7. No tiene vigencia internacional todavía, la fecha corresponde al depósito de la ratificación ecuatoriana

8. Ecuador la ratificó en 1990-06-23.

9. Sin vigencia, el Ecuador no la ha ratificado.

Bibliografía

Buerghenthal, Thomas et.al., La Protección de los Derechos Humanos en las Américas, Ed. Civitas, Madrid, 1990

Código Civil del Ecuador, Séptima Codificación Oficial, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1980.

Código de Menores, Publicado en el Registro Oficial Suplemento Nº 995, de 7 de agosto de 1992 y su Ley Reformatoria publicada en el Registro Oficial Nº 182, de 4 de mayo de 1993.

Código Penal del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1978.

Código de Procedimiento Penal del Ecuador, Publicado en el Registro Oficial Nº 511, de 10 de junio de 1983.

Constitución Política de la República del Ecuador, Codificación publicada en el Registro Oficial Nº 183, de 5 de mayo de 1993.

Gaceta Judicial del Ecuador, Corte Suprema de Justicia, Quito, Enero-Abril 1983, Serie XIV, Nº 1.

Hart, H.L.A., El Concepto de Derecho, Ed. Abeledo Perrot, Bs. Aires, 1963.

Henkin, Louis et.al., International Law: Cases and Materials, West Publishing, St. Paul, 1987.

Hervada, Javier & ZUMAQUERO, José, Textos Internacionales de Derechos Humanos, EUNSA, Pamplona, 1978.

Jiménez de Arechaga, Eduardo, Derecho Internacional Contemporáneo, Ed. Tecnos, Madrid, 1980.

Kelsen, Hans, Teoría Pura del Derecho, UNAM, México, 1986.

Miller, Jonathan et.al., Constitución y derechos humanos, Ed. Astrea, Bs. Aires, 1991.

Vargas Carreño, Edmundo, Introduccion al Derecho Internacional, 2a Edicion, Ed. Juricentro, San Jose, 1992.

La Contestación a la demanda, las excepciones y la prueba¹

Dr. Alejandro Ponce Martínez (*)

1.- El derecho de contradicción.-

A sí como del derecho constitucional de petición nace el derecho de acción, en virtud del cual cualquier persona puede recurrir ante los órganos jurisdiccionales del Estado, en procura de tutela jurídica y exigir del Estado, a través de tales órganos, un pronunciamiento respecto a la pretensión que se desea imponer a otro, del derecho de defensa, también garantizado por la Constitución, nace también un derecho, que también se fundamenta en la tutela jurídica y que se denomina derecho de contradicción².

El demandado tiene el derecho abstracto de obtener que el conflicto o litigio que el actor ha planteado, sea resuelto, luego de que se le escuche, en iguales condiciones que al actor.

En el proceso, pues, se aplica otro de los principios constitucionales, como es el de la igualdad. Ambos litigantes, actor y demandado deben tener idénticos y similares derechos, en cuanto al fin que persigue el proceso, que es la solución de la controversia.

Si el derecho de acción es una facultad autónoma, pública, individual y abstracta que pertenece al grupo de los derechos cívicos,

(*) Profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la P.U.C.E.

1. Conferencia dictada el 22 de febrero de 1994 en el Seminario sobre "Actualización Jurídica" organizado por la Contraloría General del Estado

2. Véase: Ponce, Martínez, Alejandro, "Derecho Procesal Orgánico". Fundación Antonio Quevedo, Quito, 1991, 16, 17.



cuya raíz se encuentra en las garantías constitucionales frente al Estado, facultad que se ejerce hacia el Estado y no contra él, cuyo fin es proteger el orden jurídico, la paz y la armonía sociales y cuyo objetivo es promover un proceso y obtener la sentencia que lo resuelva³, "el derecho de contradicción persigue el ser oído y gozar de oportunidades de defensa, para obtener la sentencia que resuelva en el sentido legal lo que corresponda a ese litigio"⁴. Por ello, "el derecho de contradicción se satisface plenamente desde el momento en que al demandado(en el proceso civil) o al imputado (en el proceso penal) se le cita al proceso o al sumario"⁵

El derecho de contradicción, al sustentarse en el derecho constitucional de defensa, genera para el Estado la obligación de garantizar al demandado todos los mecanismos, para que, en igualdad de condiciones, se le escuche con miras a la justa y legal decisión del litigio.

Así como el actor pone en movimiento a los órganos jurisdiccionales en busca de una sentencia, el demandado ejerce, ante el Estado, su facultad de ser oído. Por esto, al prescindirse de medios efectivos que garantice esta posibilidad, el Estado coartaría, inconstitucionalmente, el derecho de defensa. Las nulidades procesales por omisión de la citación son una consecuencia de la violación del derecho de contradicción y del derecho constitucional de defensa.

El derecho de contradicción no implica necesariamente la oposición a la pretensión, en el proceso civil, o la oposición activa a la sindicación penal. El derecho de contradicción tiene como objetivo lograr una justa composición del litigio o un legal pronunciamiento sobre la imputación penal.

Por ello, el demandado, en el proceso civil o el sindicado, en el proceso penal, puede adoptar diversas posiciones ante la pretensión o la imputación.

3. Devis Echandía, Hernando, "Compendio de Derecho Procesal: Editorial ABC, Bogotá, 1979, Tomo 1, 150-167.

4. Id, 189,

5. Id, 189.

El demandado puede allanarse a la pretensión del actor, por hallarse sustentada en los hechos y en el derecho, con lo cual, salvo casos excepcionales como el juicio de divorcio o el de nulidad de matrimonio, concluirá el litigio (arts. 401, 402 CPC, arts. 121, 122 CC).

El demandado puede, de otro lado, oponerse a la pretensión de diversas maneras, que se concretan en una mayor o menor fuerza destructiva o táctica. He aquí las diversas opciones que tiene el demandado:

- 1.- No comparecer al proceso;
- 2.- Comparecer al proceso y no contestar la demanda;
- 3.- Oponer excepciones o defensas procesales, conocidas como dilatorias, que no tienden a destruir la pretensión sino exclusivamente el modo de exigirla;
- 4.- Puede negar los hechos;
- 5.- Puede aceptar los hechos, pero negar las consecuencias jurídicas que el actor da a los hechos;
- 6.- Puede reconocer nuevos hechos;
- 7.- Puede negar expresamente tanto los hechos como la ley en que el actor fundamenta su pretensión, y
- 8.- Puede, por último, reconvenir al actor, con el fin de que las pretensiones que él formule sean también materia de decisión.⁶

Mientras el actor expresa su posición y señala su pretensión en la demanda, el demandado lo hace en la contestación a la demanda. En ella se fija aquello que el demandado estima debe ser la decisión del juez frente a la pretensión del actor.

Esta actitud del demandado se expresa, por un lado, en su propia versión sobre los hechos que originan la controversia, hechos que pueden ser, como he dicho iguales o distintos a los señalados por el actor, y la aplicación que, según él, el juez, como funcionario del

6. Id; 185-190.

Estado, debe hacer de la ley sobre tales hechos. Por otra, tal posición se concreta en las excepciones o defensas que expresamente invoca el demandado. Estas excepciones, como ya he dicho, pueden estar destinadas a destruir exclusivamente la forma o medios de los cuales se ha valido el actor para plantear su demanda y cuya aceptación por el juez no provoca el fin natural del proceso de resolver la controversia o pueden dirigirse a destruir la pretensión de fondo del actor. Naturalmente, en una contestación pueden existir ambas clases de excepciones.

Hasta el 20 de Diciembre de 1978 en que la dictadura militar impuso una absurda reforma al procedimiento civil, las excepciones de carácter procesal se resolvían previamente. Más aún, en códigos anteriores, según enseñaba Troya Cevallos⁷, las excepciones dilatorias se planteaban antes de contestar la demanda sobre la pretensión de fondo del actor. Este sistema lógico, que se ciñe a la doctrina procesal, vigente en todos los países civilizados, fue, como digo destruido por la dictadura y hoy se tiene que, en ocasiones, litigar, con todo el costo que ello significa, para que al juez, al final del proceso, en sentencia, se limite a decir que el actor carecía de poder, que no era el representante legal, que el juez no era competente, que el demandado no era legítimo personero, que el trámite no era el adecuado para el asunto, que ha existido indebida acumulación de pretensiones, que existe litispendencia que, por cualquier otra excepción que debió ser de previo pronunciamiento, no puede dictarse sentencia sobre el fondo del asunto. Es evidente que este sistema atenta contra el principio de eficacia procesal a que se refiere el art 94 de la Constitución⁸.

Uno de los nuevos Códigos de Latinoamérica, el "Código General del Proceso" de Uruguay, dictado mediante ley 15982, en su art. 132, se refiere a diversas actitudes del demandado y le permite "allanarse a la pretensión, plantear excepciones previas, asumir actitud de expectativa, contestar contradiciendo o deducir reconvencción". Añade que "si adoptare más de una de estas actitudes, deberá hacerlo en forma simultánea y en el mismo acto" ⁹.

7. Notas de Clase. Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Ecuador. 1967-1968.

8. Por ello, sería deseable que en un nuevo Código de Procedimiento Civil o en una reforma al vigente se estableciera la obligación de que las excepciones dilatorias, en todos los procesos, se resolvieran previamente, en audiencia oral.

9. Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, "Código General del Proceso" de la República Oriental del Uruguay", Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991, 87.

Nuestro Código continúa refiriéndose a las excepciones dilatorias como aquellas que tienden a suspender o retardar el curso del litigio" (art. 103). En realidad, en nuestro absurdo y torpe sistema, producto de la dictadura militar, son aquellas que tienden a impedir que se resuelva el litigio. Por medio de las excepciones dilatorias, el demandado "rehusa el combate judicial"¹⁰. Para saber si hay o no lugar al combate judicial "¿por qué ha de esperarse la culminación del juicio - que bien puede tener tres instancias (hoy dos y casación)- para saber si existen o no en él los requisitos sobre la validez de la relación procesal, la nulidad del juicio o la inhibición del juzgador para desatar en el fondo la cuestión litigiosa?" Esta espera propiciada por la reforma de 1978, en nuestro país, es un verdadero desperdicio de tiempo, tanto de las partes, cuanto de la Función Jurisdiccional que incrementa notablemente los costos de la justicia y que alude a su ineficacia e incuestionable tardanza.- Observamos que el legislador ecuatoriano de 1978 tomó del Código Procesal Civil colombiano la norma del art. 92, pero dejó de hacerlo en la integridad del sistema establecido por la legislación del vecino país que tiene un capítulo dedicado a las excepciones previas, atendidas por el art. 97. Este sistema está perfecta y lógicamente coordinado mediante un trámite específico, en cuaderno separado, con un sistema especial de apelaciones, pero que no impide el desarrollo del juicio principal, cuya sentencia no decidirá sobre las excepciones previas"¹¹.

Como dije antes, sería muy simple que las excepciones dilatorias se resolvieran en una audiencia inmediata. Por su propia naturaleza son excepciones que fundamentalmente sólo admiten prueba instrumental. De hecho bastaría, para admitir la mayoría de ellas, que el demandado acompañara a su contestación la prueba de su defensa ¹².

10. Peñaherrera, Víctor Manuel, "Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal", Editorial Universitaria, Quito, 1958, III, 513.

11. Cruz Bahamonde, Armando, "Estudio Crítico del Código de Procedimiento Civil". Edino, Guayaquil, Volumen II, 1992, 119.

12. Así, por ejemplo, si se opone la excepción de ilegitimidad de personería, bastaría presentar la prueba instrumental acerca de quien es el el personero de la persona jurídica demandada; o si se opone la excepción de falta de poder, salvo prueba de su existencia aportada por el actor, el juez debería, de inmediato, admitirla.- El Código Uruguayo, por ello, dice: "El tribunal relevará de oficio la incompetencia absoluta, la falta de representación, la incapacidad declarada del actor o de su representante, la caducidad, la cosa juzgada (que en el Código Uruguayo, al igual que los de Colombia y Chile es excepción dilatoria) y la transacción" (art. 133).

II.- La contestación a la demanda.-

Se puede afirmar que en nuestro sistema procesal existe la contestación expresa y la contestación tácita a la demanda. En efecto, salvo el caso del proceso ejecutivo en el cual, por la naturaleza del proceso en el cual el actor sólo busca romper la resistencia del demandado al cumplimiento de una obligación que se encuentra en un documento al cual la ley ha dado el carácter de ejecutivo¹³ y en el cual las excepciones son la materia de la controversia y su falta determina la obligación del juez de dictar sentencia condenatoria y de ejecución (art. 440), la falta de contestación a la demanda implica una negativa simple de los fundamentos de la demanda (art. 107), aunque desde el punto de vista de apreciación del juez puede constituir un indicio contra el demandado.

Preciso, es, sin embargo, distinguir si la falta de contestación se produce sin comparecer al proceso o con la comparecencia a él. En el primer, caso, resulta claro que el demandado puede ejercer, no como excepción, pero sí como razón para invocar la nulidad del proceso, violaciones que podían haber sido utilizadas por él como excepciones dilatorias. Así, por ejemplo, si la demanda se ha planteado ante un juez incompetente, en razón del territorio, la falta de comparecencia al proceso para contestar la demanda no prorroga la competencia de dicho juez, en los terminos del art. 12 y, por ello, al instante de comparecer, posteriormente, podrá el demandado alegar la nulidad, en los términos de la omisión de la solemnidad 2a. del art. 355 y de conformidad con el art. 358. En cambio, si el demandado comparece al proceso, dentro del término que tiene para contestar la demanda o antes de que deba hacerlo, cuando la contestación se practica en audiencia, pero no contesta la demanda, ya no podrá alegar la incompetencia territorial del juez, como causa de nulidad, puesto que se habrá prorrogado la competencia, en razón de lo señalado en el art. 12. Por ello, cuando se decida no contestar la demanda, entre otras razones por existir vicios de procedimiento que se desea alegar como razones de nulidad, debe hacerse, necesariamente un análisis de si la no contestación debe hacérsela compareciendo al proceso o no. Evidentemente, en este segundo caso será necesario mantener una constante vigilancia extraprocesal con el fin de comparecer en momento oportuno a alegar la nulidad.

13. Véase: Ponce Martínez, Alejandro, ob. cit., 241.

En cuanto al fondo de la cuestión controvertida, al constituir la falta de contestación una negativa simple de los fundamentos de la demanda, su consecuencia es trasladar la carga de la prueba al actor, en cuanto a los hechos positivos enunciados por el y asumir tal carga por los hechos positivos que tal negativa implique, en los términos del art. 117. Así, si se ha demandado la resolución o terminación de un contrato por incumplimiento y no se contesta la demanda, el demandado deberá probar que cumplió el contrato o que su incumplimiento se debió a fuerza mayor o caso fortuito o que el actor incurrió en mora, que purgó la propia mora.

El Código de Procedimiento Civil en el art. 106, enumera los requisitos que debe contener la contestación. Proviene su redacción de la reforma introducida mediante D.S. 3070 promulgado el 20 de Diciembre de 1978, pues la codificación de 1960 se limitaba a exigir que la contestación se hiciera dentro del término legal y obligaba al juez a cuidar que fuera clara y que las excepciones contuvieran los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoyen.

El Código Uruguayo es más preciso y técnico en cuanto a la forma y contenido de la contestación, pues, aparte de exigir que sea escrita y de señalar que se ha de ajustar a las formalidades de la demanda, excepto en lo que resultare inaplicable, obliga a un pronunciamiento "categórico" sobre la veracidad de los hechos alegados en la demanda y sobre "la autenticidad de los documentos que a ella se hubieren acompañado y cuya autoría le fuere atribuida" y añade que el "silencio, así como sus respuestas ambiguas o evasivas se tendrán como admisión de esos hechos y de la autenticidad de los documentos", aunque permite que por razones excepcionales por razones debidamente fundadas, el tribunal puede no aplicar esta regla, si es que el demandado invoca no recordar algún hecho o circunstancia alegada por el actor. Dicho Código permite, además, que actor y demandado presenten la demanda y la contestación en escrito conjunto, lo cual permite, evidentemente, que el juez advierta claramente cuáles son las posiciones de las partes.

Cruz Bahamonde da una guía clara acerca de las exigencias derivadas del art. 106, en cuanto al contenido de la contestación a la demanda ¹⁴:

14. Ob. cit, 133-134.

- 1º. "La identidad del que comparece, con las expresiones de estado civil, edad y profesión, así como de la calidad jurídica de su comparecencia, ésto es por su propio interés o derecho, o su calidad de representante legal o mandatario del sujeto demandado. Este acto, de apariencia tan simple, es elemento esencial para la vinculación de las partes que intervienen en el proceso, pues, determina en forma clara y específica a la parte sobre la cual recaen las pretensiones del actor. Es la determinación del sujeto contra quien o a favor de quien surtirá efecto la decisión jurisdiccional¹⁵.
- 2º. La designación del lugar donde recibirá notificaciones, información indispensable para la comunicación procesal y cuya omisión surte el efecto designado en el art 79, inc. 2o. Esta es una carga procesal, cuyo incumplimiento acarrea una situación evidentemente perjudicial al omiso; pero que, conforme a la norma del artículo últimamente citado, no es una sanción irreversible, pues si el sujeto comparece a juicio y señala domicilio, recobra el derecho a ser notificado, cualquier que sea el estado de la causa¹⁶.
- 3º. Un pronunciamiento sobre las pretensiones del actor. El cumplimiento de esta formalidad, en la que el demandado debe expresar categóricamente¹⁷, da ocasión a las siguientes posibilidades:

-
15. Este aspecto fue soslayado, extrañamente, en un juicio ejecutivo, tanto por el juez de primera instancia como por la Quinta Sala de la Corte Superior de Quito. El demandado claramente expresó que comparecía a contestar la demanda por sus propios derechos y no, en ningún caso, a nombre de una compañía, que era la otra demandada. Sin embargo, tanto el juez sexto de lo civil de Quito, cuanto la citada Sala de la Corte de Quito, a pesar de haberse demostrado que tal persona natural demandada no era el representante legal de la compañía, se negaron a declarar la nulidad del proceso y dieron pronunciamiento condenatorio contra una compañía que no había sido citada, ni había comparecido por medio de su representante legal y contra otra que no existía (Banco Internacional vs. J&M Cia. Ltda. y otros, Corte Superior de Quito, 5a. Sala, abril 15, 1992).
 16. Las notificaciones han de realizarse en la casilla de un abogado (art. 79 CPC:). El Estado y los entes públicos, sin embargo, no requieren designar una casilla para ser notificados, sino que pueden serlo en las propias oficinas de la respectiva institución, aspecto que, en muchas ocasiones es olvidado por jueces y actuarios que suelen exigir a las instituciones públicas que señalen casilla para notificaciones. El sistema de casilleros se ha prestado para la corrupción. En mi obra "Derecho Procesal Orgánico" antes citada menciono varios casos de manejo ilícito y deshonesto por parte de la oficina de Quito. Hace pocos días en un importante juicio en Guayaquil no se notificó la boleta que contenía el auto de prueba en la casilla judicial señalada (Juicio E. Merck v. Comerciosa). El sistema de fax, con constancia de transmisión al receptor, o los medios de comunicación electrónica, deberían ser, en el futuro inmediato de pretendida modernización, los mecanismos para las notificaciones.
 17. Nuestra ley no utiliza el adverbio "categóricamente", como lo hacen los Códigos Uruguayo y Federal Argentino. Usa el adjetivo "expreso", tanto al referirse al pronunciamiento sobre las pretensiones, cuanto al relacionado con los documentos acompañados a la demanda.

a) A la negativa general sobre tales pretensiones, en cuyo caso, se entabla la controversia y se produce, de un modo integral, lo que se denomina la traba de la litis que, a su vez, constituye la materia sobre la que versa el pleito y el ámbito único de la de la decisión judicial, según el art. 277 CPC. El efecto de esta negativa -usualmente denominada pura y simple- consiste en radicar la carga de la prueba sobre el actor en todo lo que son sus afirmaciones, que han quedado negadas por el reo.

b) La aceptación total de las pretensiones, esto es, el allanamiento a la demanda, entidad jurídica que merece atención separada, conforme a la sección 12a. de este mismo título.

c) La aceptación parcial de las pretensiones del actor. Nuestra ley no resuelve con precisión y eficacia la situación planteada por esta posibilidad. Solamente encuéntrase el inciso 20. del art. 411 que corresponde al juicio ordinario y a las consecuencias de un acuerdo parcial entre las partes, alcanzado en la junta de conciliación; pero, por analogía y conforme a las disposiciones del art. 18 del CC, creemos aplicable al caso de que aquí tratamos. En otras palabras, el juez deberá cuidar que la aceptación parcial no sea contraria a la unidad del proceso y que, por tanto, deba ser tratada separadamente. Tal sería el caso en el que la excepción comprenda una materia que no se encuentre dentro de la competencia del juez.

4º. Un pronunciamiento sobre los documentos anexos a la demanda. Conforme a la disposición del art. 72, a la demanda se debe acompañar los documentos que conciernen a la prueba de la personería, los que resulten de diligencias preparatorias y "los demás exigidos por la Ley"...

5º. Pruebas instrumentales de que disponga el demandado.

Estas pruebas consisten en los instrumentos públicos y privados que se encuentren en poder del demandado y que se refieran a la relación jurídica sustancial anterior al proceso y que, por supuesto, estén vinculados a la materia que se discute.

Debe observarse que la presentación de estos instrumentos es exigida por la Ley; que ésta es la forma u ocasión de actuarla, precepto que se relaciona estrechamente con el que se encuentra

en el art. 121, que restringe la fe en juicio de la prueba que ha sido "debidamente actuada, esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la Ley". Si ,pues, la Ley ha dispuesto que el demandado presente al proceso los instrumentos en mención, sólo harán fe en juicio si se los presenta en esta ocasión, y no los que se presenten más adelante, aunque sea dentro del término probatorio. No es exageración ponderar la importancia y radical trascendencia que el acatamiento de esta disposición tiene en el proceso, pues se basa en principios sólidos de su ordenamiento probatorio, toda vez que la Ley no acepta las pruebas de sorpresa, por ser contrarias a la lealtad procesal.

- 6º.** Todas las excepciones que el demandado deduzca contra las pretensiones del actor.

Este precepto introducido en la legislación procesal ecuatoriana por las reformas del año 1978, a las que con frecuencia nos hemos referido, terminó con el sistema anterior, en el cual, en el juicio ordinario, se dilucidaban previamente las excepciones dilatorias".

Creo de importancia destacar algunas consideraciones prácticas con relación al contenido de la contestación.

- a)** El pronunciamiento sobre las pretensiones no sólo debe referirse a ellas sino tanto a sus fundamentos fácticos como a los jurídicos. El juez debe conocer, desde el inicio del proceso, la posición exacta de las partes y, por ello, si las pretensiones se sustentan en ciertos hechos a los cuales el actor da determinadas consecuencias jurídicas, el demandado, al expresar su posición sobre ellas debe, necesariamente, señalar si los hechos son reales o no y si los efectos jurídicos de ellos son o no los que el actor estima. La jurisprudencia argentina, por ello, ha resuelto que una expresión negativa general viola el art. 100 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial Federal pues "el demandado debe contestar concretamente sobre cada hecho expuesto en la demanda" ¹⁸, como también ha afirmado que aunque el demandado no está obligado "a contestar punto

18. Cám. Nac. Com. B, La Ley, t.82, pág 591 y Sup. Corte B. Aires, Juris. Arg. 18541, pág. 107.-Cit.por Alsina, Hugo, "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", III, "Juicio Ordinario", Ediar S.A., Buenos Aires, 1961, 188.

por punto cada uno de los detalles contenidos en el escrito de la demanda, debe pronunciarse expresamente sobre los hechos fundamentales alrededor de los cuales ha de versar el litigio" ¹⁹. De allí que el abogado debe obtener del cliente una completa y veraz información. El mero examen de la demanda no es, usualmente, lo que permite al abogado plantear la contestación. El abogado, ante todo, con miras a un eventual éxito en el proceso, tiene que inquirir e investigar sobre los medios de prueba con los que puede contar para contrarrestar aquellos que podría aportar el actor. En las frecuentes controversias que el Estado tiene con los particulares, especialmente aquellas derivadas de contratos, el Ministerio o entidad respectiva debe coordinar este aspecto con la Procuraduría General del Estado, a la cual le corresponde la defensa y representación judicial del Estado (art. 12, Ley Orgánica del Ministerio Público, R.O. 871, 10-VII-79).

- b)** Si el actor ha acompañado instrumentos privados a la demanda y si estos son falsos o no contienen lo legítimamente pactado, debe redargüírselos de falsos u objetar su legitimidad, pues de lo contrario, a pesar de su falsedad o ausencia de legitimidad, harán tanta fe como instrumentos públicos y, por ello, se habrá invertido la carga de la prueba, ya que le corresponderá -si no existe esta oportuna objeción- al demandado probar su falsedad o falta de legitimidad, cuando, de haberlos redargüído de falsos u objetado su legitimidad, la prueba de la autenticidad o legitimidad le correspondería al actor ²⁰.

19. Cám. Fed. de la Cap., Juris. Arg., t. 141, pág. 50.- Id., 189.

20. Existe, evidentemente, una clara antinomia entre la disposición del art 106 y la del art. 198, ordinal 4o. del Código de Procedimiento Civil. El primero ordena que el pronunciamiento sobre los instrumentos acompañados a la demanda debe hacerse en la contestación a la demanda. En cambio, el segundo ordena que el redargüir de falso u objetar de legítimo un instrumento privado ha de hacérselo "dentro de tres días desde que se le citó y notificó la presentación". Como la norma del art. 106 es especial para la contestación a la demanda el pronunciamiento ha de darse dentro del término para contestar la demanda o al contestarla en los procesos en los cuales la contestación se realiza en audiencia. Debe anotarse que se ha tornado frecuente por parte de ciertos abogados falsificar ellos mismos los documentos privados, forjarlos o alterarlos. Por ello, hay que tener sumo cuidado en el examen de los documentos aparejados por el actor a la demanda y en efectuar la objeción pertinente.

- c) Las excepciones no han de constituir un mero alistamiento de defensas, como en repetidas ocasiones se observa, sino que deben ser consecuencia lógica del análisis de los hechos y el derecho en que el actor funda sus pretensiones. Por ello, en no pocas veces será necesario proponer excepciones principales y subsidiarias, e inclusive, entre éstas, unas subsidiarias de otras. De la contestación y de las pruebas con las cuales pueda respaldársela dependerá el éxito o el fracaso del juicio, para el demandado.

El Código Uruguayo es sumamente claro con respecto a la consecuencia de la falta de presentación de los documentos tanto con la demanda como con la contestación. Señala que en el evento de no disponerse de esos instrumentos, se reseñará su contenido y se precisará el lugar en que se encuentren, solicitándose las medidas pertinentes para su incorporación al proceso. Además obliga a actor y demandado, en la demanda y en la contestación, a indicar el nombre y domicilio de los testigos de que habrán de servirse, así como de los demás medios de prueba de que habrán de valerse y a solicitar su práctica. "Sólo podrán ser propuestas posteriormente las pruebas claramente supervinientes o las referidas a hechos nuevos o a los mencionados por la contraparte al contestar la demanda o la reconvenición" (arts. 118, 131)²¹.

III.- Las excepciones.-

Constituyen las excepciones parte medular de la contestación, al menos en nuestro sistema procesal. El Código dedica a ellas una sección anterior a aquella en que trata de la contestación, lo cual resulta obviamente antitécnico, puesto que se trata de una "dicotomía puramente teórica, carente de practicidad y ajena, por tanto al Derecho y a la técnica procesales"²². El Código Uruguayo sólo se refiere expresamente a las excepciones previas (art. 133).

21. Ob. cit. 82. 86

22. Cruz Bahamonde, Armando, Ob. Cit., 114.

"Excepción es la contradicción o repulsa con que el demandado procura destruir o enervar la pretensión o demanda del actor; pues así como es propio de éste implorar sus derechos en justicia, así es propio del reo o demandado el defenderse" ²³. Excepciones "son los medios de defensa aptos, según la ley, para impedir que una acción sea admitida a juicio, o para obtener que, admitida a discusión sea rechazada total o parcialmente en la sentencia" ²⁴. "En la práctica se llama excepción toda defensa que el demandado opone a la pretensión del actor, sea que se nieguen los hechos en que se funda la demanda, sea que se desconozca el derecho que de ellos pretenda derivarse, sea que se limite a impugnar la regularidad del procedimiento" ²⁵.

El demandado puede fundar su oposición a la demanda en dos clases de razones: la simple negación del derecho del demandante y de los hechos de donde pretende deducirlo, o la afirmación de hechos distintos o de modalidades de los mismos hechos que tienden a destruir, modificar o paralizar sus efectos. Cuando aduce la primera razón se limita a oponer una defensa en sentido estricto; cuando alega la segunda, propone una excepción. Por consiguiente, la excepción...ataca la pretensión invocada en la demanda y es una razón de la oposición que a aquella fórmula el demandado" ²⁶. "La excepción es una especial manera de ejercitar el derecho de contradicción o defensa en general que le corresponde a todo demandado, y que consiste en oponerse a la demanda para atacar las razones de la pretensión del demandante mediante razones propias de hecho, que persiguen destruirla o modificarla o aplazar sus efectos" ²⁷.

La excepción, al igual que la pretensión, buscan una decisión favorable. "Es un error decir que la excepción ataca o se opone al derecho de acción, ella ataca a la pretensión" ²⁸. Nuestro Código, desafortunadamente, continúa usando la palabra "acción" con el significado de "pretensión".

23. Cevallos, Pedro Fermín, "Instituciones del Derecho Práctico Ecuatoriano", Imprenta de los Huérfanos de Valencia, Quito, 1907, 75.

24. Peñaherrera, Víctor Manuel, Ob. Cit., 425.

25. Alsina, Hugo, Ob. Cit., 79.

26. Devis Echandía, Hernando, Ob. Cit., 210.

27. Id., 213.

28. Id., 211.

Divide, como ya he señalado, el Código ecuatoriano a las excepciones en dilatorias y perentorias. Sin embargo, irracionalmente, ordena que ambas clases de excepciones se resuelvan en sentencia.

Nuestras excepciones dilatorias son similares, aunque no idénticas, a las denominadas excepciones previas de Códigos Colombiano, Uruguayo y Argentino, pero, a diferencia de lo que ocurre en esos sistemas procesales, no se oponen ni resuelven previamente y excluye algunas de aquellas que, refiriéndose al fondo o mérito de la pretensión, como la cosa juzgada, transacción o prescripción total de todas las pretensiones, Devis Echandía las ubica entre las excepciones previas absolutas o definitivas que impiden que el proceso se produzca o continúe, como son también las procesales de falta de jurisdicción, la de existencia de compromiso arbitral, pleito pendiente total y cosa juzgada total ²⁹.

"Son dilatorias las que tienden a retardar el curso de la litis" (art. 103) . Juan Isaac Lovato señala que "las excepciones dilatorias tienden a impedir que el juez conozca de la demanda o a impedir que la conozca en la forma que ha sido propuesta, tal como ha sido propuesta"³⁰. Realmente eran, cuando se resolvían anticipadamente, excepciones tendientes a regularizar el proceso ³¹. Hoy, que se resuelven en sentencia, se puede decir que las excepciones dilatorias son aquellas que buscan la repetición del proceso, luego de subsanados las irregularidades referentes al juez, al actor, al demandado, al modo de pedir, al asunto de la demanda, a la causa o al modo de sustanciarla³². Tienen, en cierta forma, las excepciones dilatorias el mismo o similar efecto que la nulidad procesal, con la importante diferencia que el juez puede decretar ésta, aunque el proceso no se halle concluido en el momento en que se demuestre su existencia. (Así, si el proceso ha continuado en rebeldía y no ha sido citado el demandado, puede, en cualquier momento, decretarse la nulidad. En cambio, si se opone como excepción la incapacidad de actor o demandado para comparecer por sí mismo, el proceso tiene que llegar a sentencia).

29. Id., 218.

30. "Programa Analítico de Derecho Procesal Civil Ecuatoriano", Casa de la Cultura Ecuatoriana, Quito, Tomo quinto, 1962, 172.

31. Troya Cevallos, Alfonso, Notas de Clase, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1967-1968.

32. Juan Falconi Puig ("Código de Procedimiento Civil", Edino, Guayaquil, 231), por razones similares a las reiteradamente expuestas en este trabajo, que me han llevado a definir las excepciones dilatorias en la forma en que lo he hecho, también critica la supresión de la decisión previa de las excepciones dilatorias. Señala que tal supresión ha desnaturalizado el proceso (ordinario) que se supone el tipo o modelo para otros procesos.

Como el demandado puede reconvenir al actor, es importante, desde el punto de vista práctico, cuando se reconviene, no oponer, pues, excepciones dilatorias, puesto que de ser aceptadas, nada se resolvería sobre la reconvencción.

Dadas las características de las excepciones dilatorias, no cabe que se las presuma incluídas en una negativa total de las pretensiones del actor, puesto que tal negativa se refiere al fondo del asunto, no a la forma. Sin embargo, la omisión de oponer tales excepciones no priva del derecho de alegar la nulidad del proceso, cuando, por la naturaleza de la excepción que podía haberse propuesto, la omisión de una solemnidad provoca la nulidad de lo actuado.

Sin embargo, extrañamente se dictaron fallos contradictorios sobre la excepción de litis pendencia y la Corte Suprema en resolución de carácter obligatorio de 8 de marzo de 1990, se pronunció en el sentido de que tal excepción debe necesariamente oponerse, al tiempo de contestar la demanda, para que pueda ser considerada en sentencia (R.O. No. 412, Abril 6, 1990).

Las excepciones perentorias más comunes son las que "tiene(n) por objeto sostener que se ha extinguido la obligación por uno de los medios expresados en el Código Civil, y la cosa juzgada" (art. 105). De esta somera enunciación parecería deducirse que nuestra ley no considera a la oposición negativa o negativa total o a la inexistencia del derecho exigido o a la denominada "falta de derecho" como una excepción, puesto que da a entender que las excepciones requieren nuevos hechos o circunstancias que alteren situaciones jurídicas anteriores.

Todas las excepciones, tanto dilatorias, como perentorias, deben proponerse al tiempo de contestar la demanda, esto es, dentro del término previsto por la ley para hacerlo, que es de quince días para el proceso ordinario (art. 406) y tres días para los ejecutivos (art. 431). En los procesos cautelares no existe contestación a la demanda, puesto que el único objetivo es el examen de los hechos que el actor invoca para lograr el secuestro, prohibición de enajenar, retención o prohibición de abandonar el país (aplicable exclusivamente para extranjeros que no tienen bienes raíces). En los procesos verbales sumarios, la contestación se propone en la audiencia de conciliación (art. 848). En los procesos por controversias derivadas de la Ley de Contratación Pública, la contestación debe presentarse dentro del término de veinte días (art. 114). Igual término tienen el Estado y las instituciones pública para contestar toda demanda que en su contra se proponga (art. 15 Ley Orgánica del

Ministerio Público). En el proceso para apeo y deslinde o sea para demarcación y fijación de linderos, tanto la demanda como la contestación se producen después de la inspección inicial, la presentación de títulos y el informe pericial (art. 682).

La contestación a la demanda, en cualquier clase de proceso, puede reformarse hasta que se abra la causa a prueba (art. 108). Naturalmente, si no se ha contestado la demanda cabe reformar la negativa simple que ello implica, hasta que se abra la causa a prueba, lo cual, naturalmente, no se aplica al proceso ejecutivo, puesto que si no se presentan las excepciones en tres días, el juez tiene la obligación de dictar sentencia. Empero, presentadas las excepciones en ese término, cabe que se las reforme hasta que se abra la causa a prueba. Extrañamente, empero, la ley impide que se presenten nuevas excepciones dilatorias.

Las excepciones, tanto dilatorias, como perentorias, deben ser, por un lado, ser congruentes con el resto de la contestación y, por otro, no pueden ser contradictorias. Así no cabría alegar inexistencia de la obligación demandada por ser nulo el contrato que le dió supuestamente origen y oponer la excepción de pago o solución. Por ello, se debe cuidar del debido razonamiento lógico entre las excepciones. En muchas ocasiones será necesario oponer excepciones subsidiarias o enfrentarlas con algunas de las pretensiones del demandado.

Así como el juez debe calificar la demanda, en el aspecto formal y cuidar que sea clara y precisa, de igual modo la ley le obliga a calificar la contestación. Si el juez halla que la contestación no reúne la exigencia legal, debe ordenar que se la complete o aclare (art. 106). Sin embargo no se señala ningún efecto para el caso de que el demandado no cumpla con esta disposición. Parecería que la consecuencia ha de ser la de considerar como no presentada la contestación o sólo estimar que existe en aquella parte que el juez no la ha objetado.

Se ha notado, sobre todo en algunos juzgados de Quito, que los jueces, especialmente en los procesos verbales sumarios no realizan esta calificación. Tal omisión, empero, no es de aquellas que acarrea la nulidad. Es deseable que exista claridad y precisión en la litis contestatio, puesto que sobre ella deberá decidir el juez.

I V.- Las pruebas.-

"Un derecho que no puede ser probado es un derecho similar al inexistente." Este aforismo demuestra, por sí solo, la trascendencia de la prueba judicial. Si las partes, en la demanda y en la contestación, han establecido lo que cada una de ellas cree que debe ser la legal resolución de la controversia, en el período de prueba tienen que aportar al juez aquello que este desconoce: los hechos.

Lo técnicamente racional es que la prueba se enuncie y solicite previamente y se la reciba y practique en la audiencia. El Decreto-Ley No. 25 (R.O. No. 255, Agosto 22, 1985), que reformó la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas buscó introducir en el país esta fórmula lógica. Desafortunadamente los jueces encargados de llevarla a ejecución no la comprendieron ni entendieron y la desnaturalizaron por completo. Convirtieron a la audiencia oral de recepción y práctica de pruebas en una audiencia en que las partes se limitaban a solicitar pruebas³³. Esta absurda práctica condujo a que se introdujera en la Ley de Contratación Pública (R.O. No. 501, Agosto, 16, 1990) la norma constante en el art. 114 según la cual en la audiencia oral concurren las partes a "solicitar" las pruebas, las cuales se practican en el plazo de noventa días.

El Código Uruguayo establece una audiencia preliminar y una audiencia complementaria. En la audiencia preliminar, el actor contesta las excepciones y el demandado, las excepciones opuestas por el actor a la reconvencción; se reciben las pruebas sobre las excepciones previas, si fuere necesario; se resuelven las excepciones procesales previas, mediante sentencia interlocutoria, y se fija definitivamente el objeto del proceso y de la prueba, receptándose la prueba que pueda diligenciarse en la misma audiencia y acordándose lo necesario para que se diligencien en la audiencia complementaria las pruebas que no se hubieren recibido en la

33. Se daban casos en los cuales las partes llevaban escritas sus exposiciones, el actuario las transcribía y luego firmaban un acta. Posteriormente, el juez (en muchas ocasiones el Presidente de la Corte Suprema de Justicia) ordenaba la práctica, en forma totalmente inorgánica de las diligencias solicitadas. Cuando intervine como defensor en una de estas causas (Mena Atlas Quito C.A. v. Consejo Provincial de Pichincha) intenté que se cumpliera la ley, pero extrañamente se me pidió que me limitara a dictar palabra por palabra lo que deseaba exponer, esto es que manifestara la prueba que solicitaba que se actuara e informara sobre la prueba documental que presentaba. Las pruebas no se practicaron en la audiencia sino posteriormente. Yo había pedido que concurriera un perito para que fuera examinado en la audiencia, tal como lo establecía la ley, pero obviamente se negó la posibilidad de receptor pruebas en la audiencia, en contravención de la ley.

preliminar. En la audiencia complementaria se recibe toda la prueba y se oye a los peritos y testigos. Se agregan todos los informes y documentos recibidos. El tribunal decide sobre el rechazo o admisión de prueba controvertida escucha los alegatos de las partes y se retira a deliberar para dictar sentencia de inmediato, cuyos fundamentos puede expresarlos en los quince días siguientes (arts. 340 y 343)³⁴.

Nuestro Código de Procedimiento Civil contiene un sistema arcaico, derivado del Derecho Colonial y empeorado por una práctica totalmente defectuosa de abogados, jueces y actuarios.

En efecto, se mantiene la prueba escrita. Inclusive la prueba que, por esencia, debería, al menos, ser oral, como es la testimonial, es escrita. El sistema se corrompe aún más cuando se exige, inclusive, que las repreguntas sean escritas y formuladas de antemano y cuando se limita, inconstitucionalmente, el número de preguntas a treinta (arts. 223 y 224)³⁵.

En la práctica, al menos en Quito, el juez no concurre ni presencia las declaraciones de testigos ni los interroga, como es su obligación (art. 223). La ley ordena que el testigo que no comparece a declarar sea compelido por la fuerza pública (art. 227). Sin embargo los jueces estiman que no pueden dar cumplimiento a esta norma cuando ya ha concluido el término de prueba.

La prueba debe solicitarse, ordenarse y practicarse dentro del término respectivo, que es de diez días en el proceso ordinario, seis en el ejecutivo, tres en el preventivo y seis en el verbal sumario (arts. 414, 443, 917, 851). Empero, es práctica reiterada que la prueba se solicita y se ordena dentro del término, pero se la practica fuera de él, con excepción de la testimonial.

El objeto de la prueba son solamente los hechos controvertidos, es decir aquellos que han ingresado al contradictorio. No ingresan los aceptados por las partes, esto es aquéllos sobre los cuales éstas guardan conformidad.

34. Ob. Cit., 155-159.

35. Se ha llegado al extremo de aplicar la prohibición de formular más de treinta preguntas (prohibición contraria al de derecho de defensa previsto en la Constitución), inclusive al proceso penal, que es esencialmente investigativo, con graves atentados a los derechos del sindicado.

Forman parte del contradictorio los hechos afirmados por el actor y negados por el reo³⁶.

Las pruebas se guían por los principios de constitucionalidad, pertinencia, publicidad, oportunidad o eventualidad, legalidad y racionalidad. En virtud de la constitucionalidad de las pruebas, los jueces deben abstenerse de admitir evidencia obtenida en contra de cualquiera de los derechos individuales reconocidos en la Constitución y, sobre todo, de fallar sobre la base de dichas pruebas. Así, no puede utilizarse en juicio una grabación de cualquier clase que ha sido obtenida sin información de la parte contra la cual se va a usar o como consecuencia de la violación del secreto de la comunicación³⁷. Tampoco puede usarse ni constituir base para la sentencia prueba obtenida en violación del domicilio o por medio de torturas u otros medios atentatorios a la persona. En razón de la pertinencia, los jueces deben abstenerse de ordenar pruebas que no tengan que ver con el asunto litigioso. Este principio, constante en el art. 120 es violado reiteradamente en los procesos y, por ello, se practican una serie de diligencias probatorias que nada tienen que ver con la controversia³⁸. En razón de la publicidad, prevista tanto en la Constitución (art.96) para los procesos en general, cuanto en el CPC para la prueba en particular (art. 124), a la prueba tienen derecho de concurrir las partes y ha de practicarse luego de notificación a la parte contraria (art. 123³⁹). La oportunidad impone que la prueba se solicite, ordene y recepte dentro del término establecido (art. 121). Sin embargo, los jueces pueden ordenar de oficio, en cualquier momento, pruebas que estimen necesarias para el esclarecimiento de la verdad (art. 122). Esta facultad pueden ejercerla en cualquier instancia, antes de dictar sentencia, en

36. Troya Cevallos Alfonso, "Elementos de Derecho Procesal Civil", Universidad Católica, Quito, Tomo II, 1976, 384.

37. Por ello, en ningún caso podía utilizarse una grabaciones obtenidas, en violación de la Constitución, por una productora de televisión, que se la usó contra dos honestos jueces de Quito.

38. Por ejemplo, en un juicio de recusación contra un juez (Finandes v. Juez Décimo Segundo de lo Civil) por no haber despachado la causa en el triple del término legal, se solicitó declaración de testigos, residentes supuestamente fuera del lugar del juicio, para demostrar que el juez no había despachado una petición procesal.

39. Este principio sufre muchos quebrantos por la corrupción del sistema de notificaciones y por la costumbre judicial de ordenar las pruebas el último día del término y por la práctica de los abogados de solicitarla tardíamente

cualquier clase de procesos. La legalidad impone que la prueba se actúe en la forma que la ley establece para que sea válida, esto es que las solemnidades establecidas se cumplan, sin que, en principio, le sea factible al juez apartarse de las disposiciones legales con referencia a la forma como se han de practicar las diligencias probatorias (art. 121). Por último, en virtud de la racionalidad, se han de tener por probados los hechos notorios ⁴⁰, no se requerirá prueba acerca de los hechos admitidos por las partes y la carga de la prueba le corresponderá a quien afirma, puesto que los hechos negativos son físicamente imposible de probarse (art. 117) y el juez debe valorar la prueba en su conjunto, según las reglas de la sana crítica (esto es del sentido común), sin perjuicio de las solemnidades exigidas por la ley para la validez de los actos y contratos, las cuales no pueden ser ignoradas por el juez⁴¹.

Ya he señalado, en cuanto a la oportunidad, que la mayor parte de las pruebas, especialmente las inspecciones, presentación de grabaciones, pericias, traducciones, se realizan, en la realidad, fuera del término de prueba. Sin embargo, tienen que conducirse el día y hora fijados por el juez. De lo contrario no tienen valor. La Corte Suprema de Justicia, en resolución de 22 de julio de 1913, al absolver una consulta, estableció el criterio de que la confesión judicial puede solicitarse y ordenarse, en segunda instancia, en cualquier clase de juicios, inclusive en aquellos que deben resolverse según el mérito de los autos⁴².

En cuanto a la prueba testimonial, se ha decidido que si se ha practicado) fuera de término "es absolutamente ineficaz" puesto que "el principio de legalidad que preside todas y cada una de las fases del juicio civil forzosa y necesariamente debe aplicarse a las pruebas que en apoyo de su derecho aporten al proceso los contendientes y deben aplicarse con sujeción estricta a las prescripciones específicas

40. Entre los hechos notorios no sólo se encuentran aquellos que son de conocimiento general sino también aquellos que, por razón del propio oficio del juez, son conocidos por él. Por ello no cabe que en juicio por daños y perjuicios contra un juez en funciones, del distrito respectivo, el Presidente de la Corte Superior, exija, como lo hizo en un caso (Gillian Garner v. Juez Décimo Segundo de lo Civil).

41. En tal virtud, por ejemplo, el juez no puede, como lo hizo el ex-Juez Segundo de lo Civil de Quito (Ingeborg Rossova v. Fundación Amigos del Ecuador y otro) declarar la validez de un testamento cerrado, si procesalmente se demuestra, inclusive por el reconocimiento expreso del demandado y de los testigos instrumentales, que el testador no presentó el pliego cerrado ni declaró de viva voz que en él se encontraba el testamento, como lo exige el ar. 1083 del Código Civil.

42. G.J. XI, 10,1470, 1471.

de cada una de ellas"⁴³. Sin embargo, también se ha resuelto que "si bien la prueba testimonial solicitada mediante comisión al juez de lo civil con residencia en Guayaquil, ha sido actuada fuera del término extraordinario de dos días contados a partir de la fecha de remisión de la aludida comisión...por el criterio judicial de equidad, que en el presente caso es indispensable su aplicación para evitar que queden sacrificados los intereses de la justicia por sólo la falta de las formalidades legales, la Sala estima necesario analizar la prueba actuada por la actora en la presente litis"⁴⁴. Empero, también se ha resuelto, en un caso en que la petición de prueba fue despachada por el juez, a pesar de haberse presentado dentro del término, fuera de él que solamente la prueba debidamente actuada hace fe en juicio. Por más que la Constitución Política en actual vigencia establezca que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades, los términos y las disposiciones procesales que los fijan pertenecen al orden público y no puede el juzgador pasar por alto esos preceptos, especialmente en materia de prueba; porque hacerlo significaría mantener sub-judice indefinidamente a los justiciables, lo cual no permite ningún sistema procesal"⁴⁵. Es contrario, ciertamente, a la justicia que no debe sacrificarse, el que por negligencia del juez (como en el caso mencionado) que no atiende la solicitud oportunamente presentada por una de las partes, se ignore una prueba que puede ser determinante. En mi opinión, en este último caso, o debió analizarse la prueba o debió decretarse la nulidad procesal, de oficio, con el fin de dar oportunidad a una actuación legal de la prueba, puesto que el derecho de defensa, por norma constitucional, no puede ser sacrificado.

43. Filadelfio Checa v. María Clementina Méndez, Corte Suprema, 1a. Sala, Abril 17, 1979. Espinosa, Galo, "Diccionario de Jurisprudencia de la Corte Suprema", 2a., II, 486.

44. Ana Lucrecia Guayanlema v. Antenor Salórzano Arias, Corte Suprema, 3a. Sala, Junio 18, 1980, Id., 486, 487.- Sin embargo, un año y medio después, la misma Sala resuelve en sentido exactamente contrario: "En el presente juicio la estación probatoria de seis días, abierta en la audiencia de conciliación, comenzó a decurrir el 9 de julio de 1981 y terminó el viernes 17 de dichos mes y año...El actor solicitó prueba el 17 de julio de 1981 a las 2:45 minutos de la tarde; en providencia de 21 de julio de 1981, esto es fuera del término probatorio, (el juez) acepta en parte la solicitud y dispone que el peticionario "aclare con precisión lo que pide: si inspección judicial o exhibición de libros, y qué parte de los mismos, para proveer al respecto". El escrito aclaratorio se presenta el 27 de julio de 1981 y la prueba se ordena sólo el 29 de julio del mencionado año. Por consiguiente, el actor no ha probado los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda".

(Fausto Aníbal Cañas v. La Previsora Banco Nacional de Crédito, Corte Suprema, 3a. Sala, Enero 19, 1983.- Espinosa, Galo, Id., 2a., VI, 560).

45. Luis Alfredo Vélez v. Teodoro Alvarado Vera, Corte Suprema, 5a. Sala, Agosto 29, 1980, Id., 486.

La Modernización en la Seguridad Social

Dr. Jorge Dousdebés C. ()*

Es de conocimiento general la polémica que ha suscitado el término "modernización", cuyo contenido es todavía impreciso y controversial. El significado y alcance que se ha pretendido darle varía de un país a otro y de una a otra doctrina sobre el papel del Estado y de las entidades públicas. De todas maneras podemos afirmar que el término encierra la idea de que algo debe cambiar en la organización y administración del Estado de tal modo que deje de regir o, al menos, que se mejore aquello que hasta el momento ha estado rigiendo y que es considerado obsoleto e inconveniente.

La Seguridad Social no sólo que no ha podido escapar de una tendencia de esta naturaleza, sino que es una de las áreas más importantes que se consideran en los programas y planes de modernización; pero, es necesario saber lo que debe ser y en qué debe modernizarse la Seguridad Social. A este efecto, la respuesta dependerá del sistema de Seguridad Social que en cada país exista. Así, por ejemplo, si en un país existe un sistema de Seguros Sociales, hablaríamos de modernización si de este sistema se pasa a uno de "Seguridad Social" con la connotación que éste tiene de ser un paso adelante respecto de aquellos, en cuanto comprende a todos los sectores de la población e incluye una protección integral del hombre como tal. Si nos referimos a lo recientemente enunciado, encontramos que la modernización de la Seguridad Social se ha concebido como "privatización", expresando con esto el afán de que el sistema de seguros sociales o de Seguridad Social vigente sea desplazado, de los organismos de derecho público que actualmente lo aplican y administran, hacia entidades y empresas del sector

(*) - Ex-Profesor de Seguridad y Riesgos del Trabajo - PUCE
- Ex-Procurador del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social

privado. Aún más, en el Ecuador y otros países se ha identificado este concepto de privatización en la Seguridad Social ecuatoriana con el modelo implantado en Chile en la década de los ochenta, de manera que es muy frecuente que, al tratar de la privatización ecuatoriana, se discuta y controvierta respecto del modelo chileno.

A efecto de realizar una apreciación acerca de la procedencia y de las dificultades que podrían presentarse en un plan de modernización de la Seguridad Social en el Ecuador, es conveniente partir de una sucinta revisión de este sistema en el contexto histórico de nuestra época, y, naturalmente, en nuestro país.

1.- Los Seguros Sociales:

Se ha dicho que "la inseguridad en el aspecto material de la vida es algo añejo a los hombres, aunque con mayor o menor intensidad según las épocas y las condiciones individuales de cada uno" (Alfredo Bowen Herrera, "Introducción a la Seguridad Social", pág 91).

Es en la edad contemporánea cuando ese estado de "inseguridad" se hace más patente y agudo. La revolución industrial, generada por la aparición y perfeccionamiento de la máquina y el auge del capitalismo, cambian las estructuras sociales con el desplazamiento de la población del campo hacia los centros industriales y dan lugar a lo que se llama la "proletarización de las masas". El trabajador, sujeto al libre juego de la oferta y la demanda en la libre competencia del mercado de trabajo, resultó siendo la parte más débil; su salario, siempre insuficiente para la atención de las necesidades propias y de la familia, no le permitía hacer reservas para cuando la enfermedad, la invalidez, la vejez, la desocupación y más contingencias a que se hallaba expuesto, le privaran de su único medio de vida. De otro lado, las condiciones de trabajo en medios insalubres, la exposición a los peligros de la máquina, las jornadas agotadoras sin descansos adecuados, agudizaron los riesgos y agravaron sus consecuencias.

Esta situación que llegó a denominarse la "cuestión social", no pudo menos que determinar una reacción de los pueblos en los países que se habían industrializado, dando origen a movimientos sociales y políticos y a doctrinas que buscaban la implantación de un régimen de "justicia social". Los Gobiernos se vieron avocados a impetuosos movimientos sociales que amenazaban en todas partes echar abajo "el orden" constituido. La Iglesia Católica, por la voz universal de León XIII, lanzó la famosa Encíclica Rerum Novarum que dió origen a la doctrina social de la Iglesia, desarrollada y perfeccionada luego por todos los Pontífices, hasta nuestros días.

Se había creído que el libre juego de las fuerzas económicas era suficiente para hacer brotar el orden y la justicia en la sociedad. El máximo ideólogo de esta teoría -Adam Smith- preconizaba en 1776 que "basta con que en el mercado se deje a cada hombre actuar con arreglo a su más acerado egoísmo en busca de lucro, para que, providencialmente y como guiada la sociedad por una "mano invisible", nazcan de ese egoísmo individual el bienestar y el progreso colectivo". Las doctrinas sociales que reaccionaron contra este estado de cosas dijeron todo lo contrario: que era menester regular el orden económico, limitar la libertad de contratación en el campo del trabajo, proteger al trabajador, garantizar su salario, imponer obligaciones al empleador, hacerle responsable de ciertos infortunios laborales. Surgen entonces las leyes reguladoras del trabajo, que abandonan el principio individualista de la "autonomía de la voluntad" para regirse por el de la "irrenunciabilidad" de los derechos y por el "proteccionismo del Estado".

Estos antecedentes económicos y sociales, unidos al interés de los Gobiernos de los Estados de precaver las convulsiones sociales, determinaron a fines del Siglo XIX la aparición de los Seguros Sociales en Alemania, destinados a proteger a los trabajadores de los riesgos a que estaban expuestos. Tomaron del Seguro privado sus principios técnicos y matemáticos de la "probabilidad" del riesgo para calcular su financiamiento, pero hubo de añadirse un elemento indispensable: la OBLIGATORIEDAD sin el cual no puede haber SEGUROS SOCIALES. La obligatoriedad supone necesariamente la intervención de la fuerza coercitiva del Estado y, por eso quedan los Seguros Sociales indisolublemente ligados a la intervención estatal.

Los SEGUROS SOCIALES significan un avance en las técnicas de protección contra las contingencias sociales. Estos se extenderían a todos los países en pocos años e irían reemplazando a las técnicas elementales y primitivas de protección, tales como el ahorro privado y voluntario, los gremios, la beneficencia, las mutualidades, etc.

2.- La Seguridad Social:

Posteriormente la SEGURIDAD SOCIAL surge en la postguerra de la Segunda Guerra Mundial, cuando los líderes del Mundo Occidental preconizaron, como condición esencial para la paz mundial, el mantenimiento de un estado de bienestar social y para ello proclamaron su propósito de "conseguir para todos mejoras en las normas de trabajo, prosperidad económica y SEGURIDAD SOCIAL" (Carta del Atlántico, 1942). Este propósito fue recogido en Inglaterra por el famoso Plan que lleva el nombre de su ilustre autor -

Sir William Beveridge- quien se propuso, como lo expresa en su célebre informe presentado al Gobierno, "convertir las dos últimas palabras empleadas en la Carta del Atlántico: "Seguridad Social", en hechos. En dicho Plan se parte de la consideración de que "el sistema de protección a los asalariados con técnicas del seguro es insuficiente desde el punto de vista de las personas cubiertas y de los riesgos incluidos"; que "la colectividad es responsable de un mínimo social al que todos tienen derecho" y que "cuando se produce uno de los riesgos clásicos el individuo adquiere automáticamente el derecho a una prestación calculada sobre la base de un mínimo social sin que tenga que presentar la prueba de la indigencia. Esta prestación es uniforme para todos".

Cabe anotar que muchos sistemas de Seguros Sociales conformados bajo los moldes clásicos comenzaron a modificarse bajo estos principios, haciendo jugar cada vez en mayor medida el elemento de la SOLIDARIDAD NACIONAL y reemplazando el concepto de "reparación del riesgo" por el de "satisfacción de la necesidad".

Bajo los principios de la Seguridad Social se observa la tendencia a ampliar los sistemas de prestaciones clásicas de sentido estrictamente "reparativo" con otras de carácter preventivo, particularmente en el campo de la salud, y a mejorar la protección con la implantación de los denominados "servicios sociales", cuyos objetivos "se encaminan a completar las prestaciones sanitarias y económicas y a satisfacer las necesidades de asistencia a nivel individual, en todos los casos en que las necesidades generales de protección son insuficientes o inadecuadas" (María Alonso "Los Servicios Sociales y la Seguridad Social", RISS Nº 6). Muchos de tales servicios son más importantes que las prestaciones clásicas de los Seguros Sociales que se limitan a reparar la pérdida del ingreso del trabajador por alguna de las contingencias sociales. Así, el servicio de rehabilitación física y de rehabilitación profesional para un inválido, es más importante que concederle una pensión de invalidez, pues, con aquellos se consigue devolver un elemento útil a la sociedad restituyéndole la capacidad de trabajo, en tanto que la pensión apenas le procura un ingreso sustitutivo del salario, por lo general insuficiente. Lo mismo podemos decir, con la autora citada, de un servicio de reorientación profesional para los desempleados, acaso más importante que un seguro de paro. En el campo jurídico estas doctrinas han dado lugar al reconocimiento del "derecho a la Seguridad Social" como uno de los derechos fundamentales del individuo, por su dignidad de tal, como individuo de la especie humana y no tan sólo como trabajador. Es un derecho subjetivo que

se añade a los derechos tradicionalmente reconocidos al individuo, y vendría a ser una derivación del "derecho a la vida", estimándose que no es suficiente tan sólo el respeto y la garantía de la conservación de ésta, sino además, el mejoramiento de la calidad de la vida. Esta doctrina la vemos confirmada en lo que se ha denominado "la constitucionalización de la Seguridad Social" y que no es otra cosa que el reconocimiento expreso de ese derecho individual en las Cartas Políticas de los Estados, Ejemplo de ello es la declaración del Artículo 149 de la Constitución Política del Ecuador de 1945, del Artículo 65 de la de 1967 y del Artículo 29 de la actualmente vigente.

En correlación con este derecho subjetivo del individuo, hallamos recíprocamente el deber del Estado de garantizarlo y satisfacerlo, como lo han consagrado los mismos preceptos constitucionales ya citados.

Los principios doctrinarios que informan este nuevo concepto de la Seguridad Social son: UNIVERSALIDAD: Protección para todos; INTEGRIDAD: contra todos los estados de necesidad; SOLIDARIDAD: de la sociedad toda y no solamente de clase o profesión y UNIDAD: un solo sistema y principios, aunque haya variedad de entes gestores.

La excelencia de los principios y tendencias anteriormente anotados no puede ser discutida, como tampoco que la única forma de aplicarlos a cabalidad es con un sistema estatal de Seguridad Social; pero, pese a ello, aún los sistemas clásicos de Seguro Social basados en el modelo alemán se han ido deteriorando, particularmente en los países del tercer mundo, a tal punto que la población tradicionalmente protegida ha visto cómo se reducen las prestaciones y los servicios. Esto ha ocasionado un desprestigio creciente de las Instituciones encargadas de la aplicación de los Seguros Sociales y ha suscitado reacciones adversas de la población que reclama una mejor protección. Los gobiernos han contribuido a este desprestigio, porque, lejos de buscar un perfeccionamiento de los sistemas y una más eficaz administración, han utilizado los fondos de la Seguridad Social como una fuente de financiamiento de gastos absolutamente ajenos a la finalidad del sistema.

Es precisamente esta situación la causa de que hayan aparecido movimientos adversos a las Instituciones públicas administradoras de la Seguridad Social, para buscar el remedio a esa anómala situación en la transferencia de su cometido a entidades del sector privado.

3.- La Privatización:

En América Latina los primeros países que han iniciado una transformación de sus sistemas tradicionales hacia la privatización del Seguro Social son Chile, en el año de 1980, mediante Decreto Ley N° 3500; Argentina, mediante Ley N° 24241 de septiembre 23 de 1993, denominada "Ley Nacional de Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones" y, últimamente, Perú, mediante Ley del Sistema Nacional de Pensiones. Al momento se está debatiendo en Bolivia sobre la privatización de los servicios del Seguro Social, a través de diversos mecanismos de administración privada.

El modelo previsional chileno es el que han adoptado con ciertas variaciones Argentina y Perú: Se trata en esencia de un sistema de pensiones en los casos de vejez, invalidez y muerte (sobrevivientes), financiado bajo el sistema de capitalización individual, vale decir, de un ahorro obligatorio que, acrecentado con sus intereses, sirve para acumular un fondo con cargo al cual se pagan o se financian las pensiones en cada uno de dichos riesgos. Las entidades autorizadas para este sistema se denominan en Chile "Administradoras de Fondos de Pensiones" (AFP) y están organizadas como compañías anónimas con un capital mínimo que fija la Ley y que es independiente del Fondo de Pensiones propiamente dicho que proviene del aporte de los afiliados. Estos tienen plena libertad de escoger la AFP que consideren más ventajosa así como de cambiarse de una a otra. En el sistema chileno subsisten las instituciones estatales de previsión, cuyos afiliados podían optar entre quedarse en estas instituciones o pasarse a una de las AFP hasta dentro de un plazo de cinco años. Concluido ese plazo, los antiguos afiliados quedaban permanentemente en la institución anterior, pero los trabajadores que iniciaban su vida laboral solamente podían afiliarse en las AFP. En el caso argentino subsisten paralelamente el antiguo sistema estatal con el nuevo sistema de las Asociaciones de Pensiones, quedando reservada a las instituciones estatales, o sea, al "Régimen Previsional Público" la concesión de una prestación básica universal a favor de las personas que hubieren cumplido un límite de edad y tiempos de aportaciones determinados en la Ley. En el sistema peruano se ha aplicado el modelo chileno, pero las AFP coexisten con el Seguro Social Público. Las prestaciones de salud y de riesgos del trabajo se mantienen en las antiguas instituciones públicas bajo leyes y sistemas diferentes.

Hecha esta sucinta descripción del sistema en los regímenes privatizados, cabe preguntarse acerca de la posibilidad de establecer en el Ecuador un régimen semejante. Se ha venido enunciando el

propósito de hacerlo, especialmente desde el Consejo Nacional de Modernización, utilizando como el único medio de remediar la deficiencia de los servicios del actual Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y poner fin a su desorganización y burocratización administrativa. Parece que no preocupan la diversa realidad demográfica y económica de la población económicamente activa ecuatoriana, respecto de la de los países pioneros de las privatizaciones y tampoco los aspectos financieros en relación a cada una de las prestaciones.

El primer escollo para tales propósitos encontramos en la Constitución Política de la República y en la Ley del Seguro Social Obligatorio. La Constitución establece el derecho de todos los ecuatorianos a la Seguridad Social que comprende el Seguro Social que debe aplicarse "mediante una institución autónoma", bajo administración tripartita, esto es, con representantes del Estado, de los empleadores y los asegurados y con fondos y reservas propios y distintos de los del Fisco. La institución encargada de aplicar el régimen de Seguridad Social (I.E.S.S.), según la Constitución es una entidad del sector público que goza de autonomía. Similares disposiciones contiene la Ley de Seguro Social Obligatorio la que además establece la afiliación obligatoria para distintos sectores de la población económicamente activa, bajo diversos regímenes de aseguramiento y prestaciones.

Es obvio que para la privatización, es forzoso reformar la Constitución y la Ley.

Aparte de los inconvenientes de orden jurídico antes anotados, algunos otros se presentan en el Ecuador para una privatización al estilo chileno ya en el ámbito de la población ya también en el de los servicios y prestaciones. Pudieran establecerse sin mayor dificultad entidades privadas a manera de las AFP chilenas, pero éstas tendrían que afrontar problemas como el de la recaudación en caso de mora del empleador, tan generalizada en nuestro país. En el régimen chileno se ha otorgado a las AFP, la potestad de cobranza coactiva, propia de los entes gubernamentales. En nuestro país parece que este árbitro no sería muy sencillo por la tradición constitucional de que dicha jurisdicción es especial y privativa de los entes públicos.

De ninguna manera creemos que deben privatizarse las prestaciones de salud, pues, si bien la medicina privada acaso es más eficaz en el aspecto curativo, su costo es varias veces mayor que el de la atención que puede dispensarse en la Institución pública. Hay además otros inconvenientes muy serios, como son, por ejemplo,

la posibilidad de fraudes en los diversos actos médicos de libre escogencia del asegurado, como ya ha ocurrido en otros países. Tratándose de las prestaciones por riesgos del trabajo, la privatización no sería posible, pues allí es indispensable una previa calificación de la naturaleza laboral del siniestro, lo cual no puede hacerlo con carácter obligatorio una empresa privada.

En lo que respecta a la población campesina diseminada en todo el territorio nacional, el Seguro Social estatal es el único que puede realizar el importantísimo aspecto preventivo y una eficiente distribución de la atención médica, con un sistema de asignación de la población a determinados centros debidamente distribuidos, a fin de que el campesino y los trabajadores agrícolas no estén obligados a trasladarse a centros médicos urbanos.

Como conclusión, debe dejarse de lado un plan de modernización bajo modelos ya establecidos en otros países de América Latina. Lo que procede realizar es una aplicación de la Ley de Modernización con otros previstos en la misma Ley, a saber: la racionalización y simplificación de la estructura administrativa y económica del IESS y la descentralización y desconcentración de los servicios. Mas, para lograr una organización financiera eficiente que libre al IESS del colapso económico, serán menester dos acciones inmediatas:

- a) Los estudios financieros de cada rama de seguro, a efecto de determinar los niveles de ingresos necesarios; y.
- b) La solución de la deuda del Estado, incluyendo en ella la descongelación de fondos improductivos en el Banco Central.

Si enfocamos la modernización de la seguridad social en relación a la población no asalariada, conocidos actualmente con el nombre de "informales", es absolutamente impensable la posibilidad de privatización. En este caso, la verdadera modernización consistiría en aplicar sistemas que permitan incorporar esa población a base de organizarla en entes colectivos que sirvan de nexo entre la población protegida y la Institución gestora, pero, en ningún caso, por el sistema de afiliación voluntaria, como el que existe actualmente en nuestra legislación, pues, como se ha dicho, el Seguro Social es obligatorio o no es Seguro Social.

Los salarios y su unificación

Dr. Alfredo Corral Borrero ()*

La estructura salarial existente en el país constituye un verdadero caos. Se suponía, cuando se creó la figura del Salario Mínimo Vital, que éste sería, como su nombre lo indica, suficiente para que el trabajador satisfaga sus más apremiantes necesidades personales y familiares. Pronto se constató que ello no aconteció, por la insuficiencia de tal salario, y fueron creándose, paulatinamente, otros componentes remuneratorios, tales como bonificación complementaria, compensación al incremento del costo de vida, compensación por transporte, los décimos tercero, cuarto, quinto y sexto sueldos, etc., cuyo cálculo, forma y época de pago difieren entre sí, determinando la existencia de una maraña de retazos salariales complicada e inconveniente, tanto para quienes deben pagarlos: los empleadores, como también, y sobre todo, para quienes tienen derecho a percibirlos: los trabajadores.

Dicha estructura salarial ha determinado que el salario mínimo vital, por estar anclado a las finanzas públicas, no haya sido incrementado suficientemente en forma periódica, en respuesta a la demanda y necesidades de los trabajadores. Su impacto en el Presupuesto General del Estado, a más de otras razones, ha determinado que la remuneración se haya incrementado en otros de sus componentes, acentuándose la diversificación, quedando al salario mínimo como instrumento distorsionador y falso, pues ni es mínimo ni es vital. En 1980 tal salario fue de 4.000 sucres y las remuneraciones adicionales constituían un cincuenta por ciento: 2.000 sucres, representando un treinta por ciento del total: 6.000 sucres. Actualmente el salario mínimo vital general es de 70.000 sucres y las remuneraciones adicionales mínimas suman 207.000 sucres, constituyendo un trescientos por ciento, representando apenas un veinte y cinco por ciento del total mínimo: 277.000 sucres.

(*) Ministro de Trabajo y Recursos Humanos

Una política salarial acertada debe estar dirigida a implementar en el país, a mediano plazo, un salario justo, con el cual pueda el trabajador satisfacer con dignidad y decoro sus necesidades personales y familiares. Para profundizar en tal política es indispensable reformar la estructura salarial existente, a fin de simplificar y convertirla en un instrumento de fácil comprensión y aplicación.

El proyecto de ley elaborado en el Ministerio de Trabajo, luego de haber recibido sugerencias y recomendaciones de varios sectores y el importante apoyo de la opinión pública, establece la existencia de un Salario Unificado, reuniendo y sumando los siguientes componentes: salario mínimo vital, bonificación complementaria, compensación al costo de vida y los décimos quinto y sexto sueldos. Acogiendo insistentes pedidos, se mantienen vigentes, sin unificarse, los décimos tercero y cuarto sueldos, que seguirán pagándose en época de Navidad y de matriculación escolar, en su orden.

El proyecto rompe y termina con el sistema de anclaje e indexación que ha existido en torno al salario mínimo vital y determina que los beneficios remuneratorios sólo podrán establecerse en cantidades absolutas, permitiendo que el salario unificado, liberalizado, pueda ser incrementado significativamente en forma periódica, aplicando una política dinámica y equitativa. Se ha mencionado que la prohibición de la indexación atenta contra el principio de la autonomía de la voluntad y de la consecuente libertad contractual, pero, desde hace mucho tiempo, aquel principio no rige en el mundo ni en nuestro país en forma absoluta, existiendo limitaciones indispensables en diferentes campos, con mayor razón en el social laboral, y si la limitación propende a que en el futuro el salario pueda ser incrementado conveniente y significativamente, tal limitación es indispensable y beneficia a la mayoría de trabajadores, que no están bajo el esquema de la indexación y que, sin embargo, no pueden recibir incrementos remuneratorios por impedir el actual sistema. Además, como queda explicado, se permite el establecimiento de mejoras remuneratorias convenidas entre las partes en cantidades absolutas, que podrán incrementarse periódicamente en los contratos que vayan sucediéndose.

Con el proyecto de Unificación Salarial se simplifica y facilita el cálculo de las remuneraciones, se mejora el ingreso mensual y la planificación del gasto familiar, y especialmente, se evitará la evasión salarial que lamentablemente existe en amplios sectores, por incumplimientos en el pago de todos y cada uno de los componentes existentes en leyes y normas dispersas, o en el monto mínimo de ellos.

Demás esta decir que el proyecto recoge todos los derechos de los trabajadores, sin conculcarlos, ni disminuirlos.

A fin de no causar impacto súbito a las finanzas públicas, ni al sector privado, el proyecto otorga al Consejo Nacional de Salarios -CONADES- conformado en forma tripartita por: Gobierno, empresarios y trabajadores, la facultad de establecer escalas anuales para el cálculo de aportes al IESS, décimo tercer sueldo, fondo de reserva, jubilación patronal, etc.

El actual Gobierno, presidido por el señor arquitecto Sixto Durán Ballén, recibió el país en agosto de 1992, con una remuneración mínima mensual de 107.367 sucres, habiéndola incrementado, a Julio de 1994, a 277.332 sucres, lo que implica un incremento nominal de 158%. Paralelamente se ha combatido la inflación, la carga más pesada que soporta nuestro pueblo, habiéndola disminuido del 60% al 25% anual, lo que ha permitido que el salario real del trabajador ecuatoriano haya incrementado en un 40%, iniciándose así una franca recuperación de la capacidad adquisitiva del mismo.

Gobierno del Arq. Sixto Durán Ballén

INCREMENTOS SALARIALES

REMUNERACIONES MINIMAS MENSUALES

	Agosto/92	Enero/93	Julio/93	Enero/94	Julio/94
1 Salario mínimo vital Gral.	60,000	60,000	66,000	66,000	70,000
2 Compensación Costo de vida	20,000	55,000	67,000	100,000	112,000
3 Bonificación Complementaria	1,000	1,000	1,000	1,000	50,000
4 Décimo tercer sueldo	5,000	5,000	5,500	5,500	5,833
5 Décimo cuarto sueldo	10,000	10,000	11,000	11,000	11,666
6 Décimo quinto sueldo	4,167	4,167	4,167	4,167	4,167
7 Décimo sexto sueldo		10,000	11,000	11,000	1,666
8 Compensación por Transporte	7,200	8,000	8,000	12,000	12,000
	107,367	153,167	173,667	210,667	277,332
9 Vacaciones	2,500	2,500	2,750	2,750	2,917
10 Fondos de reserva	114,867	160,667	181,917	218,917	286,082
APORTES DEL EMPLEADOR					
Al IESS	6,690	6,690	7,359	7,359	7,815
Al SECAP	300	300	330	330	350
Al 300	300	330	330	350	
TOTAL	122,157	167,957	189,936	226,936	294,597

INCREMENTOS

De agosto/92 (107,367) a Julio/94 (277,334): 158.3%
En 1994 enero (173,667) a julio (277.334): 59.7%

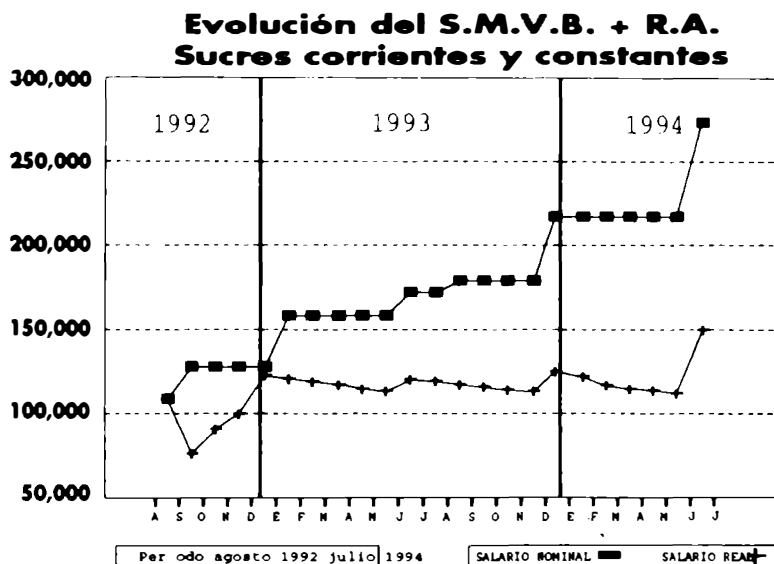
SALARIOS MINIMOS VITALES Y REMUNERACIONES COMPLEMENTARIAS DE LOS TRABAJADORES EN GENERAL

(Suces corrientes y reales de agosto 1992)

	Suces Corrientes	Suces Agosto/92	Tasa de variación real anual
1992 Agosto	107,366.67	107,366.67	9.03 Tasa Agosto 92- junio 94
Septiembre	118,116.67	106,886.29	4.71 Tasa Dic. 93-mayo 94
Octubre	118,166.67	92,740.14	4.25 Tasa Dic. 93-Junio 94
Noviembre	118,166.67	91,863.21	40.80 Tasa Ag. 92-julio 94
Diciembre	118,166.67	97,975.68	
1993 Enero	154,375.00	124,042.00	
Febrero	154,375.00	121,927.50	
Marzo	154,375.00	118,415.81	
Abril	154,375.00	114,268.62	
Mayo	154,375.00	109,332.17	
Junio	154,375.00	107,377.88	
Julio	173,375.00	119,163.56	
Agosto	173,375.00	118,666.18	
Septiembre	177,375.00	118,368.68	
Octubre	177,375.00	114,781.21	
Noviembre	177,375.00	112,944.06	
Diciembre	177,375.00	112,298.84	
1994 Enero	211,472.33	131,079.07	
Febrero	211,472.33	126,021.37	
Marzo	211,472.33	122,774.59	
Abril	211,472.33	119,212.94	
Mayo	211,472.33	117,583.29	
Junio	211,472.33	117,067.13	
Julio	173,375.00	151,167.76	

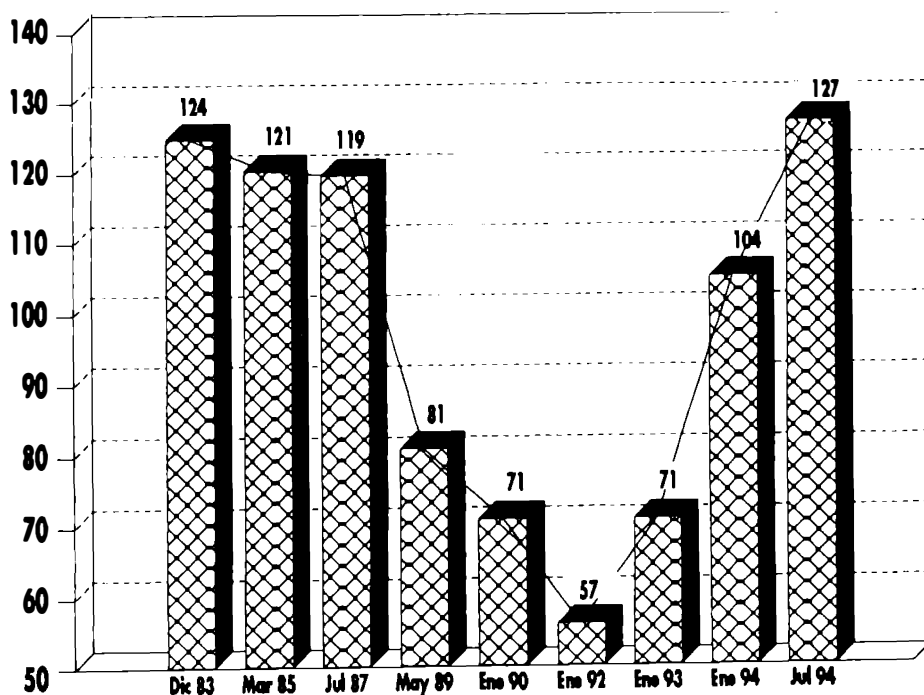
* Considerado hipótesis de inflamación de julio 2.0%

SUCRES DE AGOSTO DE 1992



Dicha recuperación ha permitido que la remuneración mínima se sitúe en 127 dólares mensuales, superando la cifra de 123 dólares vigente hace once años, en 1983, y el abismal derrumbe que sufrió el salario entre los años 1980-1992, pues se encontró, en enero de 1992, en el sótano de apenas 57 dólares.

Repercusión de los ingresos del trabajador ecuatoriano En dosis sobre cotización del Mercado Libre



Sin embargo, es forzoso reconocer que entre tal remuneración mínima y el costo de la canasta familiar, existe una brecha muy grande, con consecuencia y manifestación de la crisis social y económica que aflige a nuestro país desde hace más de una década, dentro de la cual el salario real no solamente no creció, sino sufrió una dramática erosión, pues los incrementos fueron superados y absorbidos por el cáncer del pueblo: la inflación.

Es, pues, la Unificación Salarial, una necesidad imperiosa e inaplazable para terminar con el caos salarial existente, para ayudar a los sectores de la producción, en especial al laboral, sectores que serán beneficiarios de una política salarial dinámica y equitativa, y llegar, a mediano plazo, a implementar en el país un salario justo, superando el largo período, mayor a una década, de marcada insuficiencia salarial, para lo cual será indispensable continuar combatiendo frontalmente la inflación y determinar incrementos salariales periódicos, que sean factibles de realizar, superiores a ella, en un salario liberalizado de indexaciones, para continuar en la línea de recuperación salarial. No olvidemos que el salario constituye la vida misma del trabajador, de ahí su enorme trascendencia humana, la necesidad de mejorarlo, y propender a su recuperación.

Negociación Internacional

Efrén Cocíos ()*

Se acepta de un modo general que el hombre, como ente social, vive permanentemente negociando con sus semejantes, aunque no todos tenemos conciencia de aquello.

La negociación, por tanto, no es una actividad de profesionales. Todos, en mayor o en menor grado, somos negociadores.

No obstante, y pese a que el proceso negociador puede ser descrito como una de las tantas actividades vitales y, prácticamente, cotidianas del hombre -como es la comunicación-, requiere de nosotros un aprendizaje, el manejo de ciertas técnicas. Así como aprendimos de niños a hablar y a caminar, necesitamos aprender de adultos a negociar.

Si ese aprendizaje es importante en el hombre, no puede ser menos para los Estados - o, mejor dicho, para los representantes de los Estados - en su vida de relación internacional. De allí la relevancia de cualquier investigación sobre este tema.

Recordemos que en 1953, John Von Neumann y Oskar Morgenstern publicaron "The Theory of Games and Economic Behavior" (Princeton, Princeton University Press), trabajo en el cual, retomando investigaciones que se remontan a 1928, se demostraba que los acontecimientos sociales pueden ser comprendidos de mejor manera si se toman los modelos surgidos de determinados juegos de estrategia, modelos que, a su vez, son susceptibles de un análisis matemático completo.

(*) Estudiante de Jurisprudencia de la Universidad Católica
Trabajo de Investigación para la Revista de la AED "RUPTURA"

La base de la Teoría de los Juegos es en sí muy simple: en un juego, mientras yo adopto una decisión, existen otras personas que están simultáneamente tomando decisiones de acuerdo con sus propios intereses. En consecuencia, es importante que, previa MI toma de decisión, tome en cuenta esas probables decisiones de los OTROS y pondere hasta que punto sus intereses coinciden o no con los míos, y si en determinados momentos, me conviene o no colaborar con alguno de mis adversarios.

Como podemos observar, la misma base se encuentra en el proceso de negociación.

Es conocido el hecho de que todo individuo, ya sea en su ámbito familiar o de trabajo, está continuamente llevando adelante diversos procesos de negociación. Este trabajo "de negociador", puede llegar a tener especial importancia, si su labor profesional le exige efectuarlo con alguna frecuencia. Ahora bien, es conocido igualmente el hecho que existen buenos y malos negociadores y que la capacidad de negociar no es innata, sino que como todo arte, oficio o ciencia es susceptible de aprendizaje.

Frente a estas premisas, cabe entonces investigar cuales son los métodos que permitirán mejorar la capacidad negociadora de un individuo, que desempeña su actividad en el campo internacional; lo que traerá como consecuencia una optimización en su desempeño profesional, e inclusive en su ambiente privado.

Obviamente, los principios generales que serán mencionados en este trabajo, y que estarán dados en función a la labor de un negociador internacional, pueden ser perfectamente aplicados a un vendedor de automóviles o al jefe de personal de una planta. Lo que varía, en cada caso, es el tema de la negociación y por ende, el enfoque que se debe dar al problema.

La negociación es un proceso. No toda negociación es igual. Cada una está determinada por las partes que intervienen en el proceso, por el tema que se negocia y por la forma como las partes se aproximan al tema.

En consecuencia no se puede hablar de una teoría, sino que habrá "muchas" teorías. Sin embargo, es posible descubrir parámetros generales, comunes a todo proceso de negociación. En el campo de la negociación internacional, es sumamente importante tener en cuenta estos parámetros a fin de tener mayores opciones de éxito en el resultado final.

Diplomacia y Negociación

La diplomacia ha estado vinculada desde muy antiguo con los conflictos y con la negociación. El concepto y la práctica de la negociación se originan en el campo de la diplomacia y de las relaciones internacionales.

El diccionario Littré define a la negociación como "la acción de solucionar los diferendos públicos, sobre todo internacionales". El diccionario diplomático señala que "la negociación es la razón de ser, no solamente del agente diplomático como jefe de misión sino incluso de la diplomacia en su conjunto, y todas las otra formas, todos los otros aspectos de la acción oficial de un diplomático le están subordinadas". El Diccionario Politique Garniere-Pagés dice: "Las negociaciones comprenden casi todo el campo de la diplomacia".

Comprender la importancia de la negociación en la vida diplomática es muy fácil, ya que cuando existe una divergencia entre Estados, cuando no hay autoridad superior para dirimirlos, no existe norma jurídica para regularlos o medios para imponer o coaccionar su aplicación. Cuando fracasan los medios pacíficos de solución de esos conflictos, y no es posible el uso de la fuerza, las partes contendientes deben recurrir a la negociación. Podría decirse que la negociación está vinculada o sustituye a la autoridad, al derecho y al uso de la fuerza. La negociación es la forma más satisfactoria y menos peligrosa para conducir las relaciones entre los Estados. En este sentido se constituye la esencia de la diplomacia.

En ausencia de una autoridad mundial, un Derecho Internacional de carácter consensual, que carece de instancias judiciales, capaces de hacer cumplir su contenido y la consiguiente debilidad de los sistemas formales de solución de controversias, la alternativa a la negociación es el uso de la fuerza, - podemos tomar como ejemplo la Guerra del Golfo -. Se dice con mucha frecuencia que la diplomacia y la negociación comienzan donde el derecho internacional termina, o donde éste no se aplica.

La diplomacia moderna surge en la época del renacimiento en las ciudades-Estado italianas, particularmente en Venecia, Milán y Toscana. En los siglos XIV y XV Venecia era una gran centro comercial muy próspero, dependía de las condiciones de los mercados externos y de la información sobre los riesgos de sus empresas en el exterior, así como también en la habilidad negociadora con sus socios comerciales. Por eso, Venecia desarrolló

el primer servicio diplomático profesional de la historia. Esta práctica se trasladó a otros Estados que vivían en un clima de rivalidad permanente y, por tanto necesitaban negociar frecuentemente entre sí. Las misiones se transformaron en permanentes y estudiosos se dedicaron a estudiar las reglas de las funciones diplomáticas. Poco a poco estas prácticas fueron adoptadas por las naciones más grandes. Francia abrió el camino a este respecto creando Ministerios de Relaciones Exteriores, así mismo las reformas fundamentales en la Rusia de Pedro el Grande.

El secreto y la intriga caracterizó a los Servicios Diplomáticos de los países. En un mundo corrupto como el que representaba la época barroca, no se podía esperar otra cosa.

El resultado de la acción diplomática y de la negociación dependen del contexto de interdependencia, cooperación o conflicto, comunicación o incomunicación, intereses recíprocos o completamente divergentes, y que el diplomático negociador comprenda ese contexto.

En el mundo que siguió a la segunda guerra mundial, el escenario internacional pasa a estar dominado por tres protagonistas, hasta entonces desconocidos: el nacionalismo, las ideologías y la opinión de masas. El reordenamiento tuvo lugar en Europa, la pulcra diplomacia de gabinete, protocolar y secreta del pasado fue desbordada por los cambios y los nuevos acontecimientos.

El mundo empieza a perfilarse por una acelerada agenda internacional, creciente entrelazamiento entre las distintas sociedades nacionales y por la multiplicación de los juegos y jugadores, que se desarrollan en la arena internacional.

La diplomacia tiene que representar a más intereses y actores que antes, volverse más técnica o sectorizada, ser más activa. No se limita a dirimir conflictos solamente, sino que se extiende al aprovechamiento de las oportunidades que surgen en un mundo interdependiente, cuya naturaleza es más especializada y compleja.

La negociación en este contexto pasa a formar parte de la vida cotidiana, debe identificar intereses mutuos, debe buscar nuevos referentes que sean compartidos por los otros Estados, ya que los conceptos de poder, esferas de influencia o seguridad de fronteras, y la capacidad de disuación no son suficientes para enmarcar nuevas situaciones que dominan el mundo de hoy.

Como sabemos, la solución de conflictos constituye una de las principales funciones del sistema internacional, y la negociación ha sido una instancia intermedia entre el Derecho y el uso de la fuerza. Los métodos jurídicos de solución de conflicto fueron efectivos hasta la década de los setenta, bajo la visión de los realistas y clásicos; pero hoy han dado paso a los métodos diplomáticos o políticos, basados en la negociación. Los métodos formales de normas y mecanismos se encuentran en franca declinación. Hoy más que nunca, es imprescindible que los países instruyan y formen profesionales especializados en el arte de la negociación, para que los acuerdos que se logren en base a los grandes procesos de negociación que se están dando, sean beneficiosos a los países a los cuales están representando.

La historia contemporánea se referirá a acontecimientos claves, como la tercera revolución tecnológica mundial industrial, el auge de los bloques económicos, la competencia industrial, comercial y tecnológica. Este es un mundo más interdependiente día a día, los conceptos como distancia y tiempo se han reducido enormemente.

Las comunicaciones son al instante, estamos más informados; se puede afirmar que entramos a otra era, la del siglo XXI. Sin embargo, la definición de conflicto ha prevalecido, la dependencia igual, el subdesarrollo, la deuda externa son parte de los problemas que tendremos que enfrentar y sin duda lo tendremos que hacer con la ayuda de la negociación.

Conceptos Básicos sobre Negociación

- a. Etimológicamente la palabra "Negocio" proviene del latín *nec-otio*, que es la negación del ocio (entretenimiento, distracción del espíritu), es decir estar ocupado, realizando actividades productivas o útiles.

En la antigua Grecia, el ocio era edificante y propio para la tarea filosófica y la práctica de la virtud, a diferencia del negocio que era considerado una actividad inferior. Esto último perduró por mucho tiempo. Ocuparse de los negocios era entonces una actividad degradante.

Sin embargo existían las actividades de los embajadores frente a otros gobiernos en representación del suyo, generalmente para lograr la paz luego de la guerra.

Luego la transformación de la sociedad feudal y su reemplazo por el Estado moderno a partir del siglo XVI marca una sociedad jerarquizada, en donde la relación entre el príncipe y sus súbditos pasa a constituir una relación de autoridad encuadrada dentro del marco del Derecho. Las leyes ya no se negocian, la interpretación, promulgación y aplicación no son sujetas a negociación. El imperio de la autoridad y de la ley recortan el papel de negociación en el interior de las sociedades nacionales y lo desplazan hacia el dominio de las relaciones entre los Estados en donde no existe autoridad central. Así mismo la negociación es el único tipo de relación que puede darse entre Estados soberanos, que deben coexistir en un mundo carente de "autoridad" supranacional.

b. La Negociación.-

Varias son las definiciones que se han dado al respecto. Una de ellas sostiene que " la negociación es un campo de conocimiento y de acción, cuyo objetivo es ganarse el favor de una gente de la que usted quiere cosas ". Nos podríamos preguntar que clase de cosas son las que se quieren: poder, riqueza, estatus o hegemonía.

Otra definición de negociación es: " una comunicación de doble vía, para llegar a un acuerdo cuando usted y una persona comparten algunos intereses en común, pero también tienen algunos intereses opuestos ".

Para Fred Charles Iklé " la negociación es un proceso mediante el cual las propuestas específicas son presentadas en forma ostensible, con la intención o propósito de llegar a un intercambio o en su defecto, la consecución de un interés común en el caso de que hubieran intereses en conflicto u opuestos."

La negociación o los procesos de negociación no son juegos de suma cero en donde uno gana y otro pierde, o situaciones perfectas de cooperación, puesto que cada parte persigue su propio interés a pesar del contrario. Lo único que sabemos es que es un instrumento básico para lograr lo que queremos de otros.

Para llegar al punto que pretende este trabajo y ante algunas definiciones de negociación que se pueden aplicar en cualquier proceso de negociación, podemos sostener que ésta " constituye la alternativa a la fuerza para resolver conflictos y como medio de transformar las estructuras interpersonales, políticas, internacionales y económicas."

c. Negociación de Beneficios Mutuos

Cualquier método de negociación debe conducir a acuerdos sensatos, si éstos son posibles, deben ser eficientes y deben mejorar o por lo menos no deteriorar las relaciones entre las partes. El acuerdo sensato se refiere a aquel que satisface los intereses legítimos de ambas partes dentro de lo posible, que se apegue a los principios generales de equidad, dando a cada cual lo que es suyo, y a cada quien lo que le corresponde - como los romanos definieron a la justicia -, que fuese estable y esté de acuerdo con los intereses generales.

La negociación debe seguir con habilidad los intereses y los objetivos que se persiguen, inventar opciones creativas, ampliar las opciones en discusión, buscar beneficios mutuos y crear maneras de facilitar a los otros su decisión. El proceso de regateo, en caso de utilizarlo, la comunicación e información tienen que ser fluidas, rápidas y específicas, para que el proceso se desenvuelva en un mecanismo de confianza mutua, alcanzando el interés deseado.

Por otro lado, hay que tomar en cuenta los problemas que se dan en la negociación: así por ejemplo, si existe asimetría dentro del proceso y sus fuentes; si el contrario es más poderoso; el poder de la desigualdad; la existencia del "juego sucio" o si el contrario no entra en el juego de la negociación. Se puede afirmar entonces que cada negociación es diferente, pero los elementos básicos están ahí, no cambian, simplemente hay que adaptarlos a las necesidades, siguiendo los principios, utilizando el método, dentro de una misma estrategia.

d. La Negociación Internacional

Hasta hace poco tiempo había el criterio de definir al mundo actual, como militarmente bipolar, políticamente policéntrico, con naciones y estados cada vez mas interdependientes, lo que ha determinado que la política mundial esté cambiando. Estamos ingresando en una nueva era, los modelos tradicionales se han desmoronado. " El mundo se ha vuelto interdependiente en economía, en comunicaciones y en el campo de las aspiraciones humanas", como dijo Kissinger en su discurso "A New National Partnership" en 1975.

El Estado territorial, figura dominante en la política mundial durante cuatro siglos, está dando paso a actores no territoriales, como corporaciones multinacionales, los movimientos sociales, transnacionales y las organizaciones internacionales.

En política mundial, interdependencia se refiere a situaciones, caracterizadas por efectos recíprocos entre países o entre actores, en diferentes países. El término interdependencia no puede limitarse a situaciones de beneficio mutuo, ya que excluiría el casos de dependencia mutua, puesto que las relaciones interdependientes siempre implicaran costos y reducirán la autonomía propia.

Estas naciones y organizaciones en algún momento entran en procesos de negociación; de hecho es imposible encontrar a dos Estados, que carezcan por completo de posibilidades de intercambio, alianza o conflicto.

La negociación requiere de un cierto campo de libertad de decisiones y que a la vez se nos reconozca como poseedores de alguna porción de poder. El poder debe ser mayor que cero y disponer a la vez de un margen mayor que cero para decidir.

Podemos definir al poder como "la capacidad o habilidad de hacer que se hagan las cosas, de ejercer el control sobre la gente, acontecimientos, situaciones...."

Por ello en una negociación, se debe tener siempre en cuenta la porción de poder que tiene el contrario o por lo menos la que se puede verificar.

Igualmente para llegar a este punto, es necesaria la existencia de un conflicto que enfrente a las partes, los que resolverán sus diferencias luego de la negociación.

No es común en la negociación, la participación de tres partes ya que lo más probable es que se produzcan alianzas de dos de ellas tornándose en una negociación bilateral.

A pesar de la interdependencia de los Estados existen negociaciones bilaterales en un marco multilateral. Es claro que en la resolución de los conflictos, los enfrentamientos y los acuerdos son bilaterales, manejados por el sistema de alianzas.

Se puede decir entonces que en última instancia generalmente son dos las partes que intervienen en la mesa de negociación. O sea los que dirigen la estrategia política, inventan opciones, propuestas, contrapropuestas, etc... .

Estas decisiones pueden afectar a terceros países que no han participado en el proceso de negociación y, en muchos casos, los negociadores ganan a expensas del tercero o viceversa. Pueden también perder ambos a expensas de los terceros; en tal caso, es probable que se haya negociado de forma incorrecta y haya existido un mal manejo en el proceso de negociación.

En este esquema primario de negociación bilateral, todo el proceso, los intereses, las opciones, los criterios, el análisis, las propuestas y contrapropuestas se ven influenciadas por la aparición de determinadas interferencias, lo cual obliga a efectuar un análisis eficaz para lograr un acuerdo benéfico.

Cada vez la negociación va tomando métodos del arte de la guerra, de la estrategia y en último término de la política, tal como lo dice el General Beaufre en su libro "Estrategia de la Acción", la política moderna debe emplear el método estratégico para elegir y alcanzar sus objetivos. La estrategia, para Beaufre, se impone más y más en las relaciones internacionales y esto no significa la extensión del dominio militar a lo que tradicionalmente se consideraba de dominio político, sino que al contrario, subordina la estrategia militar a un concepto más amplio que es la Estrategia de Conjunto, comandada por Conceptos Políticos y puesta en acción por Hombres Políticos.

Poder y Asimetría en las Negociaciones Internacionales.

Como toda política, la política internacional implica una lucha por el poder; no importan los fines últimos, el poder será el objetivo inmediato, como decía Hans Morgenthau. La gente común, los gobernantes y estadistas pueden proponerse como objetivo final la búsqueda de libertad, seguridad, felicidad, prosperidad o el propio poder. Así mismo, pueden definir sus propósitos en términos religiosos, filosóficos, económicos o sociales; pueden esperar que se materialicen por medio de la fuerza, mediante el natural desarrollo de los asuntos humanos, a través de medios no políticos como la cooperación técnica con otras naciones u organizaciones internacionales; pero apenas lo intentan recurriendo a la política internacional se ven embarcados en la lucha por el poder.

Keohane y Nye consideran que el poder, visto desde un punto tradicional, se manifestaba a través del poder militar, y éste dominaba las demás formas, y el Estado que contaba con mayor poder militar controlaba los asuntos mundiales. Pero ahora las fuentes que producen el poder son más complejas, y a partir de la post-guerra ha habido una transformación radical en los elementos empleos y logros del poder.

El poder puede pensarse como la habilidad de un actor en conseguir que los otros hagan lo que de otro modo no lo harían, y a un costo aceptable para quien lo promueve. El poder puede concebirse en términos de control sobre los resultados.

Como ya lo habíamos manifestado, cuando hablamos de interdependencia nos referimos a situaciones caracterizadas por efectos recíprocos entre países, pero cuando nos referimos a interdependencia asimétrica, hoy en día hablamos de fuentes de poder, ya que se está pensando en el poder como control sobre los recursos o como potencial para afectar los resultados. Un actor menos dependiente cuenta obviamente con recursos políticos significativos porque los cambios en la relación serán menos costosos para ese actor que para los otros.

Para entender el poder en la interdependencia se debe distinguir dos dimensiones: sensibilidad y vulnerabilidad. Sensibilidad implica grados de respuesta dentro de una estructura política, es decir con qué rapidez los cambios de un país pueden ocasionar ciertos cambios con determinados costos en otro país y cuál es la magnitud de ese costo. La dimensión de vulnerabilidad de la interdependencia se apoya en la disponibilidad relativa que los actores deben encarar; por ejemplo, dos países que importen el 35% del petróleo que consumen parecen igualmente sensibles al aumento de los precios, pero si uno pudiera recurrir a fuentes energéticas internas a costo moderado, el otro país sería mucho más vulnerable.

Las relaciones de interdependencia a menudo ocurren dentro de reglas normas y procedimientos que regulan comportamientos y controlan sus efectos y estos acuerdos son lo que se denominan regímenes internacionales.

a. Fuentes de Asimetría en el Resultado de la Negociación.

Existen diferencias en la capacidad y la habilidad de negociación marcada principalmente por el poder de las naciones negociadores, su ámbito de acción, su interdependencia frente a

la otra y terceras naciones, vulnerabilidades y sensibilidades, todo esto dentro del marco de conflictos entre Estados en el que el empleo de la fuerza sería posible.

También existen diferencias en la Mejor Alternativa para Negociar un Acuerdo (MAAN); lo más lejos que cualquier método de negociación nos puede llevar a cumplir con dos objetivos, en relación o como respuesta al poder: a) protegerlo contra un acuerdo que se deba rechazar ya que en una negociación le preocupará fracasar y no lograr un acuerdo en un negocio importante en el cual se ha gastado mucha "energía", el mayor peligro en este caso es que se acepten con demasiada facilidad puntos de vista de la otra parte y llegar a un acuerdo que se debería haber rechazado.

- b)** Ayudarlo a utilizar el máximo de ventajas que pueda tener, de manera que cualquier acuerdo al que se llegue satisfaga los intereses lo mejor posible. Esto es conocer el MAAN porque no es lo mismo protegerse de un acuerdo desventajoso que utilizar al máximo sus ventajas para lograr un acuerdo.

Para encontrar el MAAN es necesario realizar tres operaciones distintas : 1) Inventar una lista de acciones que se podrían utilizar en caso de no llegar a un acuerdo; 2) mejorar algunas de las ideas más prometedoras y convertirlas en opciones prácticas ; 3) seleccionar de estas ideas , en forma tentativa , la mejor de estas opciones.

b. Desigualdad de poder.

Bajo las condiciones de interdependencia compleja la desigualdad de poder nos lleva a observar mecanismos que utilizan los nuevos procesos en política internacional. Canales múltiples conectan a las sociedades, éstos o son nexos entre entes gubernamentales, —como fruto de acuerdos formales entre sus cancillerías—, o son con entes no formales como la comunicación directa con corporaciones, bancos y multinacionales. Estas son las relaciones interestatales.

La agenda de las relaciones interestatales consiste en múltiples temas que no constan de un orden preestablecido, o de jerarquía determinada con anterioridad, y será afectada por los cambios en la distribución de los recursos de poder dentro de las áreas en cuestión. Cabe apuntar que la fuerza militar no actúa en este campo de interdependencia, la vinculación de cuestiones por

parte de los Estados fuertes será más dificultosa dado que la fuerza es ineficaz. Estados débiles en lo militar y/o en lo económico, utilizaran otras capacidades para sostener sus posiciones de negociación .

c. Poder de la desigualdad.

En negociación el más débil es el más fuerte, decía en su libro "De la negociación" Mario Sivinsky ; a pesar del precepto que dice que en negociación no existen reglas fijas para muchos es cierto el criterio de que este principio es válido; y podemos citar pequeños ejemplos que nos pueden ilustrar; tales como la lucha de David y Goliath, donde el de mayor fuerza y volumen era mejor blanco para el proyectil de David, o los auxilios de la nación vencedora sobre la vencida al término de las hostilidades y a los que ellos mismos derrotaron. Son ejemplos en otros campos donde prevalece el mismo criterio.

d. Efectos del MAAN (Mejor Alternativa para Negociar un Acuerdo)

En el proceso de negociación y más específicamente en el proceso del regateo, la Mejor Alternativa para un Acuerdo Negociado determina el punto mínimo aceptable para llegar a aquel. Nunca se aceptará el acuerdo si es menor al mínimo aceptable o a la mejor alternativa.

Se llega a un MAAN más atractivo mientras más alto es el punto mínimo aceptable, y por consiguiente a una mejor negociación.

El mínimo más alto es el mejor resultado esperado. El MAAN más alto podrá "amenazar" con más fuerza y alcanzar alternativas preferibles.

En estos términos, los Estados débiles pueden mejorar sus posiciones buscando su Mejor Alternativa para Negociar un Acuerdo (MAAN), puesto que la ausencia de alternativas medianamente atractivas es la mayor causa de debilidad en las relaciones internacionales. Los Estados pequeños que carecen de dichas alternativas, exige, la necesidad de especialización en estos temas y, principalmente, en el campo económico, como lo dice explícitamente en su libro Política Económica Internacional, Joan Spero: "Los estudiosos de la política internacional que han examinado la interacción entre la economía y la política han considerado casi siempre la manera como la realidad económica ha incidido en la política. Hay por ejemplo, una corriente de

pensamiento que sostiene que los recursos económicos determinan el poderío estratégico y diplomático."

La cooperación con otros Estados especialmente en asuntos regionales, mejora el poder de negociación incrementando las alternativas para llegar a acuerdos con Estados de fuera de la región.

Negociación y Régimen Internacional.-

El concepto de régimen internacional, aparece dentro de lo que se denominan "Relaciones de Interdependencia"; las cuales ocurren dentro de una trama de reglas, normas y procedimientos que regulan los comportamientos y controlan los efectos de estas relaciones ; y no es más que el conjunto de acuerdos gubernamentales que afectan éstas relaciones de interdependencia.

En política mundial las normas y procedimientos no son como en los sistemas políticos internos, no son tan obligatorios, ni tan completos. Las instituciones tampoco son tan poderosas ni autónomas.

Los regímenes internacionales, factores intermedios entre las estructuras de poder de un sistema internacional y la negociación política y económica que se produce dentro del mismo, no son estructuras inmutables, ni estáticas; cambian, se desarrollan y se desintegran.

Así como los hombres han cambiado sus modos y formas de vida desde la antigüedad -de las hordas, a los clanes y tribus-, sus formas de convivencia social también han cambiado , desde el apareamiento de las aldeas, ciudades, ciudades Estado, hasta los Estados nacionales modernos; el hombre ha avanzado y las instituciones se han adecuado y adaptado a él y a sus nuevas realidades. Este Estado, tal como lo conocemos, ya no es suficientemente capaz de solucionar los problemas cotidianos en el mundo que vivimos. Por ello está dando paso a la conformación de nuevas estructuras en el mundo; el nacimiento de bloques regionales con alcance y obligatoriedad para estos Estados está superponiéndose vertiginosamente sobre los ya antiguos conceptos de soberanía; es decir, la idea de poder sin restricciones sobre determinado territorio , para dar paso a conceptos de supranacionalidad, por medio de los cuales los Estados ceden su soberanía y adoptan para su beneficio las decisiones de estos nuevos órganos.

a. Cambios dentro de los procesos económicos.-

La estructura y operación del sistema económico internacional son determinadas en gran medida por la estructura y operación del sistema político internacional. A lo largo de la historia moderna, la producción, la distribución y el consumo han sido afectados por factores diplomáticos y estratégicos.

Durante la Segunda Guerra Mundial, y después, los gobiernos sancionaron una serie de reglas, instituciones y procedimientos para regular aspectos importantes de interacción económica internacional. Durante casi dos décadas este sistema fue efectivo para controlar conflictos y lograr metas comunes de los países que lo habían creado. Este fue el sistema de Bretton Woods. Las bases políticas de este sistema se deben buscar en la coincidencia de tres condiciones: la concentración de poder en un reducido número de estados, la existencia de un núcleo de importantes intereses compartidos por tales Estados y la presencia de una potencia dominante y capaz de asumir el rol de liderazgo.

El sistema de Bretton Woods fue dominado por las naciones desarrolladas de América del Norte y Europa Occidental. La concentración en ellas, tanto del poder político como económico les permitió tomar e imponer decisiones para todo el sistema. A diferencia de los países comunistas de Europa Oriental y Asia, los países menos desarrollados estaban, al menos en teoría totalmente integrados en la economía mundial, claro está que carecían de voz en el sistema.

El interés común de cooperación económica, se acrecentó a raíz del estallido de la Guerra Fría hacia fines de la década de 1940. Se consideró que la cooperación económica era necesaria para enfrentar al enemigo común ya que la debilidad económica de occidente lo haría vulnerable a las amenazas comunistas internas y a la presión externa de la ex Unión Soviética.

Las economías desarrolladas de mercado coincidieron también en la naturaleza del manejo económico internacional, que había que proyectar para crear y mantener un sistema liberal.

Hacia los años setenta el sistema creado en Bretton Woods ya no funcionaba. En esos años sesenta, Europa experimentó un período de gran crecimiento económico y dinamismo en el comercio internacional. El desarrollo del Japón fue más espectacular aún. Este desplazamiento de poder hacia un gran pluralismo corresponde al cambio de actitudes sobre el liderazgo de los Estados Unidos.

La reducción de las barreras al comercio y al capital permitió una expansión de la interacción económica internacional entre las economías de mercado desarrolladas; un mayor flujo internacional de capitales, crecimiento del comercio internacional y desarrollo de los sistemas internacionales de producción.

Todo ello hizo que las economías nacionales, se tornen más interdependientes y más sensitivas a la política económica y a los eventos externos a ellas. La interdependencia generó dos reacciones y dos diferentes desafíos al liberalismo, una de ellas fue la de la imposición de barreras para limitar la interacción económica y con ello la interdependencia. Otra reacción fue la de llegar a un manejo limitado y pasar a nuevas formas de cooperación económica internacional, que manejaría la interdependencia.

Una primera aproximación para tratar de explicarnos el cambio de régimen basado en el proceso, económico es el creciente cambio tecnológico y el aumento de la interdependencia económica, estos serán quienes determinen la conclusión o el cambio de los regímenes internacionales existentes. Las instituciones, normas y procedimientos establecidos serán ineficaces y se buscarán nuevas formulas que los suplanten.

Otra es que los gobiernos serán más responsables, aún frente a las demandas políticas internas que reclaman un mejoramiento de su nivel de vida. Una tercera aproximación es que estos gobiernos que se vean beneficiados por grandes flujos económicos, debido a la interacción existente se verán obligados a cambiar o reconstruir los regímenes internacionales.

b. Cambios basados en la Estructura de Poder Global

Después de la posguerra, Estados Unidos y la Unión Soviética fueron interdependientes en el campo de la seguridad militar; además de ser sensibles, fueron mutuamente vulnerables a las decisiones de seguridad del otro. Este pues, es un alto nivel de interdependencia y de hecho un campo de problemas que ha sido fundamental en el análisis de la política mundial. Bajo esta óptica de seguridad, la distribución del poder militar determina la estructura de poder. " La guerra es la fuente más importante y dramática de cambios estructurales. " Pero este análisis sólo nos da una aproximación a lo que fue hasta la década de los ochenta y a partir de allí otros acontecimientos, son los que dominarán la arena internacional, una vez que existe un solo poder hegemónico.

Para los tradicionalistas, los Estados poderosos son los que fijan las normas, y cuando surjan problemas entre ellos, el Estado fuerte habrá de prevalecer frente al débil. Pero dentro de un sistema, la estructura, entendida a ésta como la distribución de poder entre los Estados que lo forman, determina la naturaleza de sus regímenes internacionales, cuyos más importantes recursos son los militares.

Un poder hegemónico puede cambiar las normas, antes que adaptar sus políticas a las normas y acuerdos preexistentes. Estos sistemas también pueden cambiar, ya que los mismos beneficios económicos que ellos alientan y la extensión en que los mismos son compartidos, pueden llevarlos al colapso. En la medida en que su poder económico aumenta, los Estados secundarios cambian sus supuestos y ya no tienen a aceptar más una dependencia hacia una sola parte, sino que tienden a la realización de sus propias metas. Cuando esto ocurre se rompe con el equilibrio hegemónico y pueden producirse cambios en el sistema, como de hecho ha ocurrido en los últimos tiempos.

Roles de Terceras Partes en la Negociación

- a. Arbitraje.- Existe una clasificación general que distingue entre el empleo de mecanismos jurídicos, por una parte, y de procedimientos políticos o diplomáticos fundamentalmente centrados en la negociación por otra. Entre los primeros se encuentra la posibilidad de que los Estados involucrados en una disputa recurran al arbitraje, ya sea en una forma voluntaria u obligatoria.

Para el Diccionario Consultor Político, el arbitraje es "el procedimiento para resolver por medios pacíficos conflictos internacionales sometiéndolos al fallo de una tercera potencia, de una persona individual o de una comisión o tribunal."

El arbitraje es un recurso utilizado por las naciones para resolver sus conflictos. El procedimiento es recurrir de común acuerdo a otro Estado, a un tribunal Internacional, con el fin de que se tome una decisión en el conflicto a la que se le llama laudo arbitral. Para que se cumpla y se concrete el arbitraje es necesario que las partes suspendan el conflicto y las relaciones de los contendientes se expresen por vías normales.

Otra definición de arbitraje, es como lo señala en su libro el internacionalista Miguel Vasco, en el que dice: "El arbitraje internacional es un medio jurídico para la solución pacífica de controversias entre Estados, por jueces de su elección y sobre la base del respeto del derecho."

Tiene origen remoto y su aplicación se encuentra en Oriente, Grecia y Roma. En la edad media su aplicación era restringida y se hacía a través del Papa, que era árbitro supremo de los conflictos entre príncipes cristianos y gobernantes. En la época moderna es donde se desarrolla y cobra importancia; son numerosas las diferencias que se resuelven por este método. La Primera Conferencia Internacional Americana (1890) reconoció al arbitraje como elemento esencial del Derecho Público de nuestro Continente, en la Conferencia de Paz de la Haya de (1899) y (1907) tuvo reelevancia este instrumento ya que en ellas se instituyó la Corte Permanente de Arbitraje.

Luego de la Primera Guerra Mundial se incluyó en el art. 13 del Pacto de la Sociedad de las Naciones (1919); la Carta de Naciones Unidas en su art. 33 dispone: " las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial..., etc."

Según la opinión de varios autores y las convenciones de La Haya sobre esta materia es aplicable a las controversias de de orden jurídico.

Compromiso.- Las partes litigantes que acuden al arbitraje suscriben un documento llamado compromiso, en el cual deben figurar: el objeto del litigio, la designación de los árbitro y sus poderes; la promesa formal de las partes en el sentido de que se comprometen a acatar, de buena fe, el laudo o la sentencia y todos los demas puntos que hayan convenido.

Árbitros.- Los árbitros son libremente escogidos por las partes. Puede ser un Jefe de Estado, un diplomático, un jurisconsulto, un técnico, alguien de confianza para las partes. Puede tambien ser un tribunal ad-hoc. Los árbitros pueden fallar conforme a Derecho o sobre la base de la equidad, mediante estipulación expresa en tal sentido.

La sentencia.- ella obliga jurídicamente a las partes litigantes, cuya promesa de aceptación está detallada en el compromiso. Esta sentencia es de carácter definitivo.

- b. Mediación.-** "Es uno de los medios de solución de conflictos internacionales en forma pacífica. Consiste en un recurso por el cual uno o más Estados proponen a las partes en conflicto formas concretas de solución a sus controversias. No existe la obligación de que éstas propuestas sean aceptadas por parte de los litigantes."

La actuación del Estado mediador en el proceso de negociación puede producirse por iniciativa propia o por pedido expreso de las partes litigantes. Ni la oferta ni el rechazo de la mediación puede considerarse como un acto inamistoso por ningún Estado.

El mediador no es juez ni arbitro, sino un agente conciliador y su comportamiento debe inspirarse en la imparcialidad.

Como ya dijimos en la Conferencia de Paz de La Haya (1899 y 1907) aprobaron las primeras convenciones para la solución de conflictos internacionales. A partir de esos momentos la mediación adquirió el rango de regla de derecho internacional positivo.

- c. Buenos Oficios.-** "Los Buenos Oficios Constituyen uno de los medios diplomáticos para la solución pacífica de las controversias internacionales y consisten en la gestión amistosa de uno o más países o eminentes ciudadanos, para obtener que los Estados litigantes se pongan en contacto y busquen una solución a su diferencias."

En la Conferencia Interamericana de Consolidación de la Paz, realizada en Buenos Aires en 1936, se aprobó el Tratado de Buenos Oficios y Mediación, existe también en la Carta de Naciones Unidas y en la Organización de Estados Americanos.

Nueva Ley de Compañías: Una necesidad histórica

Dr. Gustavo Ortega Trujillo ()*

La realidad jurídica societaria del Ecuador impone que la Superintendencia de Compañías recoja esa realidad en un nuevo cuerpo legal, que no solamente abarque la dinámica socio-económica del presente, sino que además, se proyecte hacia el futuro ante la evidente movilidad de los factores de la producción que busca encontrar en nuevas y diversas formas societarias, la solución para ingresar fortalecidos al nuevo milenio.

En este contexto, la Superintendencia de Compañías, ha concluido la elaboración del proyecto de ese nuevo estatuto que reemplazaría a la actual Ley de Compañías, en que se determina su régimen y sus métodos para lograr una diligente atención, -cual así lo exigen los sectores empresariales-, al tiempo que se armonizan las disposiciones de la Ley de Compañías con las nuevas figuras jurídicas contempladas en la Ley de Mercado de Valores, cuya ejecución también corresponde a la Superintendencia de Compañías.

El nuevo estatuto jurídico que será próximamente sometido a opinión de todos los sectores empresariales y organismos colegiados especializados en Derecho Societario, para luego ser presentado al señor Presidente de la República para su remisión al Honorable Congreso Nacional, fundamentalmente contempla los siguientes aspectos:

1. Se sustituye el concepto de "compañía" por otro que lo considera como una persona jurídica que nace de la declaración de voluntad de una o más personas para unir sus capitales o industrias, y en ejercicio de esa personalidad realizar operaciones mercantiles o civiles y generar utilidades; conservándose el acto jurídico de constitución como contrato,

(*) Superintendente de Compañías

para las compañías en nombre colectivo y de economía mixta. En lo demás, es un acto jurídico que puede ser unilateral o colectivo. Así se da cabida en el derecho societario ecuatoriano a la figura de la empresa unipersonal de responsabilidad limitada.

Nace a la vida jurídica las compañías, entes o empresas con su inscripción en el Registro Nacional de Sociedad y Valores, al que posteriormente se hará referencia.

2. La empresa unipersonal de responsabilidad limitada se la tiene como aquella, que se constituye mediante la declaración solemne de voluntad de una persona natural, capacitada legalmente para adquirir derechos y contraer obligación por sí misma, o en forma conjunta con su cónyuge, expresada en escritura pública, siendo el constituyente el único titular y representante legal de esta especie de empresa, y como tal responde solamente por las obligaciones de la misma, hasta el monto de su aporte, el mismo que con juramento lo determinará en la propia escritura pública.

Si ambos cónyuges son constituyentes, o titulares, hay solidaridad activa y pasiva entre ellos y le son aplicables, conjuntamente o separadamente las disposiciones que en el proyecto de ley se establecen para este tipo de empresa.

La empresa siempre deberá pertenecer a una sola persona natural y no podrá tenerse en copropiedad, salvo en caso de constitución por parte de ambos cónyuges o por sucesión por causa de muerte, en los términos regulados en el propio proyecto.

El objeto versará sobre una sola actividad empresarial. Esta operación única podrá comprender el desarrollo de varias etapas o fases de una misma actividad, siempre que los negocios de la empresa queden encuadrados dentro de una sola clasificación empresarial, tales con la farmacéutica, naviera, periodística, agrícola, minera, de la construcción, transporte aéreo o terrestre, etc.

El capital de la empresa unipersonal de responsabilidad limitada estará constituido por el monto total de los bienes que el constituyente hubiere destinado para el ejercicio de actividades de la misma, el que deberá fijarse de manera clara y precisa y deberá constituirse en moneda nacional, salvo que el aporte consista en bienes muebles o inmuebles, como así se lo declarará al momento de la celebración de la escritura pública.

La empresa unipersonal está en capacidad de transformarse en uno de los tipos de compañía que establece el proyecto de ley, al igual que fusionarse, de acuerdo con el procedimiento que el mismo proyecto contempla.

- 3.** Se crea el Registro Nacional de Sociedades y Valores que sustituirá, con todos los efectos jurídicos, al Registro Mercantil en los trámites de constitución y demás actos societarios y los de constitución de los entes que señala la Ley de Mercado de Valores y la gestación registral que exige un mercado de capitales ágil y seguro.

Continuará a cargo del Registro Mercantil la inscripción de; prenda industrial, venta con reserva de dominio y el libro de arrendamiento mercantil y demás actos o contratos que se refieran a actos de compañías o de entes sujetos al control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías.

- 4.** La labor de supervisión y control de las compañías y entes sometidos al ámbito de la Superintendencia de Compañías es parcial; y por excepción, total.

El control parcial se contrae exclusivamente a la inscripción en el Registro Nacional de Sociedades y Valores, de los documentos que se presentaren y de los demás actos societarios o empresariales posteriores y a la presentación de sus estados financieros y de pérdidas y ganancias, que serán los mismos que aquellos que se entregan al Ministerio de Finanzas y Crédito Público.

Están sujetas al control parcial

- Las compañías en nombre colectivo, cualquiera que sea la naturaleza de su objeto.
- Las compañías de responsabilidad limitada.
- Las compañías anónimas cerradas.
- Las empresas unipersonales de responsabilidad limitada.
- Las asociaciones cuyos gestores, en cada caso, giren con activos valores en la suma de hasta 100 millones de sucres.
- Los consorcios que cuenten, individualmente, con activos valores en hasta 100 millones de sucres.

5. El control total comprende:

- La aprobación del acto inicial previo a su inscripción en el Registro Nacional de Sociedades y Valores, así como la inscripción del establecimiento de los demás entes de los que trata el proyecto de ley; y, además la inscripción de los actos posteriores que modifiquen el acto inicial o que para su validez requiere su inscripción.
- La autorización para la emisión de valores a los que se refiere la Ley de Mercado de Valores.
- La declaratoria del estado de inactividad en que motivadamente incurrieren las compañías y más entes señalados en el proyecto.
- La vigilancia de las actividades societarias financieras y contables, a través de inscripciones y estudios económicos especializados, o, en caso de excepción, mediante intervenciones que se efectúen a las compañías y demás entes.
- La concurrencia del Superintendente o su delegado a juntas generales de oficio o a petición de parte.

Este control total se ejercerá sobre las siguientes compañías o entes:

- Las compañías holding que voluntariamente hubieren conformado grupos empresariales.
- Las sociedades de economía mixta.
- Las compañías anónimas abiertas.
- Las sucursales de compañías u otras empresas extranjeras organizadas como personas jurídicas y las asociaciones que éstas formen y ejerzan sus actividades en el Ecuador.
- Las bolsas de valores y demás personas naturales o jurídicas cuyas actividades son inherentes al mercado de valores y que se hallan contempladas en la Ley de Mercado de Valores.
- Las personas naturales o jurídicas que ejerzan auditoría para los fines contemplados en el proyecto de Ley.

- Las siguientes formas asociativas:
- Las asociaciones, siempre que el asociante o gestor haya recibido en aporte, en cada caso, pasivos que superen los montos determinados mediante resoluciones por el Superintendente de Compañías.
- Los consorcios que, en cada caso, contraen con pasivos cuyas valoraciones superen los montos que igualmente serán determinados por el Superintendente.

El proyecto incorpora una nueva especie de compañía que por su importancia ha sido ya legislada en distintos países tanto europeos como americanos, cual es la compañía anónima de capital abierto, que para el efecto debe reunir cualquiera de los siguientes requisitos:

- Que haga oferta pública de sus acciones, de conformidad con la Ley de Mercado de Valores.
- Que tenga 50 o más accionistas y que al menos el 10% de su capital suscrito, pertenezca a un mínimo de 10 accionistas.
- Que los pasivos sociales superen la suma equivalente a 1,430 salarios mínimos vitales generales, vigentes al uno de enero de cada año.
- Que sea matriz de un grupo empresarial o holding. Cuando la compañía anónima de capital abierto invoque únicamente la condición de matriz de un grupo empresarial o holding deberá mantener tal calidad permanente.
- Que cuente con 30 o más trabajadores de planta.

La compañía anónima de capital abierto deberá tener un capital suscrito y pagado no menor al mínimo determinado por el Superintendente de Compañías.

En las compañías anónimas de capital abierto cuyas acciones se hubieran vendido en oferta pública, obligatoriamente se repartirá por lo menos el 30% de las utilidades limitadas y realizadas que obtuvieren en el respectivo ejercicio económico.

Estas compañías podrán entregar anticipos trimestrales o semestrales con cargo a resultados del mismo ejercicio.

Este tipo de compañías necesariamente deberá contar con un informe anual de auditoría externa sobre sus estados financieros.

7. El proyecto incorpora la figura de la escisión que se produce cuando el socio único, para el caso de la empresa unipersonal de responsabilidad limitada o la junta general, para las demás especies de compañías. deciden la división de la o las compañías y sus patrimonios en dos o más sociedades formadas por todos o alguno de sus socios.

La o las compañías sobre las cuales se acuerda la escisión mantendrían su naturaleza. Sin embargo la compañías que se creen por efecto de la asociación podrán ser de naturaleza distinta de la original.

8. La Ley de Compañías en vigencia contempla la existencia de las compañías en comandita simple y en comandita por acciones, así como la de en nombre colectivo, la misma que de acuerdo con la propia Ley están sometidas para su aprobación, a la jurisdicción de los jueces de lo civil, sin que la Superintendencia tuviere control alguno sobre estas especies de compañías, lo cual ha significado en múltiples casos que esa falta adecuada de control y vigilancia ocasione graves perjuicios no solo a la compañía y a los socios frente a éste o entre sí, sino frente a terceros, e incluso frente al Estado, en los actos y contratos que con éste se han celebrado; y además, las dos primeras especies de compañías son un resago de una práctica societaria que no corresponde a la realidad actual de la dinámica del Estado, por lo que se ha estimado conveniente en el proyecto eliminar las especies de compañías en comanditas simple y en comandita por acciones, manteniendo la de nombre colectivo por ser de responsabilidad ilimitada, pero sujetándola ya no a la jurisdicción de los jueces de lo civil, sino al control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías; en consecuencia, se deroga el Título XXVI del Libro Cuarto del Código Civil, ya que las compañías a las que este título se refiere, aparte de las en comanditas simple y por acciones, que se las eliminaría, están sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías. Desde luego esa derogatoria también obedece al nuevo concepto de sociedad que contempla el proyecto.

- 9.** Las inspecciones que efectúe la Superintendencia de Compañías de oficio o a petición de parte, a aquellas compañías sujetas al control y a las que realicen a petición de parte, en las sometidas al control parcial, será más ágil y comprenderá, entre otros, al examen de la situación activa y pasiva de la compañía, sus libros sociales, el cumplimiento de su objeto social y la correcta integración del capital.
- 10.** La intervención a las compañías sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia se concretará a corregir las irregularidades en las que pudieran incurrir, a precautelar su patrimonio y a evitar que se ocasionen perjuicios a los socios, a terceros y a la propia compañía.

En síntesis lo que el proyecto de la nueva Ley de Compañías persigue, en esencia, es lograr una más ágil actuación en los trámites de constitución, desenvolvimiento y control de los entes sujetos a su vigilancia, unificando procedimientos para los distintos tipos de compañías, como el caso de las Juntas Generales, que en la actual Ley se encuentra dispersos y señalan trámites diferentes y a veces contradictorios entre sí, con lo que se quiere lograr, además, incentivar el capital y a las personas naturales a constituirse en entes jurídicos con plena libertad de decisión, porque además se eliminan controles que resultan innecesarios y que hasta hoy han sido uno de los óbices para lograr los objetivos señalados al inicio de esta síntesis.

Sobre algunas maneras de evitar la sorpresa judicial

Dr. Rodrigo Jijón L. ()*

Para los fines de este trabajo entendemos por "sorpresa judicial" el que una parte actúe una o varias pruebas en un momento procesal escogido de tal manera que impida que la otra parte pueda impugnar tal prueba por falta de tiempo u otros recursos. Esto sucede, por ejemplo, cuando el testigo clave entrega información nueva, desconocida por la otra parte, la última hora del último día del término de prueba o cuando se presenta a último momento un peritaje que aporta elementos desconocidos por la otra parte y que pueden ser decisivos en la resolución del juicio. La otra parte, en estos casos, cae en indefensión.

El hecho que atenta contra los principios éticos y la buena fé de las partes que deben guiar el proceso no estriba en el apareamiento de hechos nuevos sino en que esos hechos no son realmente nuevos para la parte que los presenta y fueron ocultados para presentarlos en un momento procesal tal que impide la reacción de la otra parte.

La "Sorpresa Judicial" es combatida en los diferentes sistemas procesales; en el nuestro existen varios mecanismos para combatirla. Destacamos:

- 1.- Obligación de establecer los fundamentos de hecho en la demanda.-**

Nuestro Código de Procedimiento Civil en su artículo 71 establece que es obligación del actor establecer con claridad y precisión los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda. ⁽¹⁾

(*) Profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE

1. Normas semejantes se encuentran en el Art. 330, numeral 4 del

Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación Argentina: "los hechos en que se funde, explicados claramente"; en el artículo 76 numeral 6 del Código de Procedimiento Civil de Colombia: "los hechos que sirvan de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados"; en el art. 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España: "El enjuiciamiento ordinario principiará por la demanda, en la cual, expuestos sucintamente y numerados los hechos y los fundamentos de derecho, se elegirá con claridad y precisión lo que se pida y la persona contra quien se proponga la demanda."; en el Código de Procedimiento Civil Chileno, el art. 524 señala los requisitos de la demanda y el numeral cuarto dispone "la exposición clara de los hechos y los fundamentos de derecho en que se apoya"

Mucho se ha discutido en la doctrina acerca de los hechos que deben relatarse en la demanda, dividiéndose sobre este tema los autores en dos corrientes, los que siguen la llamada doctrina de la "individualización", que consideran que es suficiente para el éxito de la demanda la indicación de los hechos necesarios para la individualización de la acción, y los autores que siguen la teoría de la "sustanciación" que sostienen que no sólo es necesario individualizar la acción sino que adicionalmente deben relatarse todos los hechos de que quiere servirse el actor en el pleito, de forma que la alegación de un hecho no comprendido en la demanda sería inadmisibile. Se dice que la doctrina de la sustanciación es de evidente superioridad técnica ya que permite al juez y a la otra parte tener una idea mucho más clara y completa sobre el ámbito del litigio y calificar adecuadamente la acción según los hechos expuestos ⁽²⁾. Considero que la legislación ecuatoriana sigue en términos generales la doctrina de la "sustanciación" pero limitando el relato de los hechos a los considerados sustanciales, esto es los que constituyen la fuente de la pretensión, como un determinado accidente o el contrato cuyo cumplimiento se pide; no sería en cambio necesario relatar los hechos accesorios o circunstanciales tales como la mayor o menor velocidad del vehículo que produjo el accidente o las circunstancias que rodearon al contrato y que condujeron al vicio del consentimiento. ⁽³⁾

2. Véase Eduardo J. Barrios, *La Demanda en el Proceso Civil y Comercial*, Editorial Velez Sarfield, Rosario 1986, pg. 84 quien cita el *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial* de Hugo Alcina.

3. El Doctor Juan Isaac Lovato en su Programa Analítico de Derecho Procesal efectúa un extenso análisis sobre las teorías de la individualización y de la sustanciación. Programa Analítico de Derecho Procesal Ecuatoriano, Juan Isaac Lovato, Tomo Cuarto, Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana, Quito, 1962, pgs. 285 y s.s. También puede verse la Obra de Leonardo Prieto Castro y Fernández, *Derecho Procesal Civil*, Tecnos 1988, Madrid, España.

De conformidad con las normas de evidencia se deben probar únicamente los hechos controvertidos, es decir los que aportados por una de las partes son disticudos por la otra. El requerimiento legal de que en la demanda se relaten con precisión y claridad los fundamentos de hecho reducirá las oportunidades de sorprender a la otra parte ocultando hechos.

Sinembargo, puede haber hechos accesorios determinantes en la resolución de la causa que, por su naturaleza de accesorios o circunstanciales, no deben ser expuestos en la demanda. Subsiten, por lo tanto, importantes espacios para el acaecimiento de sorpresas judiciales.

- 2.-** Otro mecanismo a través del cual el sistema procesal civil ecuatoriano combate la sorpresa judicial lo encontramos en la disposición del numeral cuarto del artículo 72 del CPC por el que el actor está obligado a acompañar a su demanda las pruebas de carácter preparatorio que pretendiere hacer valer en juicio y que se encontraren en su poder.

La necesidad de acompañar a la demanda los documentos probatorios con los que cuenta el actor al momento de formularla es un requisito bastante común en la legislación comparada ⁽⁴⁾ y la sanción que normalmente acompaña al incumplimiento de esta obligación es la no admisibilidad de documentos presentados posteriormente. Naturalmente, la carga de probar que los documentos estaban en poder del actor al tiempo de la demanda corresponde al demandado. Este tipo de disposiciones son muy convenientes para combatir la mala fe de las partes al litigar.

4. El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina en su artículo 333 se refiere a la agregación de prueba documental y en su parte pertinente señala: "Con la demanda, reconvención y contestación de ambas en toda clase de juicios, deberá acompañarse la prueba documental que estuviese en poder de las partes. Si no la tuvieran a su disposición, la individualizarán indicando su contenido, el lugar, archivo, oficina pública y persona en cuyo poder se encuentre..." y el art. 335 establece la sanción al incumplimiento de esa obligación: "Después de interpuesta la demanda, no se admitirán al actor sino documentos de fecha posterior, o anteriores bajo juramento o afirmación de no haber tenido antes conocimiento de ellos. En tales casos se dará traslado a la otra parte quien deberá cumplir la carga que prevé el art. 356, inc. 1º". En Chile se eliminó una disposición semejante. Citamos a Davor Horasic, Marcos Libedeinsky y Milton Juice y sus "Estudios de la Reforma Procesal Ley No. 18.705 de 24 de Mayo de 1988": "a) Oportunidad para producir prueba documental: todos sabemos que el art. 255 exigía que el actor presente con su demanda los instrumentos en que se funda, bajo percibimiento de que si no lo hiciere, los instrumentos que presente después solo podrán ser tomados en consideración si el demandado también los hacía valer en apoyo de su defensa, o si se justificaba o parecía de manifiesto que no pudieron ser presentados antes. En la nueva Ley esta obligación de aparejar los documentos fundantes de la demanda ha desaparecido". Luego los autores añaden "No vislumbramos cual es la razón que tuvo en vista el legislador para sustituir la norma que exigía la presentación de los documentos fundantes, norma que, nos parece, facilita la reacción del demandado, pues circunscribe en términos mucho más claros el contenido de la litis. Una norma semejante a la de la legislación argentina lo encontramos en el art 506 del Código de Enjuiciamiento Civil de España. El Dr. Anando Cruz Bahamonde, en su obra estudio crítico del Código de Procedimiento Civil aplaude una norma semejante contenido en el Art. 98 del Código Mexicano, pag. 352.

El numeral 4to. del Art. 72 de nuestro Código de Procedimiento Civil establece que a la demanda se deben acompañar los documentos y pruebas de carácter preparatorio que se pretendiere hacer valer en el juicio y que se encontraren en poder del actor.

Podría entenderse que esta norma se refiere exclusivamente a los documentos y pruebas obtenidas en aplicación del Art. 68 del Código de Procedimiento Civil, prueba que se obtiene con notificación a la parte contraria con lo que poco aporta para combatir la sorpresa judicial.

El Dr. Armando Cruz, por el contrario sostiene que se trata de dos clases de documentos 1) los que se encuentran en poder al actor; 2) las pruebas de carácter preparatorio. Fundamenta su criterio en la conformación gramatical del numeral, que tiene dos sujetos "los documentos" y "las pruebas de carácter preparatorio" a los que atribuye el predicado común de "encontrarse en poder del actor".

De cualquier manera nuestro Código no contiene norma legal por la que se considere que los documentos, que estando en poder del actor, no fueren acompañados a la demanda son inadmisibles en la etapa probatoria. Si bien tal negativa podría fundamentarse en el principio de oportunidad de la prueba recogido en el art. 117 del Código de Procedimiento Civil, no hemos encontrado jurisprudencia que consagre tal sanción para el incumplimiento de lo dispuesto en el numeral cuarto del artículo 72 y la experiencia procesal parece ser distinta.

En resumen consideramos que tal como está redactado el numeral cuarto del art. 72 del Código de Procedimiento Civil el mismo no se convierte en un mecanismo suficiente para la eliminación de las sorpresas judiciales.

3. El tercer mecanismo a través del cual suele combatirse la sorpresa judicial en nuestra legislación estriba en la facultad otorgada a los jueces para apreciar la prueba de acuerdo al principio recogido en el art. 119 de nuestro Código de Procedimiento Civil. De conformidad con este principio el juez tendría facultad para rechazar una prueba oportunamente actuada si a su criterio fue practicada de mala fe y puso a la parte contraria en situación de indefensión. Citamos una sentencia de la Corte Suprema de Justicia que recoge este criterio: "La prueba apreciada por el Tribunal de Alzada para confirmar la condena de la demandada

al pago de horas extraordinarias y suplementarias de labor y conceder la indemnización por estabilidad, reformando en esta parte el fallo que le fue en grado, es la declaración de Laura, criterio que no puede jamás compartir esta Sala, no solamente por ser este testimonio único, sino por el modo en que fue pedida, ordenada y practicada la mentada declaración; pues la actora disponiendo de seis días para la prueba, espera el último día de ese término y las últimas horas de ese día para solicitar sorpresivamente entre otras diligencias, la recepción del testimonio, lo que determina la precipitación del juez para disponer la práctica, del actuario para notificar la providencia correspondiente, y por fin la recepción misma. Todo en menos de dos horas, angustiendo de esta manera o imposibilitando la defensa a la parte contraria, pues prácticamente se le privó del derecho consagrado en el art. 240 del CPC." El artículo citado en la defensa corresponde al actual 223 del CPC.⁽⁵⁾

4. Otro mecanismo para combatir la sorpresa judicial podría encontrarse en los actos de carácter preparatorio señalados en el art. 68 del Código de Procedimiento Civil. Encontramos al menos dos serias limitaciones al mecanismo: será difícil descubrir información o documentación que la otra parte oculta y sobre la cual el requirente no tiene conocimiento de su existencia. Recordemos que de conformidad con el art. 69 del mismo Código quien solicita una exhibición debe hacer mención exacta al documento que quiere que se exhiba; de la misma manera cuando se solicita la exhibición de libros o cuentas habrá que precisar la partida del libro o la cuenta relacionada con la cuestión que se ventile e inclusive cuando se pide una confesión se debe presentar un formulario de preguntas previamente elaborado. Será difícil entonces conseguir información oculta a través de los actos de carácter preparatorio.

La segunda grave dificultad que vemos estriba en la situación procesal de las partes, mientras el actor puede recabar del demandado información antes que comience el juicio, el demandado, quien no planifica, controla o conoce del inicio del juicio antes citado, no podrá hacer uso, con la misma eficiencia y oportunidad que el actor de los actos preparatorios.

5. Sentencia de 28 de Julio de 1977 de la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia, Juicio 228: Tapia - Jara, citada en el Repertorio de Jurisprudencia de Juan Larrea Holguín, tomo VIII, pg. 720.

Revisados sumariamente algunos de los mecanismos de los que se vale el proceso civil ecuatoriano para combatir la sorpresa judicial, pasemos a analizar los mecanismos utilizados por otro sistema procesal, el anglosajón y específicamente el Sistema Procesal Federal de los Estados Unidos de Norte América.

I. Conceptos básicos

El mecanismo a través del cual la legislación federal norteamericana combate el acaecimiento de sorpresas judiciales es el "discovery".⁽⁶⁾

Una definición de "discovery" la encontramos en el Black's Law Dictionary, Sexta Edición, West Publishing Co., 1990. Pg.466

El Discovery es la fase procesal, que tiene lugar en la etapa previa al proceso. En esta fase cada parte puede solicitar a la otra la información y datos que tenga en relación al caso. De esta manera la parte que solicita esa información puede conocer la prueba con que cuenta la contraparte y preparar mejor su caso.

Para fines académicos se suele distinguir en el proceso federal norteamericano dos etapas, la etapa previa al proceso, llamada "pretrial", y el juicio como tal. La etapa previa al proceso incluye la litis contestación:

Demanda, contestación y eventualmente contrademanda, y demanda cruzada⁽⁷⁾ así como las impugnaciones y mociones admisibles referentes a estos actos procesales; incluye además el "Discovery" y la conferencia anterior al Proceso⁽⁸⁾ Terminada esta

6. La traducción literal al español del término "Discovery" es "descubrimiento"; sin embargo, para mayor claridad de este trabajo, utilizaré la palabra directamente en inglés.

7. Cross claims.- Demandas que se formulan entre litis consortes o para incluir a alguien dentro del juicio, que provienen de la transacción o hecho que da origen al juicio o están directamente relacionadas con él. Se distinguen de los cross-claim en que estos se dirigen contra la parte contraria. Black's Law Dictionary, Supra Pg. 375.

8. Una vez terminado el discovery los abogados de las partes se reúnen con el juez y determinan cuales son los asuntos en disputa y los hechos a probar. Ellos están en capacidad de planificar el proceso, pues conocen la prueba con la que cuentan las dos partes. En esta conferencia las partes también podrían conciliar, total o parcialmente, tal como ocurre en nuestro sistema judicial en la Junta de Conciliación.

etapa, el juez puede decidir el caso sin necesidad de iniciar formalmente el juicio, o las partes pueden desistir de manera voluntaria. Si nada de esto ocurre, se inicia el juicio con los escritos de apertura que presentan las partes, en los que indican qué pretenden probar. Se abre la causa a prueba y luego, sea con jurado, o directamente por el juez, se dicta sentencia.⁹

Si bien la institución del Discovery no es nueva¹⁰ su aplicación se extendió notablemente con las reformas sustanciales de procedimiento de los siglos XIX y comienzos del XX, y especialmente con la implementación de las Reglas Federales de Procedimiento Civil de 1938, que eliminaron viejas restricciones en materia de disponibilidad, aplicabilidad y uso de la técnica del Discovery.¹¹

Otro antecedente en el que se basa la institución del Discovery lo encontramos en los requisitos que debe reunir la demanda. El derecho anglosajón, históricamente, contenía normas muy rígidas y formales para la demanda, y el incumplimiento de éstas en la formulación producía el rechazo de la demanda que, además, eliminaba la posibilidad de volver a demandar.¹²

Para evitar este excesivo formalismo, que ofende a la administración de justicia, las Reglas Federales de Procedimiento Civil simplificaron enormemente la demanda. De conformidad con las normas federales, el actor, en su demanda, tiene que

9. He creído adecuado, consciente del altísimo riesgo en que incurro, hacer este brevisimo sumario del proceso civil federal americano. Creo conveniente advertir que esta es una clasificación incompleta y arbitraria. Para quien esté interesado en un esquema más detallado del proceso, incluyo un cuadro sinóptico preparado por el Profesor Michael J. Golberg de la Escuela de Leyes de la Universidad de Widener

10. La Institución del Discovery se remonta a las Cortes de Equidad del Sistema Anglosajón; en este sistema operaban simultáneamente las Cortes de Derecho y las Cortes de Equidad, las primeras basaban sus decisiones en las reglas y precedentes del derecho común (Common law) en tanto que las segundas decidían por equidad siguiendo procedimientos también de equidad. Las Reglas Federales de Procedimiento Civil unificaron las Cortes y los Procedimientos. Black's Law Dictionary, supra, pg. 353

11. Elements of Civil Procedure. Cases and Materials, M. Rosenberg, H. Smith, R. Cooper Dreyfus, 5th Edition, The Foundation Press, Inc. 1990.

12. Mary Kay Kane, Civil Procedure, pg. 86

establecer únicamente los hechos determinantes, ⁽¹³⁾. Incluso, por excepción, en ciertos casos ni siquiera es necesario señalar en la demanda los hechos determinantes; por ejemplo, en algunos Estados, en una demanda por servicios provistos que no fueron pagados, no hay necesidad de señalar hechos adicionales, ya que ellos se determinarán en la etapa probatoria y esto, a veces, produce una demanda vaga.

El hecho de que la demanda sea tan vaga podría dificultar la defensa del demandado, quien, a lo mejor, no conoce o no tiene información sobre los hechos que serán objeto de prueba. Se justifica, entonces, que se de al demandado el derecho de requerir del actor toda la información que este tenga sobre el caso, información que incluye la posibilidad de conocer la nómina de testigos o peritos, las pautas de las preguntas que hará a esos testigos, la exhibición de fotografías, o cualquier otra evidencia técnica o documental que pueda tener sobre el caso.

La posibilidad de que las partes, a través del mecanismo del Discovery, puedan conocer, antes de que se inicie el juicio, cual es la prueba con que cuenta o piensa contar la contraparte, es generalmente considerada como un elemento que coadyuva al éxito del proceso. Entre las principales ventajas, los tratadistas del Derecho Procesal americano ⁽¹⁴⁾ destacan las siguientes:

- Permite determinar con claridad el contenido del litigio, desechado los fundamentos de hecho o de derecho no controvertidos por las partes, lo que permitirá al juez aplicar con mejor criterio las normas sobre pertinencia y admisibilidad de la prueba.
- Permite a las partes tener una visión más clara sobre sus posibilidades reales de obtener una sentencia favorable, conocimiento que sin lugar a dudas facilita la transacción.

13. Se distingue entre hechos determinantes o sustanciales, hechos probatorios y conclusiones legales. Se entiende por hechos determinantes los que configuran la acción, por ejemplo, en una acción por violación de un derecho, el actor deberá demostrar que tuvo ese derecho, que el demandado tenía la obligación de respetarlo y los hechos que prueban que no lo hizo. Los hechos probatorios proporcionan mayores detalles de como sucedieron los hechos esenciales, o como se comportaron las partes. En la práctica, como lo anota Mary K. Kane, la línea divisoria suele estar en el grado de detalle de la demanda.

14. Véase por ejemplo "Discovery Practice," Roger S. Haydock y David I. Herr, Little Brown and Company, 1988.

- Corroborar al principio de igualdad entre las partes, pues las pone en iguales condiciones de conocer la información sobre el caso, sino eliminando, o disminuyendo desigualdades "naturales" de las partes. Ejemplo: capacidad económica de una de las partes para contratar una investigación sobre el caso. Mediante el mecanismo del Discovery, las dos partes, y no sólo la que contrató la información, podrían beneficiarse con los datos y prueba que provenga de esa investigación.
- Permite obtener el testimonio de personas que eventualmente no estarían disponibles al momento de recibir la prueba.
- Elimina sustancialmente el factor "sorpresa" en la decisión judicial.

Desde el punto de vista práctico del abogado, el Discovery puede ser utilizado para varios propósitos que van desde conocer más la concepción de la parte contraria acerca de cómo sucedieron los hechos, hasta dilatar al proceso o molestar a la otra parte. Es interesante anotar, además, que los propósitos de los abogados al aplicar los métodos de discovery, de hecho, varían según patrocinen al actor o al demandado. Para mayor información, vease la estadística de un estudio sobre el tema efectuado por el Programa de Justicia Real de la Facultad de Leyes de la Universidad de Columbia. ⁽¹⁵⁾

Entre las principales críticas que se hacen al mecanismo de Discovery están:

- Puede incrementar sustancialmente los costos del proceso ⁽¹⁶⁾.
- Podría ser injusto para la parte que ha dedicado esfuerzo y dinero en conseguir información, que la otra se beneficie de la misma sin ningún esfuerzo. Este hecho se conoce como parasitismo legal ⁽¹⁷⁾

15. Tomado del libro "Elements of Civil Procedure" de Maurice Rosenberg y otros. Supra, pgs. 664 y 665.

16. Es opinión generalizada que el costo del proceso es uno de los más serios problemas de la administración del justicia en los Estados Unidos de Norte América.

17. Esto de alguna manera lo limita la Regla 26(b) de las Reglas de Procedimiento Civil que faculta a la Corte a obligar a que la parte que se beneficia de información que obtiene de la otra, participe en los gastos que fueron necesarios para su consecución.

- Podría producir demora en la sustanciación del proceso.
- Puede ser utilizado abusivamente para ocasionar molestias y pérdida de tiempo a la contraparte a la que se requiere todo tipo de información.
- Puede ser utilizado de manera abusiva para conseguir información confidencial de la contraparte, y beneficiarse extrajudicialmente de ella.

Algunos de estos riesgos se han verificado en la práctica procesal de los Estados Unidos, y son las cortes las que, en última instancia, deben establecer, caso por caso, la admisibilidad del Discovery, aceptando o rechazando las objeciones que formula una parte frente a los requerimientos de "Discovery" planteados por la otra. ⁽¹⁸⁾

II. Mecanismos para obtener información de la contraparte

De conformidad con la Regla 26 de las Reglas Federales de Procedimiento Civil, las partes pueden obtener información a través de los siguientes mecanismos: testimonio; testimonio sobre preguntas formuladas por escrito, interrogatorios; inspección de bienes o revisión de documentos, exámenes físicos y mentales; y admisiones.

- 1.- Testimonio:** Es la declaración que rinde en forma oral una parte, un testigo o un perito, en respuesta a las preguntas, que también de manera oral, le formulan los abogados de las dos partes. El testimonio se lo rinde ante un comisionado de la corte, generalmente en las oficinas de uno de los abogados, o en cualquier otro sitio. El testimonio se lo rinde bajo juramento.

Los abogados pueden hacer todo tipo de preguntas que sean relevantes al caso. Estas preguntas no están limitadas por las reglas de la prueba. Hay absoluta libertad para ir haciendo preguntas según el deponente entrega información al rendir su

testimonio. A través de las preguntas, los abogados pueden obtener información no sólo sobre la materia en disputa, sino sobre el comportamiento, conocimientos y otras características personales del testigo o perito, que eventualmente les pueden ser útiles en la preparación del caso. Este testimonio no elimina la posibilidad de volver a llamar al deponente en el término de prueba, pero de hecho limita la posibilidad de quien lo rinde pueda cambiar el testimonio. En el término de prueba, ese testimonio estará sujeto a las reglas de evidencia. El testimonio rendido en el discovery en ciertos casos como muerte o viaje de un testigo, por ejemplo, puede ser utilizado en la etapa probatoria.

2. Testimonio sobre preguntas formuladas por escrito. La parte que utiliza este mecanismo de discovery prepara el pliego de preguntas que quiere que la otra parte o un testigo conteste, y envía el formulario. El deponente en este caso comparece ante el comisionado de la Corte y contesta las preguntas, las mismas que son transcritas y firmadas con juramento.

No se admiten nuevas preguntas al momento de rendir el testimonio en el trámite del juicio. Tampoco este testimonio está limitado por las reglas de la Evidencia.

3. Interrogatorios.-

En esencia es similar al anterior, con la diferencia que las preguntas no se contestan ante el comisionado de la Corte, sino que se le envían directamente a la parte contraria en documento escrito, firmado por quien lo preparó bajo juramento. Sólomente puede interrogarse a las partes, no a testigos.

Los hechos a los que se refiere el interrogatorio no están limitados al conocimiento personal del interrogado, en ciertos casos lo obligarán a revisar documentos o información bajo su control; caso típico en los interrogatorios que se hacen a administradores o empleados de sociedades. El interrogado, sin embargo, no está obligado a investigar materias que estan fuera de su control. Si la información requerida consta en archivos o libros, el interrogado puede no entregar la información directamente, pero debe poner a disposición del interrogante tales libros o archivos. ⁽¹⁹⁾

⁽¹⁹⁾ Esto obedece al hecho de que el interrogatorio generalmente involucra mucho trabajo y esfuerzo para el interrogado, y se los usa de manera abusiva.

4. Inspección de bienes o revisión de documentos.

A través de este mecanismo las partes, sin necesidad de intervención judicial, pueden solicitar se les permita revisar archivos o documentos en poder o bajo control de la otra parte. Naturalmente los documentos y bienes deberán ser relevantes en el caso. La parte que solicita la revisión puede hacer copias de los documentos que le interesan, sacar fotografías de los bienes, hacer grabaciones de video, etc.

5. Exámenes Físicos y Mentales.-

Este mecanismo se diferencia de los anteriores por el hecho de que el pedido de una de las partes, requiriendo exámenes físicos o mentales de la otra, debe ser aprobado por la Corte. La Corte ordenará dichos exámenes únicamente si considera que hay una "buena causa" para hacerlo, y si la situación física o mental de una de las partes es materia de litigio.

Los exámenes físicos o mentales, como mecanismos de Discovery, están limitados a las partes o a quienes están sometidos a su custodia o control legal.

Sin bien este mecanismo puede ser utilizado por las dos partes, la Corte será más exigente al aplicar el criterio de "buena causa" cuando se pidan exámenes al demandado. La filosofía subyacente es que el actor es quien establece la configuración de la controversia, y puede determinar más fácilmente como uno de los asuntos litigiosos la salud física o mental del demandado.

6. Admisiones.-

Se entiende por "admisión" el mecanismo por el cual la una parte solicita a la otra que acepte la veracidad de hechos o las apreciaciones legales; de esta manera se limita la disputa a los asuntos de hecho o de derecho realmente controvertidos. Las "admisiones" están limitadas al proceso en el que se producen.

Este mecanismo funciona generalmente a través de cruce de documentos entre las partes la parte que envía el documento solicita que la otra admita su veracidad.

Por este mecanismo puede requerirse no sólo la admisión de hechos, sino también la admisión de puntos de derecho; por ejemplo, una parte puede solicitar que se admita la "validez" de

un contrato o de un principio que se estipuló en una cláusula. El silencio de la parte contraria significa su "admisión" del hecho o del derecho. Adicionalmente, la parte puede aceptar o negar el hecho o derecho, o simplemente negarse a admitir el documento por tratarse de información no relevante o privilegiada.

La parte a quien se le pide la admisión de hechos que desconoce, no está obligada a investigar para responder. Hay Estados que prohíben la admisión de criterios legales cuando el asunto, materia en disputa depende de tales criterios. Las Reglas Federales, por el contrario, obligan a las partes a admitir esas cuestiones legales.

III. Participación judicial en el Discovery.

Desde el punto de vista del procedimiento, el aspecto más relevante es que, con la sola excepción de la petición de exámenes físicos y mentales, las técnicas del discovery operan sin necesidad de intervención judicial ²⁰. En la práctica, lo que suele ocurrir es que los abogados de las partes tienen una reunión preliminar, fuera de la Corte, y discuten muy abiertamente sobre la información con la que cuentan, y generalmente se ponen de acuerdo en cual es la información que se pedirán mutuamente, y a quien la pedirán: partes, testigos o peritos. Recordemos que, de conformidad con la Regla 26b4A de las Reglas Federales de Procedimiento Civil, las partes están obligadas a informar el nombre de sus testigos y peritos, y cuales son las materias sobre las que pedirán su testimonio.

En el evento en que una de las partes se niegue a entregar información que a su criterio no es relevante o es privilegiada, el asunto pasa por vía de impugnación de la parte que pidió la información y no la recibe, a decisión de la Corte.

La Regla 37 establece las sanciones que se pueden imponer a quien no coopera en el Discovery. Estas sanciones van desde la aceptación de que los hechos o cuestiones legales se han probado, la prohibición de incluir esa información como prueba, forzar el

20. En el sistema judicial ecuatoriano, como lo establecimos antes, la información debe pedirse a través del juez. A18uien puede pedir información directamente a la otra parte pero ésta no tiene obligación de suministrársela.

cumplimiento de la orden de pagar los gastos del Discovery, y puede, en casos extremos llegar a imponer penas de prisión y multas para el que incumple.

Si bien sería difícil incorporar íntegramente la institución del Discovery en nuestra legislación procesal, considero que podrían tomarse algunos elementos de ella para, con las adecuaciones pertinentes, reforzar algunos de nuestros conceptos y prácticas probatorias, a efectos de combatir de manera más prolija y eficiente la sorpresa judicial.

Sólo como ejemplo pienso que se deberían tomar algunos de los elementos propios de la declaración de parte del derecho americano para nivelar el claro desequilibrio en la que actualmente se produce en la práctica de la confesión de parte.

En fin, considero que un análisis crítico y mesurado de esta institución puede ser útil como elemento de juicio en un replanteamiento de algunas de nuestras instituciones procesales.

Bibliografía

1. Textos legales

- Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación Argentina.
- Código de Procedimiento Civil de Colombia.
- Ley de Enjuiciamiento Civil de España.
- Código de Procedimiento Civil de Chile.
- Federal Rules of Civil Procedure.
- Código de Procedimiento Civil de la República del Ecuador.

2. Doctrina

- * Barrios J. Eduardo La Demanda en el Proceso Civil y Comercial. Editorial Velez Sosfield, Rosario, 1986.

Lovato Juan Isaac Programa Analítico de Derecho Procesal Civil Ecuatoriano. Casa de la Cultura Ecuatoriana, Quito, 1962.

- * Castro y Fernández Leonardo Derecho Procesal Civil. Tecnos 1988, Madrid.
- * Larrea Holguín Juan Repertorio de Jurisprudencia Quito.
- * Black, Law Dictionary Sexta Edición, West Publishing Co. 1990.
- * Rosemberg, Smith & Dreyfus Elements of Civil Procedure 5th. Edition The Foundation Press, Inc., 1990
- * Civil Procedure Mary Kay Kane West Nutshell Series West Publishing Company, 1991
- * Haydock Roger S. & Herr David I. "Discovery Practice" Little Brown & Company, 1988
- * Weinstein, Mansfield, Abrams, Berger "Federal Rules of Evidence with Excerpted Notes" Foundation Press, 1984.
- * Coud John, Friednthal Jack H., Miller Arthur R. Civil Procedure, Cases & Material 3th Edition West Publishing Co., 1988
- * Ley de Enjuiciamiento Civil, Reino de España, Editorial Coritos S.A. 1988
- * Derecho Procesal Civil, Casarino Viterbo Mario, Editorial Jurídica de Chile 1984
- * Código de Procedimiento Civil Pereira Monsalve Luis César Poligráficos Medellín 3ra. Edición 1988
- * Estudios de la Reforma Procesal Ley N° 18.705 de 24 de mayo de 1988 Davor Horasic Y. Marcos Libedinsky Tsch. Milton Juice A. Editorial Jurídica Ediar Cono Sur 1988.
- * Martínez Pereda Rodríguez José Manuel, Temas de Derecho Procesal, Juan José Gonzalez Rivas Vicente Sancho Artola Editorial COCEX, 1990 Madrid, España
- * Palacio Lino Enrique Manuel de Derecho Procesal Civil Abeledo Perrot Buenos Aires 1991/389

- * Cuadrado Jesús Código Procesal Civil y Comercial de la Nación 4ta. Edición Actualizado por Dr. Oscar J. Martínez, Depalma, Buenos Aires, 1987.
- * Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Anotado por Antonio José Giangrasso, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1989
- * Falcón Enrique, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Abelardo Perot, Buenos Aires 1983
- * Cruz Baharnonde Armando, Tomo I Editorial Arquidiocesana "Justicia y Paz" Guayaquil, 1988
- * Devis Echandía, Hemando. Comprendido de Derecho Procesal, Tomo I Bogotá. Editorial A B C, 1972.

Visión general del problema de los menores internos en las instituciones de rehabilitación

Dra. Nydia Mosquera Palacios ()*

Aspectos globales del problema

El Ecuador es un país de jóvenes. Para 1.987, la población comprendida en el grupo de 0 a 19 años, representaba el 52% de la totalidad de ecuatorianos. No obstante, la desaceleración que ha experimentado el crecimiento demográfico, el país ha entrado en los últimos 25 años en una tendencia de aumento explosivo de su población, al punto que ella más que se ha duplicado. Con seguridad, en los próximos años el predominio de la población joven repercutirá enormemente en la configuración socio-económica de la nación.

La fuerte crisis social que vive el Ecuador no ha dejado de involucrar cada vez más jóvenes. En el futuro los problemas sociales que afecten a los jóvenes serán más serios todavía, si no se toman medidas y estrategias de atención. Las tres situaciones más expresivas de esta nueva realidad están siendo: de una parte, la incapacidad del sistema educativo para ofrecer servicios de calidad y asegurar la cobertura escolar, siendo más notorio el debilitamiento de la formación, la ausencia de orientación educativa y el divorcio entre educación y trabajo. De otra parte la incapacidad de los aparatos productivos para absorber mano de obra, en la tasa que corresponde al aumento poblacional, por medio del empleo, está llevando a un explosivo crecimiento de los desocupados e informales. De manera semejante, la proliferación de grupos ciudadanos, del estilo pandillesco o tribal, con motivaciones anarquizantes y de características violentas, constituyen, también, situaciones expresivas de esta realidad juvenil.

(*) Directora Nacional de Protección de Menores

Otro de los fenómenos contemporáneos del Ecuador es el crecimiento de las ciudades motivado, entre otras causas, por el empuje campo-ciudad, la falta de oportunidades de trabajo en el agro y la búsqueda de educación para los hijos.

La población del Ecuador se vuelve citadina. La proyección para esta década es que llegará al 65%, de la población total. Existen ciudades de crecimiento explosivo, La Maná, entre otras. Con ello aparecen o se agudizan muchos problemas de índole comunitario: la insuficiencia de servicios básicos, la falta de infraestructura pública y de vivienda, nuevas formas de urbanización, el cambio en las comunidades de barrio el apareamiento de los movimientos de reivindicación social, etc.

El rostro más lacerante de la crisis económica que afecta al Ecuador es, probablemente, la generalización de la pobreza estimándose que el 51% de la población total vive en condiciones de "pobreza absoluta" acentuándose en las áreas rurales, donde llega hasta el 65%. El empobrecimiento del campo y la ciudad, unido a explosivas situaciones demográficas, configuran una serie de resultados inéditos, que a los ojos de los políticos, de sociólogos y antropólogos, de educadores y economistas, están siendo materia de preocupación y estudio; en especial, porque de la comprensión de estos fenómenos derivarán propuestas y alternativas de atención a los problemas sociales de la hora.

Uno de los resultados visibles de estas nuevas situaciones sociales es el deterioro de las relaciones familiares y el apareamiento de rasgos conflictivos.

A la familia le está tocando transitar hacia un proceso de modernización, donde a cada miembro le cabe diferentes roles. En particular, la nueva situación obliga al trabajo compartido de padres y madres; y en el caso de los hogares medios y pobres, los hijos también deben coadyuvar al sostenimiento. En estos nuevos roles la familia no acaba de consolidarse y es víctima de la desintegración cuando presiona y sacude la pobreza, la falta de educación, la ausencia de oportunidades, la carencia de servicios asistenciales. Es común en las grandes y medianas ciudades ecuatorianas encontrar significativas cantidades de niños abandonados y maltratados, viviendo en ambientes sórdidos y desprotegidos en sus elementales necesidades.

Tampoco es nada nuevo observar como situaciones de crisis social y agudización de la pobreza recaen en los sectores más débiles y desprotegidos de la sociedad, como corresponde a los niños y jóvenes.

Uno de los informes del Instituto del Niño y la Familia, INNFA, utilizando datos disponibles en 1.986, anotaba que el 61% de los menores de 15 años en el Ecuador viven en niveles de pobreza y de riesgo:

Riesgos inherentes a la no satisfacción, o satisfacción incompleta de sus necesidades básicas de nutrición, salud, educación, recreación y entorno familiar protector, seguro y afectivo. Riesgo de un crecimiento y una maduración severamente limitados. Riesgo de nunca llegar a ser adultos completos, creativos, inteligentes, productivos, participativos, solidarios.

La situación de los niños y jóvenes ecuatorianos no solamente es precaria a causa de la pobreza de sus familias. Lo es por las propias condiciones de generalizada crisis socio-económica. En este contexto son parte de la problemática aspectos tales como la influencia negativa de ciertos programas de televisión y medios de comunicación social, la falta de servicios recreacionales, la insuficiente formación recibida en escuelas y colegios, el inadecuado uso del tiempo libre, entre otros.

Un cálculo que data desde 1.987, permite establecer que la población infanto juvenil que se ha convertido en trabajadora, esto es, en sector incorporado a la economía informal, en las ciudades y en el campo, sobrepasa al millón de personas. La mayoría de ellos se ocupan en actividades que suponen relación de dependencia y es fácil entender, que una buena parte se emplea ayudando a sus familias, en actividades artesanales y comerciales.

Un fenómeno ligado estrechamente a la población infanto-juvenil ubicada en situación de riesgo, representa los así llamados "Chicos de la Calle", niños y jóvenes trabajadores prematuros que utilizan la calle para buscar, mediante cualquier tipo de ocupación, su subsistencia.

Entre las características de los "Chicos de la Calle" se menciona su tendencia a la deserción escolar, al desarraigo familiar, el empleo de "conductas infractoras" y su involucración con el orden y la policía.

En realidad, pese a los esfuerzos estatales y los provenientes de otras fuerzas, la atención a la problemática de los jóvenes, en sus distintas facetas, la educación, el trabajo, la recreación, salud y nutrición determina fuertes limitaciones de cobertura y de eficiencia; que puestos en la situación generalizada de crisis socio-económica arrojan resultados sociales que evidencian una variedad de conflictos, que dentro de un enfoque de preventividad exigen acciones inmediatas.

Sinopsis cuanti-cualitativa del problema

Según la legislación ecuatoriana son menores quienes se ubican entre 0 a 18 años de edad, consecuentemente, los niños y un gran sector de jóvenes corresponden a esta denominación. La misma legislación y la organización estatal prevé para ellos una serie de servicios, entre los que se destacan la educación básica, la atención a la salud y el bienestar, en general.

Para enfrentar la problemática de los menores que sufren situaciones de abandono, orfandad o de crisis derivada de la adopción de conductas infractoras, tales como el robo, la prostitución, el uso indebido de drogas, el Ministerio de Bienestar Social mantiene una red de instituciones de protección y rehabilitación, y junto a él trabajan, también, en esta área un número considerable de instituciones privadas, dependientes de organismos sin fines de lucro. Otras entidades accionan en áreas conexas y de sentido preventivo.

Aunque la Dirección Nacional de Menores, dependiente del Ministerio de Bienestar Social distingue la atención institucional entre protectiva, para los casos de abandono, orfandad y cuidado diario, y rehabilitadora para los casos de menores que exigen tratamiento y una recuperación, bajo acciones terapéuticas; la mayoría de instituciones trabajan en los dos campos y reúnen en su interior a menores que atraviesan una diversidad de situaciones.

Las instituciones de Protección y Rehabilitación de Menores atienden a mujeres y varones, con programas que suponen internamiento por varios tiempos, según los casos y de conformidad a procedimientos legales y reglamentarios, establecidos por los Tribunales de Menores y el Código de Menores.

Es difícil precisar el número de jóvenes, de ambos sexos, atendidos por una red de instituciones, debido a su irregular permanencia en ellas. No obstante, de una u otra forma, anualmente se reciben ingresos por aproximadamente 4.500 jóvenes.

El ingreso de los menores a las instituciones de protección y rehabilitación se determina por una serie de causas, desde la vagancia o soledad hasta la sospecha por crimen; sin embargo, sobresalen como principales motivos: el cometimiento de actos de latrocinio, como sustracción o hurto; las redadas en las calles efectuadas por la policía; el abandono y maltrato de la familia; la prostitución en el caso de las mujeres; escándalos públicos y manifestaciones callejeras; denuncias particulares de infracciones cometidas. En todos los casos o en su ma-

yoría actúa como agente de ingreso la policía y como patrocinadores, los tribunales de justicia de menores.

Un antiguo director de una de estas instituciones, graficaba la situación del siguiente modo: "Los menores detenidos son muchachos cuyas edades se hallan entre 12 y los 18 años, muchos de ellos son reincidentes, con largos historiales de detenciones, fugas y reingresos; un porcentaje muy alto proviene de hogares desorganizados o no posee hogares. Impresiona el hecho frecuente de muchachos que desde temprana edad y por muchos años, viven flotantes, durmiendo en portales, zaguanes o bajo camiones, que se alimentan en base de lo conseguido con miserables trabajos eventuales o pequeños hurtos. Otros poseen hogares; pero es alto el índice de casos en que los familiares los rechazan totalmente o los admiten con muchas reservas. Hay casos en los que uno o varios miembros de la familia se hallan detenidos en cárceles o viven de una mezcla de ocupación eventual y robo.

No obstante de la conformación de una red institucional de atención en protección y rehabilitación a los menores, una de las principales dificultades que acusa al sistema es la inexistencia de un verdadero programa de recuperación, que integre los diversos elementos y componentes de la problemática, esto es, la rehabilitación psico-social, la profesionalización, la reinserción familiar y social.

Se reconoce que en este campo el país ha avanzado muy poco. Un informe del Conade, fechado en 1985 señala que el esquema de tratamiento a los menores ha permanecido intocado, al menos por 50 años. De una parte, la situación de internamiento a las que se someten los menores, cuando no es tratada bajo programas sistemáticos y con políticas y normas claras, termina por crear estereotipos y confusión en los jóvenes, a más de la repulsa natural que ocasiona el encierro. Por otra parte, el empleo reiterado de procedimientos extraños de las necesidades de los jóvenes, muchos de ellos concupiscentes y atentatorios a su integridad, ha estado ocasionando situaciones de quiebra institucional y falta de credibilidad en el trabajo de los centros.

La ausencia de una política de protección y rehabilitación de menores, unida a una falta de voluntad para atender a este sector ha provocado una suerte de crisis institucional generalizada, reduciéndolos a centros de reclusión sin más. La falta de integración entre los diversos estamentos técnicos de la atención a los menores, la insuficiencia de los fondos para financiar programas, la inadecuación de locales, la falta de capacitación y reciclaje del personal responsable, la

inexistencia de talleres aptos para las experiencias de trabajo, son entre otros, problemas profundos que han venido atravesando las instituciones.

La resultante obvia de esta trama de limitaciones ha sido la institucionalización de los menores, entendida no como mediación terapéutica entre la comisión del delito y su reincorporación a la sociedad, como debiera ser, sino como un paso que estabiliza y fija aún más los caracteres y conductas negativos adquiridos por los menores. El centro, de esta manera, no aporta a las soluciones de los menores; al contrario, perjudica a muchos.

El problema de los chicos "institucionalizados"

Las características de la problemática de los menores que se encuentran internos en las instituciones de protección y rehabilitación, presenta un gran abanico de aspectos, difíciles de reducir a un grupo determinado. Los mismos grados de conflictualidad son variables, desde los grados que implican ciertas patologías extremas hasta presencias superficiales de psicopatías o conductas que deben modificarse, preventivamente.

Esto ha creado, en principio, una gran dificultad; porque supone dos líneas de atención bien definidas. Una, dirigida hacia el trato individualizado del menor. Para dar respuesta a su singular problemática; y otra, orientada a un seguimiento sistemático de que le ayude a "reflotar" y reinsertarse socialmente. En consecuencia, el trato indiscriminado y masificador, la atención indiferenciada al grupo, sin interesar los grados de conflictualidad y los programas específicos que se requieren para cada caso, vulnera las posibilidades de éxito y termina "igualando a todos" en una misma y sola óptica de atención.

Uno de los problemas más serios que afronta el sistema o red de instituciones que atienden a estos menores es, precisamente, mantener un modelo uniforme y tradicional de tratamiento, producto más de la espontaneidad e iniciativa de los funcionarios y menos del empleo de estrategias y metodologías de carácter científico y pedagógico. La atención basada en el castigo, la represión, el perjuicio, la creencia de que la reclusión dinamiza los complejos de culpa, por si misma, solamente han servido para estigmatizar a la misma institución, de donde se tiene que el solo hecho de sentirse "adentro", provoca en los jóvenes un sentimiento de rechazo e inconformidad, que anula las probables intervenciones terapéuticas.

Los rasgos dominantes de la problemática de los menores que están siendo atendidos en estas instituciones son:

- **Aspectos fenomenicos globalizantes:** Desadaptación, retraso escolar, deficiencias nutricionales, desorganización y desestructuración familiar, carencia de valores de vida, presencia de Psicopatías de varios géneros, dependencia de amistades nocivas.
- **Aspectos de la vida afectiva:** presencia de complejos, carencias afectivas, rebeldía y desconfianza, agresividad, inestabilidad, inseguridad, apatía.
- **Aspectos del comportamiento:** indisciplina, irresponsabilidad re-nuencia a cambios, rechazo a la autoridad, sexualidad irregular, tendencia al uso de drogas.

Cualquiera que sea la situación de los menores y su grado de conflictividad se esperaría que las instituciones dispongan de respuestas apropiadas; programas, recursos y procedimientos adecuados. Más lamentablemente esto no sucede, en la mayoría. Entonces los resultados devienen en una ecuación lamentable: chico que ingresa a la institución = chico que profundiza su problema.

En realidad, los efectos de la crisis socio-económica se sienten más agudamente en este género de servicios comunitarios, cuya naturaleza si bien es atender a la rehabilitación de los menores conflictuados y esto, de por sí, representa una serie de problemas, con el peso de la conflictiva social se agraban profundamente. Las instituciones reportan problemas como estos: incapacidad funcional por falta de organización estructural adecuada; deficiente infraestructura material y física; descoordinación con las instancias juridico-policiales, falta de mística y seguridad en lo que se hace; rigidez frente a las innovaciones. Numerosos educadores se sienten frustrados, incomprendidos por la sociedad y la opinión pública, con poco orgullo de su trabajo.

Los campos de atención que tradicionalmente han venido sosteniendo las Casas de Observación e Institutos Profesionales de Rehabilitación han sido:

- a) El tratamiento: centrado en el trabajo de Psicólogos Clínicos y Educativos, bajo modalidades de intervención tipo consulta.
- b) La Escuela: centrada en aulas y el ejercicio docente que sigue un curriculum convencional, en un horario irregular, sin sistematización, ni seguimiento.
- c) El trabajo: centrado en talleres, pero sin niveles instruccionales, ni programas.

De los tres ámbitos, se ha considerado preeminente el tratamiento, focalizándolo en intervenciones individuales de diagnóstico y separándolo de las actividades del trabajo y de la escuela. De modo que una de las características fundamentales que evidencian las instituciones son los enfoques psicologistas no integrados en el trato de los menores.

Sin embargo, hay que reconocer que el problema de los chicos institucionalizados no es sólo problema de las instituciones, sino también de una compleja red jurídico policial. Amen, de que la mayor parte de las conductas adquiridas y el espacio vital que las "justifica" o explica están fuera de los centros de atención a los menores. La problemática de los chicos se vincula en la mayoría de casos, con situaciones familiares y factores desencadenantes que provienen de su propio medio, como es el caso de los grupos sociales críticos.

En resumen, los problemas de los "menores institucionalizados" se agrupan en dos niveles diferentes, pero relacionados intimamente.

De una parte, la exteriorización de la misma problemática social en su parte más débil, los menores, con un panorama dramático de carencias, conflictos y perturbaciones, a nivel personal y familiar, reproducida en las instituciones por la inopia política y la falta de compromiso y solidaridad social de los responsables del manejo público. Y por otra parte, la incapacidad institucional de responder con los medios que se tienen, por el presente y futuro de estos jóvenes.

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATOLICA DEL ECUADOR
ASOCIACION ESCUELA DE DERECHO**

**DECIMO QUINTO CONCURSO DE
CUENTO Y POESIA
"PABLO PALACIO"**

Con el apoyo de la Academia Ecuatoriana de la Lengua

La Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia
Universidad Católica del Ecuador, convoca a los
estudiantes universitarios de todo el país, al
XV Concurso de Cuento y Poesía "PABLO PALACIO"

- PRIMERA:** Podrán participar todos los estudiantes Universitarios de cualquier universidad del país.
- SEGUNDA:** El concurso involucra los géneros literarios de cuento y poesía. Los participantes podrán presentar un solo trabajo en cada género, los mismos que deberán ser originales e inéditos.
- TERCERA:** La extensión de los trabajos no excederá de 10 hojas escritas a máquina a doble espacio en hojas tamaño INEN, en cuento y de 100 versos en poesía. Se presentará un original y dos copias en sobre cerrado, identificándose con seudónimo.
- CUARTA:** Los trabajos llevarán adjunto otro sobre cerrado que se identificará con seudónimo y contendrá una fotocopia de la cédula de identidad, o la copia estudiantil actualizada, un certificado que acredita la calidad del participante como alumno universitario del país, y el formulario a continuación con la información completa solicitada.

Los trabajos que no cumplan los requisitos señalados quedarán automáticamente descalificados, decisión que no podrá ser apelada.

QUINTA: Los trabajos deberán entregarse en la Asociación Escuela de Derecho, Av. 12 de Octubre y Patria, bloque II octavo piso, mencionando en el sobre XV CONCURSO DE CUENTO Y POESIA PABLO PALACIO.

SEXTA: El plazo de admisión de los trabajos se contará a partir del 9 de mayo al 15 de julio de 1994.

SEPTIMA: El jurado calificador, conformado por reconocidas personalidades del ámbito literario, emitirá su informe hasta el 20 de Agosto/94.

OCTAVA: La premiación se realizará el mes de octubre en una ceremonia en la que, además, el jurado se referirá a la calidad literaria de las obras ganadoras y los criterios utilizados para así declararlas, abriéndose un foro con los concurrentes.

la AED recibe autorización expresa de los participantes para publicar los trabajos ganadores.

NOVENA: Se entiende que con la presentación de los trabajos, los participantes aceptan la totalidad de estas bases y se someten al fallo inapelable del Jurado.

Mayor información y detalles serán proporcionados en la Asociación Escuela de Derecho.

PREMIOS:

Entre quienes obtengan el PRIMER LUGAR EN CUENTO y el PRIMER LUGAR EN POESIA se sorteará entre estos premios:

- Pasaje Quito - Los Angeles - Quito, donado por **Agencia de Viajes Andinos.**
- Cuatro días y tres noches; un crucero en las Islas Galápagos para 2 personas donado por **SAMOA TURISMO.**

Entre quienes obtengan el SEGUNDO LUGAR, se sorteará entre estos premios

- Cuatro días y tres noches en el Club CASA BLANCA de SAME (Esmeraldas) para dos personas, donado por **CLUB CASA BLANCA**, más dos pasajes Quito-Esmeraldas-Quito donado por **TAME**.
- Cuatro días y tres noches en Tonsupa-Esmeraldas donado por **"HOSTERIA LA CHOLITA"**, más S/ 200.000 en una Cuenta de Ahorros, donados por **"BANCO INTERNACIONAL"**

Desde el TERCER al QUINTO LUGAR se entregarán **MENCIONES DE HONOR**.

Señor Lcdo.

ALVARO GALINDO

Presidente de la Asociación de la Escuela de Derecho
Universidad Católica

Ciudad.

VEREDICTO DEL XV CONCURSO DE CUENTO Y POESIA "PABLO PALACIO"

Los que suscribimos este veredicto en calidad de miembros del jurado calificador, si bien somos miembros de Número de la Academia Ecuatoriana de la Lengua, no actuamos en su representación, sino, a título personal; por lo mismo, no se podrá atribuir a la Academia el fallo dado.

POESIA

Se presentaron diecinueve trabajos, de los cuales fueron descalificados tres: uno, por haberse usado el nombre propio del autor; el segundo que corresponde al pseudónimo de DUCK, por no ajustarse a las bases del concurso de presentar un solo poema, y, el tercero, sin pseudónimo y de más de cien versos.

Analizados todos y cada uno de los poemas, encontramos que no se podía conceder el primer premio a ninguno por ausencia de calidades sobresalientes en la creación de ellos. Resolvimos, por lo mismo, seleccionar dos poemas para el segundo y tercer premios. Son, en su orden, **FUEGO EN LAS COLINAS** de "Ricardo Neptalí Reyes"; que tiene buena concepción de la forma y coherencia y claridad en el tema vindicativo de la América aborigen de que trata. Y, **"LA RAZON DE MI ARREBATO"** ("O el arrebató de la razón"), correspondiente al pseudónimo de "ZED"; en este poema hay buena elaboración de la forma, por el ritmo, la intención de búsqueda de expresiones personales rápidas e incisivas y la necesidad de eludir la prolijidad del razonamiento.

CUENTO

Se presentaron veinte cuentos; tres trabajos fueron los seleccionados. Para el primer premio el cuento **EL TIEMPO PASA** del pseudónimo "Martín de la Ceja", porque lo encontramos bien armado, con una vigorosa corriente de monólogo interior; es cortazariano en su forma, en su dialéctica caprichosa; usa, incluso, nombres y palabras de Cortázar.

Para el segundo premio el cuento **FABRICANTE DE MENTIRAS** del pseudónimo "Albatros"; tiene méritos de buen narrador, aunque abusa de incoherencias en su estructura interior y en su articulación episódica. Pese a sus caprichosos sesgos expresivos, hay imágenes certeramente captadas, como las de Sábato.

Para el tercer premio el cuento el **AVE INMOVIL** del pseudónimo "Emilio". Es cuento de tipo fantástico, que carece de soporte de una técnica bien concebida, pero que muestra elementos narrativos de cierta consideración.

Dado en Quito a 31 de agosto de 1994

JURADO:

- Galo René Pérez
- Jaime Dousbedés Carbajal
- René Flores Jaramillo

Fuego en las colinas ^(**)

Richard Mora Jiménez ()*

¡Y te llamaron América!
Nadie sabía quien eras... nadie.

Los horizontes plateados
fueron apagados
La naturaleza indígena
fue extinguida.

Primero, pisaron tu corazón,
y luego te ardieron en llamas.
Pero antes de llamarte América:
fue universo de oro la tierra,
fue la tierra labrada por manos aborígenes,
fue el aire lleno de mariposas,
y el espacio lleno
de estrellas expandibles;
fue el hombre amigo del hombre.

También, antes de llamarte América,
salían de brazo el sol y la luna,
hombre y mujer, arcilla y barro,
tierra y pasto, árbol y montaña;
... todo se comprendía.
Antes de que pasen por tí:
Los ríos, cascadas, lagos,
el agua, jugaba al desnudo con los niños,
y se aprisionaba en su manantial de ternura.

(*) Estudiante de Jurisprudencia Universidad Central

(**) Segundo Lugar - XV Concurso de Poesía Pablo Palacio

La transparencia de tus mares,
se amoldaba allá por las noches,
con toda la belleza pastoril.
En todos los nocturnos la luna,
jugueteaba eternamente
con las verdes palmeras soñolientas;
Pero aquel día que extraños pisaron tus orillas,
murió mucha gente que habitaba en tu corazón,
desesperación, lágrimas, sangre:
Y se desató el fuego
que todavía arde en tus colinas.

De repente una oscuridad te invadió:
se quebró la olla y la chicha se derramó,
ninguna danza indígena se hizo con libertad,
desde ese día...
otras manos cortaron el trigo de tu alma,
acorralaron la verdad y la justicia,
y las encarcelaron para que no las visitaran,
pero algún día alguien lo hará.

Y aquí estamos nosotros los herederos,
en el tiempo, en el soñar del espacio,
con el delirio que nos trajeron,
¡Aquí estamos nosotros!
los hijos de la luna, del sol, de la tierra,
recordando el pasado que tuviste,
Aquí presentes luchando junto a tí.
¡América aquí estamos!

Y ahora tierra ancestral y milenaria,
que te juntas a tu intangible historia,
que se abre la nueva ruta en tu camino,
¿qué vas a hacer? te pregunto...
¿acaso a herirte toda la vida por ese pasado?
No, no hay razón...
Sabes, ahora solo te queda
con tus manos quebradizas,
labrar y recuperar la fertilidad de tu suelo,
y amasar con tu maisal,
una nueva historia de verdad.

Tu nombre América...
me parece
que tiene el sabor natural de esta tierra,
me parece tu nombre
sacado de las tumbas,
de Atahualpa, de Amaru, de los mismos aztecas,
me sabe tu nombre
a coraje y valentía... también a naturaleza.

Te prometo
Tierra nacida de este paraíso,
que vamos a apagar
el fuego que prendieron en tus colinas,
porque,
Nadie descubrió nada:
¡América siempre fue América!

S. Ricardo Neptali Reyes

La razón de mi arretrato^(*) (o el arretrato de la razón)

Fernando Zea la Rochelle D. ()*

Tu paso ligero y travieso,
tu andar fuertemente femenino,
me empina, me corroe, me contraría,
me confunde las emociones,
las expectativas y sensaciones,
excitando el sentimiento
el furor
y el deseo vehemente,
púrpura, violeta,
ávido, colmado,
infinito, declarado,
extasiante, amortiguante,
de señorear tu boca,
de sojuzgar tus labios,
y saber con certeza
que nunca, jamás,
esquivar, renegar,
escapar, desertar,
podré de ti, ni de tu aliento
del abismo
de la profundidad
de lo vasto, de lo estrecho,
de toda de tí, del todo para mí.

Es que mi alma no se contiene,
aún se doblega y cuestiona
si el tiempo se está perdiendo,

(*) Estudiante de Jurisprudencia P.U.C.E

(**) Tercer Lugar - XV Concurso de Poesía Pablo Palacio

entre distancias tan insignificantes,
entre pieles tan cómplices,
que menospreciando las miradas,
no conformándose con las caricias,
ni con cándidas elocuencias corpóreas
evalúan indicios y vibraciones,
puritanamente pecaminosas,
diabólicamente celestiales,
de tu corazón y del mío
de uno y del otro
de uno sólo.

En ti los pinos llegan a turbarse,
las vertientes fabrican sus sendas,
y cuando la brisa rasga el aire,
el viento morbosamente engríe tu cabello,
mientras, mi corazón inadvertido,
bruscamente embriagado,
se ata a tu cielo,
a tu mar, a tu infinito, a tu andar,
y en eso, la inclemencia de mi sentimiento,
hace intuir tu suavidad,
tu cuerpo blanco envuelto en lujuria,
en tanto que suplicante,
abochornado,
demando mi vanidad saturar.
Y es que sediento de tu temperamento
no me propongo rehusar
mi ansia, mi locura,
mi necesidad de ti,
confesando a mi existencia
el afán de mi arrebató
mi ardiente calamidad
el oleaje y el rugir
mi bizarra pasión
codiciosa pretensión
por regocijarme en tu presencia.

Pero el infinito te pierde,
te esconde, te aleja,
penetrando, difundiendo,
tu imagen en mi pecho
tu aliento en mi hombro
la pureza de tu piel

en mi inmundo corazón.
Privado de ti me arrinconó
violentamente,
inconteniblemente,
cubriéndome el vacío
la soledad
la angustia
e intento guardarme,
sitiarme,
en tus ojos, en la tenacidad de tus ojos
en la intensidad de tu mirada.
Porque tu ausencia me turba,
me asusta
y le temo no a la muerte,
no al fracaso,
sí a perderte
a no tocarte,
a que mis brazos
mi pecho
mi cabeza,
se limiten a soñarte
a esperarte a ver si el tiempo
a ver si tu amor
sensibiliza, siente
mi necesidad de tí
de vivir, de morir
contigo,
con nadie más.

"ZED"

El tiempo pasa...^(**)

José Luis Galván J. (*)

Lo primero, y lo más importante tal vez, no sea exorcizar, sino descubrir al verdadero culpable, y por qué no al asesino, al que hizo posible que la línea negra (llena de letras) se extendiera hasta la mano trémula, se derramara sobre la hoja en blanco e hiciera justicia consigo mismo.

La hora adecuada es precisamente ésta, la de la memoria, la del rencor apasionado, la del deseo impúdico, la del extrañamiento impuesto por tu presencia de sombra perpetua. Y ésta también, ésta que la tengo entre mis manos y me va a permitir establecer un juego casi lúdico, y satisfactorio además, con tu ridículo anonimato tan evidente hasta en el color de tu piel. Y es que solo quiero definirte, limitarte, desenmascararte para concretizarte y reducirte a tu mínima (que en tí es máxima) expresión, Martín. Ya sé que luego intentarás justificarte, explicarte al menos, pero ya será tarde, o mejor, ya es tarde, porque te acabo de descubrir mirando por encima de los lentes, esforzándote por encontrar la palabra precisa, huyendo de los signos de interrogación, aborreciendo los signos de admiración y complaciéndote en tu autorecuerdo narcisista.

Quién propició este mundo de mierda, no lo sé. Tal vez fue ese cuartito al final de la Esmeraldas, justo en la esquina con la Benalcázar. Te acuerdas flaca? En el límite donde terminaban ese sin fin de gradas cómplices de todos los domingos exageradamente aburridos. Y la cama (también), que alguna vez fue lo mejor de nuestras vidas y que nos hacía reír de todos los discursos llenos de cafés, de rutinas, de libros, de papeles con explicaciones que me recordaban a los esbozos de la academia de la lengua, y que terminó siendo receptáculo de preguntas y respuestas prolongadas hasta que el deseo se trocara en desilusión, como siempre también.

(*) Estudiante de Filosofía P.U.C.E

(**) Primer Lugar - XV Concurso de Cuento Pablo Palacio

Lo que no entiendo es que te hayas juntado precisamente con él. Por qué con él. Como si él supiera la musiquita que te gustaba escuchar cuando hacíamos el amor, como si pudiera entender tu sueño fingido después de las doce, como si comprendiera el significado de una mujer desnuda con un libro de ecología sobre su vientre, como si conociera tus pequeñeces, tus odios y rencores, tu tremendo parecido con Octavia de Cádiz y tu triste destino como el de la Maga. Estoy seguro que tus frases entre comillas, tus paréntesis y tus puntos suspensivos jamás lograron una convención tácita. Cómo podía saber él que adorabas los días tremendamente nublados, como el que tengo ahora encima; cómo podía adivinar el significado de un vientre sudoroso y desnudo moviéndose alocadamente y sin permitirse descanso alguno. Qué podía él saber de tu estilo, de tu estilo sin mayúsculas, ni tildes, ni puntos apartes, ni guiones, ni ciudades, ni años. Solo anotaciones al margen, manchas negras, papeles irreverentes y personajes esparcidos hasta en la cama, como saltimbanquis sobre el tinglado. Seguro que tus invenciones fueron objeto de encuadernación y olvido, igual que las palabras que sacabas de tu diccionario secreto e imaginario para crear historias con cielos azules, miradas profundas y limpias, hombres convertidos en botellas de vino y una vida llena de conversaciones mezcladas con carcajadas que estallan en lágrimas y suspiros.

Te odio Martín, te odio por siempre y para siempre, por ser un hijo de puta con garbo, por llevar los zapatos limpios, por tu perfección a cuestas, por tener un diccionario encima de los hombros, por saber sonreír justo cuando todo el mundo te mira, por pretender masticar todas las palabras que anotas en un cuaderno aparte. Te detesto Martín por tu risa fácil, por tu caminar despreocupado, por ser intratable poéticamente, por tu esnobismo humanista mal disimulado, por adorar la picaresca del XVI y maldecir el erotismo del XX, por hablar siempre del contrapunto y de las tres voces y por olvidarte de las canciones de amor.

Cómo es posible Martín que hayas copulado sin quitarte la ropa, con los lentes puestos, con la luz encendida, repitiendo palabras bien pensadas y con acento de intelectual a punto de lanzar un libro. Tú, incomprensiblemente tú, que eras incapaz de masturbarte hasta en tu propia cama y te ruborizabas cuando una mirada se dirigía a tu braguita obligándote a mostrar tus dientes blancos y a meter las manos en los bolsillos.

De nada te sirvió tu admiración por Borges; ni tus libros despiadadamente ordenados y con hermosos lomos, ni tu abrigo negro, ni tus zapatos de gamuza, ni tus cuadernos con letras grandes y bien dibujadas como queriendo dar saltitos alegres. Ni siquiera tu sociabilidad, tus buenas costumbres, tu carácter equilibrado, fueron suficientes para que tu sangre no corriera a toda velocidad y pudieras negarte

ante unos brazos desnudos, ante unos muslos firmes... Fue la primera vez que tu cuerpo decidió por tí, Martín, y nunca lo supiste.

Tu prosa fue suficiente para abordar cualquier discusión intrascendente; tu ceño fruncido te permitió acomodarte ante cualquier desliz; tu visión costumbrista logró imponerse como forma práctica de ver la vida. La reunión, que para mí fue la cruel reunión, te dio un aire de cierta superioridad, como la que adquirirías cuando te dirigías a tus amigos ad honores y a tiempo completo. Eso era lo más importante del mundo. Ahí te realizabas, te sentías vos mismo y podías emitir juicios domésticos bien disfrazados.

Ya nadie te salva Martín, Martín de la Ceja, Martín Martín. Ni siquiera tu educación despiadadamente acartonada. No puedo más que condenarte por no permitirte ni un solo paso en falso, por no renunciar nunca a nada, por observarlo todo con tu miopía por delante, por tu nihilismo con suerte, por amar en abstracto, por tu afán de ubicuidad tan despreciable a la hora de tu degradación. Martín, realmente eres un grandioso y perfecto iluminado, como el insoportable Edwards. Nadie te odia, pero tampoco nadie te ama. Chopin fue un gran pretexto, pero debiste haber escogido una marcha triunfal de Johann Strauss padre, o algún texto de Hesse antes que uno del cronopio mayor. Ya no tienes salida, aunque recurras a tus acostumbrados subterfugios, a tu numen contradictoriamente académico.

No voy a permitirme ni un solo suspiro, ni una lágrima, ni siquiera un rictus innato, nada. Solo absolutez amarga, huérfana, letal, como un cuarto vacío, como cajón de escritorio en medio de una enorme sala. Ni una sola pregunta, nada de ayunos forzados, nada de palabras grises. Ningún insomnio vale la pena, ningún tic-tac tic-tac hasta las 2:30 am., la rabia frente al espejo ya no significa nada, el temblor de mis rodillas ahora pasa desapercibido. Las letras ya no se juntan, ya no forman las palabras que nos permitan aceptarnos tal como somos, tan disímiles como nuestras vidas ya no pueden jalonar el más mínimo recuerdo. Tan separadas. Sin el más absurdo significado, sin poder ser elementales siquiera. Un día, de veintiséis horas ha tomado su lugar; doce horas de sueño no serán suficientes para acortar el día de mañana.

Cada vez que te mire, Martín, voy a tener presente tu desdoblamiento gratuito, como queriendo conjurar tus contorsiones mentales. Sin poder contener la primera persona del singular formalizada por una parodia morbosa, ni tu memoria incontinentemente detallista y perversa, claro. Cuando tenga la suerte de encontrarte me voy a sonreír porque solo yo sé que eres consuetudinariamente insoportable.

Fabricante de mentiras (**)

Michel Andrade Heredia (*)

*él era un fabricante de mentiras
enseña las historias de cartón,
su vida era una fábula de lata,
sus ojos eran luces de neón...*
Sui Generis

El título no era importante todavía, o al menos no parecía serlo; eso vendría después, sobre el final. Por lo pronto, había tropezado en una vieja edición de los "Cuatro Cuartetos" con estos versos:

*"What might have been is an abstraction
remaining a perpetual possibility,
only in a world of speculation"*
T.S. Elliot

Versos que en letra de doce puntos y cursiva se verían muy bien al inicio del cuento, en un pequeño recuadro anterior a la narración, matizándola... "Una cuestión de edición" se dijo para sus adentros, mientras en la pantalla se iban ordenando los caracteres en cursivas y una violenta discusión sobre lo pretencioso de narrar en primera persona y las ventajas de hacerlo en tercera para el desarrollo de los diálogos y los escenarios, se llevaba a cabo 3 entre su intelecto, el sentido estético y las pocas hojas de papel bond que quedaban del paquete de quinientas de la semana anterior, importante debate académico que se vió impertinentemente interrumpido por una llamada de número equivocado al teléfono... "perdón" dice apresuradamente una voz. Tiempo para una taza de café: las 21h15. Al ponerse de pie, por la ventana alcanzó a ver un gato atigrado de tonos grises, que ganó con alguna dificultad el techo de la casa contigua, sobre un fon-

(*) Estudiante de Jurisprudencia P.U.C.E

(**) Segundo Lugar - XV Concurso de Cuento Pablo Palacio

do de luna en cuarto menguante, y un cielo lo bastante obscuro de estrellas (para preocupación de ecologistas), superpuesto a las calles mal alumbradas de un barrio apacible y anónimo de clase media al norte de Quito... (recordó haber leído en alguna parte que jamás se puede ser el amo de un gato, sino un simple alimentador) y lo miró alejarse pesadamente por el borde del tejado... Ahora era su turno de hacer una llamada: *"Aló, Alexandra por favor?"* (se escucha un cuchicheo entre dos voces de mujer y luego un 'no está' muy seco) *gracias... solo dígame que llamé.* Colgaron del otro lado, y por un momento se juntaron su mirada y la de la fotografía de la agenda, con el sabor del café... casi un reproche...

De vuelta frente a la pantalla de la computadora:
El faro gira sobre el acantilado, queriendo traspasar a la niebla con su luz, mientras la lluvia no se decide a caer, dejando que las primeras gotas las empuje el viento sobre el faro y la niebla; las olas van rompiéndose con fuerza sobre las primeras rocas, labrando paciente-mente los rostros de la mitología que las empuja... en la cima, dos figuras humanas, sombras que nadie ha visto hacer el camino de subida entre la maleza; ella con los brazos cruzados y de espaldas a él, que abre sus brazos para sostener la noche y acercándose al borde, se arroja al vacío. *"aprender a volar, implica aceptar el riesgo de chocar con las rocas..."* suspenso repetido mecánicamente a una compañera de rostro anónimo que se aleja conteniendo un grito (que explota en el horror en sus ojos), palabras ensayadas antes de girar sobre sus talones y arrojarle al interior de la garganta de roca y sal, agitada por un dios sediento... el viento quisiera detenerlo (dibuja una parábola perfecta sobre la silueta de la luna)... sus ropas pegadas a la piel y en su rostro, perfecta serenidad del vacío sonriendo a las aristas de la pared...

"Todavía hay que pulirlo", se repetía, queriendo alejar los fantasmas del otro lado del teléfono y de atrás de la ventana, que recordaban ese trabajo para entregar mañana a las seis, al que le faltaba una jurisprudencia, los dos trámites pendientes *"para ayer"* de la oficina, los repuestos del auto, las cartas para el correo, Alexandra...

otra taza de café, a tiempo para las noticias en la Televisión Española: un anciano de ochenta años a su llegada a Madrid; un hombre de una mirada correctamente triste detrás de las gafas oscuras de marco grueso...

"autor de tan solo tres novelas"

la redacción de la nota ha puesto cierto sarcasmo en sus palabras, que traducen bien su objetivo en la voz de la relatora... el anciano, desde la banca de un jardín dice a los reporteros mientras agita suavemente sus manos:

*"no entiendo como alguien puede sentarse
detrás de un ordenador, y escribir novelas
basadas en un estudio de mercado..."*

Sábato, una voz firme en su acento del Río de la Plata, una voz tal vez cansada y antigua...

"la literatura debe ayudar a vivir"

se hace la pausa para el cambio de nota. Luego del anuncio de un próximo libro, "Las Memorias del fin" el sonido de un tiroteo y la panorámica habitual sin comentarios, cede el paso a la toma del cadáver congelado de un hombre joven despedazado por la metralla en una esquina de Sarajevo... una toma de noticiero de televisión con el pulgar en alto apuntando a la conciencia de Europa... y ahora deportes:

*"El Barcelona enfrentará mañana quizás su
compromiso más duro de Copa de campeo-
nes", "Stoichkov, Romario y Laudrup quie-
ren ser titulares..."*

Las 23h15. La caída se transforma en vuelo; su cuerpo emerge de entre la niebla casi al besar la espuma de las olas y su ascenso sobre el acantilado levanta un murmullo que de a poco crece con los chirridos de cientos de caracoles incrustados en las rocas de murciélagos que encienden, sus ojos al interior de sus guaridas y de pelicanos que miran asombrados desde sus nidos, todo despertando para gritarle que debe volver, detenerlo... volar no es para los hombres... la lluvia calla y la luz del faro cruza sobre su frente... "Volar no es para los hombres", "...regresa!", grita un trueno, "regresa!" repiten mil veces las rocas, conjurándolo con el eco que responde en cada una de sus cavernas excavadas por el agua, "regresa!"... él no puede escucharlos, ahora es muy tarde, los está dejando atrás, apenas pequeños destellos que se distinguen a lo lejos... (mañana se reportará un suicidio, y nadie encontrará el cuerpo...) él solo puede seguir subiendo... ahora hay luz... ahora solamente es luz...

El turno de la radio:

"ask yourself, who watch for me?"

Sería buena idea incluir en lugar de los versos, el inicio de una partitura; que tal la "Tocata y Fuga" de Bach? sería bastante original encontrar un pentagrama con las notas como manchas de tinta, en lugar de las rimas... aunque muy poca gente sabe leer música...

"sin embargo los impresionaría.." le dedicó este pensamiento a adivinar como serían los miembros del jurado, mientras juntaba las manos y reclinaba la silla hasta que quede apoyada en sus partes traseras: tal vez periodistas que escriben su columna editorial todos los martes analizando la realidad con ese dejo de nostalgia de quien cree ha visto épocas mejores, o pseudo-literatos de largas cabelleras grasosas que agitan sus manos cuando hablan de la riqueza de los elementos literarios, como los que uno encuentra en el Café Ilbro la noche de los miércoles, profesores universitarios cansados ya de ser distinguidos con el honor de revisar cientos de páginas de ortografía y gramática dudosas, o escritores de prestigio, de esos que se les dedica una fotografía a color delante del estante de sus libros en las revistas dominicales de los periódicos, y que solo son recordados cuando mueren, o el gobierno los condecora por haber alcanzado algo más de los setenta años, y suelen ser lo bastante testarudos de creerse parte de una élite superior a la mass media, que ellos y solamente ellos deberían orientar...

Bien, pero a fin de cuentas, por que escribía? porque un amigo le avisó de un concurso con buenos premios? las bases del concurso impresas en un diario de circulación universitaria lo miraron con benevolencia desde el escritorio, queriendo decirle cosas que decidió no escuchar...

"...but it's probably me"

Sting

Tal vez la respuesta se encuentre tras la sonrisa de la barra de un bar... desde atrás del parabrisas del auto, las mismas calles solitarias de la Mariscal con sus veredas ensanchadas, árboles de colores tristes y adoquines en lugar de asfalto, que solo cobran vida por las noches; pulcras residencias de aire señorial construidas entre los cincuenta y los sesenta, de aquel tipo de casas de tejados altos y chimeneas de piedra entre las que trepan enredaderas, que en algún tiempo pertenecieron a familias pudientes que luego emigraron más al norte (como al principio lo hicieron del centro, de las Plazas de San Francisco -abandonando los aguinaldos- y Santo Domingo), hacia la Carolina, Ñaquito y el Bosque, la mayoría parte del catálogo de Patrimonio Cultural, convertidas en alegres clubes de Strip Tease con pistas de espejos, bares de moda a medio camino entre el Pub y la discoteca, donde no se puede conversar ni bailar, casas de cita para homosexuales, y demás facetas casi ocultas de una sociedad jugando al equilibrista, en el borde del tradicionalismo y la hipocrecía... prostitutas y travestis casi vestidos, burócratas y estudiantes, ejecutivos bancarios y hampones, todos compartiendo el mismo espacio vital con uno que otro aprendiz de poeta (en medio del alcohol y otros produc-

los menos tradicionales), en el centro de operaciones del incipiente distrito financiero de la ciudad...

Vaya! hace tiempo que no se te ve por aquí!

Una sonrisa conocida por algo así como la mitad de una vida acompañada de un apretón de manos: Juan Pablo, compañero de colegio, el mismo tipo con el que durante cuatro años observaron desde el aula (siempre había dicho que lo mejor de su colegio era la increíble vista de la ciudad) el paso de la caravana de los viernes, entre la hora de filosofía y la de historia, cuando Febres Cordero se dirigía al aeropuerto para ir a Guayaquil en un grupo de tres Mercedes de color negro, custodiados por diez autos de guardaespaldas, dos motocicletas y un helicóptero artillado; hijo de una buena familia (así, subrayado), de esas con escudo de piedra en el frontón de la casa de hacienda llena de trofeos de cacería y libros de páginas amarillentas, un tío-abuelo vicepresidente de la República el siglo anterior, un padre reconocido y respetado en la cámara de comercio, una hermana animadora de un programa femenino de TV, una madre muy consciente y orgullosa de ese patrimonio, y él mismo, que nunca destacó en el colegio por otra cosa que no sea su habilidad con el balón (puntero izquierdo), que le valió un ascenso a la Primera A de uno de los seis clubes de fútbol de la ciudad, con buenos comentarios de los periódicos luego del debut en doblete de domingo por la mañana con un gol de cabeza, promocionado por su apertura con la prensa (y su apellido), rumores de una pre-selección y empresarios que pedían cotización...

Hasta esa tarde de sábado en que nada parecía salir bien y la paleta para el cambio a los veinte del segundo tiempo se alzó con su número. Lo reemplazaron por un muchacho "de color", que apenas podía decir su nombre frente a las cámaras, pero que convirtió dos goles, que luego fueron quince hasta el final del campeonato, aunque el equipo no llegó a los cuadrangulares. Así comenzó a alternar en la banca, hasta que una mañana colgó los estoperoles, los cambió por un traje y la facultad de Administración, y se dedicó a los negocios de papá y la esposa quince años más joven de un socio próximo a ocupar uno de los sitios reservados de la compañía en el Parque de los Recuerdos... ahora es accionista del equipo, y dueño del pase del muchacho "de color", que pronto será traspasado a un club de guayaquil... el destino suele ser una ironía... pero en todo caso, un buen negocio si se sabe aprovecharlo...

El Grupo lo son los amigos de siempre, esos que ahora piensan ya en el matrimonio, en establecerse en algún pequeño departamento, hijos y trabajo, un auto nuevo y las vacaciones de agosto. Tres parejas perfectamente divertidas alrededor de la mesa: dos cervezas, un gran tazón de un coctel azul ceniceros, cigarrillos y un wishky; Una muchacha morena bastante alta, con el cuerpo de una estatua de diosa griega, los ojos de color miel, labios perfectos y un acompañante que bien podría ser su padre pasa junto al grupo; todos saben que es, una prostituta de alta categoría, tal vez incluso alguno sabe su nombre y el del caballero importante (pero finge no verlos), aunque el comentario es ya parte de la conversación que viene y va entre los temas habituales, en medio del ruido y la música; la política, los chismes de los conocidos, que quién con quién, que cuándo, *"cáncer a la garganta sin haber probado nunca un tabaco!"*, *"Silvia embarazada?"*, *"nos casamos el próxima agosto"*, *"voy a comprar ese auto"*, hasta que una voz cruza la pregunta inadecuada, muy tarde para los puntapiés debajo de la mesa y las muecas:

- Y Alexandra?

Fin de la magia del lugar; la situación se convierte súbitamente en algo demasiado incómodo entre disculpas, cambios del tema y salidas apresuradas...

Las mismas calles otra vez desde el auto, recogándose ya entre el andar vacilante de algún borracho y las luces de un patrullero, de vuelta a la pantalla de la computadora... mientras, la radio:

"estoy perdiendo el color..."
Charlie García

Las 3H20 de la madrugada. Mañana, es decir hoy, hay que trabajar... pero no interesa la gran cosa, al borde de un diálogo en el papel, con el dios que agita la marea...

el descenso comienza cerca de las ruinas, trazando las formas de un trapecio... la entrada de la cueva no dista mucho, escondida entre las sombras, pero el llamado es seguro y se distingue sobre la niebla... pasadizos largos, excavados con precisión y paciencia en la roca húmeda, tal vez parte del antiguo monasterio, tal vez parte de una construcción anterior a a luz final del túnel que está cerca ya...

Se acarició las sienes "de donde saqué un monasterio?", reconoció un cierto tono de cinismo mientras sorbía el café, y se masajeaba la nuca mientras cerraba los ojos irritados y lo atrapaban algunas fotografías mentales inconclusas, los recuerdos con nombre de mujer como la tarde de un sábado luego de un concierto que se había puesto

ya gris de lluvia y su mirada, labios acercándose, un beso cinematográfico mientras la ciudad gira alrededor, zoom de la cámara alejándose, subtítulos agradecimientos y los nombres de todos los actores secundarios y la banda sonora en letra muy pequeña, el Copyright y el logo de la compañía (tras el beso, solamente el beso)... Ahora otra imagen: esa vieja amiga de hace pocos años que del fondo de su bolso extrae el regalo de su novio que se halla de intercambio, una pipa de cristal, curada para el consumo de algún ácido..., pasaporte a un pretendido estado de creación absoluto?... todo gira y se concentra de nuevo alrededor del trabajo al que le faltan las jurisprudencias, los repuestos del auto, porqué estoy despierto tan tarde ya pensando en todo esto,...

"Un fabricante de mentiras"

pensó, siempre construyendo sobre mentiras, queriendo engañarse con aquello de lo hermoso que sería morir en un día de sol, con la mirada puesta al cielo recordando cómo es la mañana desde la escalinata de la Iglesia de San Juan antes de la restauración (con los restos de pintura de la fachada dejando ver los adobes), la vista hacia el Sur, las antenas parabólicas de Carondelet, cúpulas de todos los tamaños en la ciudad vieja, casas coloniales saqueadas a punto de caer... recordando el rostro de esa mujer que se encerró tras las paredes del convento de clausura hace dos años ya... *"fabricando mentiras como en la canción"*, buscándole salidas a la metástasis de la soledad, buscando escapar de su largo rostro... repitiendo que esas sombras no existen, recreando sobre el papel un cierto aroma de un amor olvidado en el fondo de la taza de café (o en la guitarra que canta en la habitación de al lado), buscando inventar atmósferas de intriga que no suenen a snobismo, todo en un lenguaje complejo que no deja sino adivinar las paredes de lo que preferiría describir como un largo laberinto concéntrico... *"Heldenklau?"* (es así como se escribe?) *"Fabricante de héroes"*, como llamaban a sus sargentos los soldados alemanes en los campos de Rusia durante la II Guerra Mundial, esos soldados que dormían espalda con espalda y el fusil entre la piernas, para evitar morir congelados...

"Siéntate a mi mesa" dijo el dios al hombre desde el fondo de su mirada... *"siéntate a mi mesa y bebe mi vino por esta noche"*... *"los has ganado..."*

Ya solo falta justificar el texto (y por cierto, revisar la ortografía).

"There is no pain..."
Pink Floyd

El ave inmóvil (**)

Ana Lucía Jaramillo Villacís (*)

*"La vida está hecha de muchas cosas maravillosas y diferentes. Presi-
samente, porque son diferentes son maravillosas. La variedad es un ele-
mento importante de la belleza". J.*

A veces pienso que el tiempo es sólo el recuerdo de haber vivido. Un espacio implacable en la memoria, del que somos conscientes sólo a través del rito de la vida. En el instante sagrado en que nuestros sentidos se revuelcan en la fantasía de las tinieblas...

Todavía evoco el día en que atrapé el perfil de una sombra en un fondo de espuma, a punto de reventar en lágrimas. Su cuerpo estaba inmóvil; era como un animal gigantesco con el lomo lleno de cicatrices que matizaban su color opaco. Tenía cuevas de obscuridad en lugar de ojos; no me miró, pero supo que lo miraba. No sonrió porque estaba triste. Se quedó callado esperando una caricia.

Entonces, el polvo en forma de espíritus desconocidos me cubrió los ojos de telarañas y empecé a verlo todo como a través de un túnel negro del que aparecían los objetos fragmentados. La luz se apagaba a intervalos, mientras un líquido sin color resbalaba por mi piel, dibujando manchas de bronce. La imagen borrosa del espejo descomponía mi percepción en un juego de perspectivas múltiples y profundidades ignoradas. Tres personas hablaban dentro de mí, sólo que ninguna dejaba de ser yo misma. Pero sus voces me lastimaron las manos cuando me tapé los oídos. El eco era más intenso si dejaba de mirar, así que mantuve abiertos los párpados y se me enredaron dos mariposas, que casi destruyeron mis pupilas con su aleteo para escapar.

(*) Estudiante de Jurisprudencia P.U.C.E

(**) Tercer Lugar - XV Concurso de Cuento Pablo Palacio

Después, descubrí que me habían nacido plumas matizadas de barro, arcilla y arena. Alrededor, el mármol café de las murallas de mi jaula simulaba el bosque encantado de ramas retorcidas, hojas secas y troncos huecos, donde habitaba el buho. Todos los días del buho eran noches. Por eso amaba los sueños y las leyendas misteriosas de hechizos y brujerías. En uno de sus sueños veía que el camino bajaba extrañamente sonreído, llevando pisadas anónimas hacia un mundo de cuento. Luego reconocí los pasos. Eran míos. Experimenté la forma de las piedras bajo mis pies, traspasando los zapatos. Observé que confundidos entre la tenue neblina, aparecían los rostros de las casas con el alma reflejada en sus ventanas. Estaba en un rincón (¿era yo?) rodeada de siluetas blancas derritiéndose con sensualidad. Entonces sentí que me hizo el amor con la mirada y penetró mis sentidos con soledad.

Dijo: "Los momentos felices se irán y volverán, como las aves o las olas, mientras haya vida..."

Al cerrar los ojos en actitud de volar me dolieron las alas y desperté con la sensación que produce ver el reflejo del sol en el agua. Había comprendido que el dolor físico nos hace gritar y que callamos cuando nos duele el alma...porque el gran sufrimiento es inarticulado.

Así, en el sonido del silencio fui reuniendo con mi imaginación los componentes del altar. Todos tenían formas disímiles y cada uno era imprescindible para el ritual. La fragancia de la vainilla le daba dulzura a las vivencias mustias. Una cáscara de nuez en figura de corazón representaba la compleja sencillez de la fragilidad humana. Seis pepitas (faltaba una) anaranjadas eran mágicas sólo si estaban juntas, mientras las piedras tenían tantos significados como irregularidades presentara su superficie. En un vaso de cristal había música y en otro idéntico el sabor de lo invisible. Dos velas apagadas eran ausencia de calor y posibilidad de fuego...

El ritual consistía en la repetición permanente de la exploración de los símbolos, que transformaba mis plumas. En cada nueva luna con aspecto de fantasma, otra pluma cambiaba de color. Se me fueron pintando de sable con algunos trazos de pálido. Hasta que un día de lluvia observé al buho agitar sus alas como si se despidiera en un impulso eterno. Tenía la apariencia de un águila enorme y el espíritu de un colibrí.

Abrí la puerta de mi cuarto y lo examiné desde afuera... la quietud atravesaba las paredes ocupándolo, de manera que ya no hubo zona para mí. Aprendía que mi recurso es la magia; el encanto de mi

duende recogiendo mis sensaciones, como quien va recolectando flores y adorna con ellas mi memoria...

Afuera las flores en el suelo son escasas y moradas, pero hay dos variedades de árboles con hartas florecitas blancas. Todo el bosque tiene una pelusa de verdes pétalos, chiquitos, recién salidos. Se respira un aire de nueva vida. Los pájaros están volviendo de su larga vacación en el sur y las ardillas juegan entre las hojas cafés que todavía cubren el piso. Recuerdos etéreos del último sueño...

Durante la noche se escucha a los buhos y se ve, a lo lejos, el gran monte que espera pacientemente que otra ave inmóvil le acaricie...

EMILIO

Actividades

Alvaro Galindo Cardona ()*

Vivir es luchar, y es por esto que nuestra lucha continúa.

Al escribir estas palabras, lo único que debe entenderse en ellas es la perseverancia que hemos puesto para que cada una de las actividades realizadas tengan un especial significado en la existencia de nuestra Asociación Escuela de Derecho.

Estamos convencidos de que la vida es como una cadena de eslabones, en donde cada acto tiene su razón de ser.

Es así, que hemos dirigido nuestro trabajo a dar continuidad a la labor realizada por la Asociación Escuela que nos precedió.

Esta continuidad en ningún momento calló en el error fatal del continuismo; se siguió con los principios establecidos de seriedad y honradez en cada uno de nuestros actos, pero con nuevas actividades, con diferente estilo de hacer política.

Queremos dejar constancia de que lo que más nos impulsó a realizar lo que muchas veces pareció un sacrificio, fue el respeto y gratitud a esta Alma Mater, y que hoy estamos convencidos que más que un sacrificio, mucho más, ha sido un honor.

Agradecemos a todos quienes depositaron su confianza en este grupo de trabajo, entregando en nosotros el poder de guiar los destinos por un año de nuestra Asociación Escuela; este poder nunca degeneró en temor, sino más bien en deber; el deber de retribuir con eficiencia y compromiso la confianza en nosotros depositada.

(*) Presidente de la Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Aquí, un recuento de las principales actividades:

• **Area Académica:**

Al comenzar nuestra gestión se quiso dar especial énfasis en el fortalecimiento de los conocimientos adquiridos a lo largo de nuestra carrera; es así que se realizaron varios actos de carácter académico, como son:

-Al inicio de la gestión, se trató de visualizar los requerimientos más inmediatos de los estudiantes, y recogimos el Proyecto de Ley, presentado por la Secretaría Nacional de Desarrollo, organizando un panel en el que participaron, tanto defensores de este proyecto, como opositores del mismo. El tema fue "La corrupción administrativa en la sociedad ecuatoriana".

-El país se encuentra inmerso en un proceso de profundas transformaciones; por esto, se organizó, conjuntamente con ESTADE, el panel "La modernización de la Administración Pública", con la intervención de profesores nacionales y europeos.

-En vista de las elecciones para la renovación de los Diputados Provinciales del Congreso Nacional, se organizó, con quienes hoy ejercen dicho cargo, Frank Vargas Pazzos, Raul Baca C. y Marco Flores, el debate "Crisis de la Legislatura Ecuatoriana"; este acto tuvo una amplia cobertura por parte de los medios de comunicación nacional.

-Al presentar el Gobierno Nacional un proyecto de reforma en el área Laboral, se invitó al Sr. Ministro del Trabajo y reconocidos juristas sindicales y empresariales para debatir sobre el tema "La Unificación Salarial". Por contener este proyecto profundas reformas en la forma de recibir el trabajador su remuneración, se da, una vez más, especial cobertura por los medios de comunicación.

-Aprovechando la presencia en el país de representantes de la Comisión de Derechos Humanos, se organiza con la participación de profesores de nuestra facultad conocedores del tema, la conferencia "Los Derechos Humanos en el Ecuador".

-Tuvimos la presencia del ex- presidente de la República, Dr. Rodrigo Borja C., quien expuso sus criterios sobre "El proceso de Modernización del Estado"; se tuvo la oportunidad de mantener un diálogo directo por parte del auditorio presente con tan destacado conferencista.

-En vista de la poca planificación que existe en la generalidad de los abogados al tomar la representación de un caso, se organiza el Seminario-Taller "Planificación estratégica en la solución de conflictos". Esta actividad se desarrolló en época de vacaciones de semestre, sin dejar de ser este un evento que contara con la participación de un buen número de estudiantes, confirmando la tesis de que sería fructífero para todos dictar cursos en vacaciones para aquellos estudiantes que estén interesados.

-En las trascendentales reformas a la Carta Política del Estado dadas en 1992, se eliminó el Recurso de Tercera Instancia, y se creó el Recurso de Casación a cargo de la Corte Suprema de Justicia.

-Por la importancia de la transformación aplicada, se organizó, con el auspicio de la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, el Seminario "El Recurso de Casación", con la participación de destacados juristas de Quito y Guayaquil.

-Asistieron a este evento al rededor de 300 estudiantes de varias facultades de Derecho del país y la cobertura de los medios de comunicación. Se entregó con el valor de la inscripción la publicación "El Recurso de Casación".

-Tomando en cuenta la crisis de liderazgo y falta de credibilidad que afecta nuestra política nacional, se organiza, con la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central y el auspicio de la Fundación Hanns Seidel, el seminario "El Perfil del Político para el Siglo XXI". Este evento académico, según palabras de los Decanos de ambas facultades, deberá marcar una nueva trayectoria en la integración de estas Escuelas de Derecho.

-La realidad nacional demuestra la gran deficiencia que ha tenido el Estado en la grave responsabilidad de administrar justicia. Por esta, y varias otras razones, se organizó, con el auspicio del Centro sobre Derecho y Sociedad, el seminario "Medios Alternativos en la Solución de Conflictos"; se vertieron importantes criterios que esperamos puedan ser una primera pauta para la implantación de estas nuevas corrientes jurídicas -en nuestro sistema- en lo que se refiere a la Administración de Justicia.

-En la labor de la anterior directiva de la Asociación Escuela se impulsó un importante proceso de reforma al pénsum de estudios de la Facultad. Se ha continuado este proceso apoyado por nuestros representantes estudiantiles ante el Consejo de Facultad.

Además de impulsar esta anunciada reforma, se presentó al inicio de nuestra gestión, propuestas concretas ante el Consejo de Facultad, señalando algunos de los cambios que creemos indispensables debe contener esta reforma.

Dejamos constancia y gratitud ante nuestras autoridades que siempre estuvieron dispuestas a mantenernos informados del estado en que se encuentra este estudio.

-Se impulsó la iniciativa de nuestras autoridades para la creación de Ayudantías de Docencia; de esta manera se podrá preparar a los futuros maestros de nuestra facultad. Este ha sido un plan piloto, un primer paso, que deberá revisarse para corregir las fallas que haya podido tener.

-Se conforma la Comisión de Difusión Legal para cristalizar el convenio firmado por la anterior Asociación Escuela. En vista de los cambios que sufriera el Ministerio de Información, convirtiéndose en Ministerio de Información Turística, no pudo concretarse esta actividad. De todas maneras, se logran importantes documentos investigativos que deberán ser publicados en el futuro, como un aporte a la cultura jurídica del Ecuador.

***Area Social:**

-En vista de que, según estatutos, la Vicepresidencia de la Asociación Escuela de Derecho debe coordinar la actividad de los Consultorios Jurídicos Gratuitos, se dió especial énfasis a esta labor.

Los Consultorios Jurídicos organizan, con el coauspicio de la Asociación Escuela, el Censo Carcelario 1994, que termina de manera exitosa gracias a la oportuna colaboración de coordinadores y practicantes. Se reveló importante información de la realidad jurídica, social, de salud, obtenida de varios Centros de Rehabilitación ubicados en la ciudad de Quito. Esperamos que este esfuerzo conjunto pueda ser un primer paso para cambiar la realidad en la que se desarrollan las actividades de estos centros, que están muy lejos de cumplir con su finalidad de dar la posibilidad de rehabilitación.

-Se logra, por intermedio de la Dirección de Rehabilitación Social, se asignen oficinas para los Consultorios Jurídicos para dar atención legal en los mismos Centros de Rehabilitación.

En este momento presta servicio legal la oficina del Centro de Rehabilitación N°2, y próximamente se inaugurarán oficinas en los demás Centros.

-Se llevó a cabo el Agasajo Navideño en varios Centros de Rehabilitación de la ciudad, en el cual se entregaron obsequios, alimentos y un espectáculo musical a cargo de estudiantes de nuestra facultad, que cubrió inclusive a las familias de los reos.

-Se organizan los paseos para los nuevos compañeros del curso Propedéutico, dando oportunidad a todos los estudiantes de la facultad a integrarse a esta bienvenida.

-Tuvimos la visita del grupo de teatro del Centro de Rehabilitación femenino, que nos mostraron la dramática realidad que sufren las personas que son privadas de su libertad.

***Area Ambiental:**

Se incluye esta área en particular, por el especial énfasis que se ha dado por parte de la actual directiva a fortalecer criterios encaminados al respeto de nuestro ecosistema.

-El Club de Ecología ha trabajado durante este año dando asesoría legal. Es así que se entregaron criterios a la Corporación Ornitológica del Ecuador respecto a una demanda ambiental, después de realizar un estudio profundo del caso.

-Se pidió la creación de la cátedra "Derecho Ambiental"; este pedido fue acogido por el Consejo de Facultad, por lo cual nos convertimos en la primera Facultad de Jurisprudencia del país en contar con tan importante materia dentro del pénsum de estudios.

-Se presentó ante la Comisión de Asuntos Ambientales (CAAM) un proyecto de reforma constitucional, aprovechando la coyuntura en la que se ve inmerso el Ecuador. Esta propuesta tuvo gran acogida por la Comisión y se tomaron algunos puntos en concreto que se incluyeron en la propuesta que presentara la CAAM ante la Comisión de Reforma Constitucional.

-En búsqueda de dar un cuerpo sólido al tema del Medio Ambiente dentro de nuestra Facultad, se presenta un proyecto de Estatutos a diferentes juristas involucrados en este tema, para convertir este Club en una "Corporación de Estudiantes de Derecho pro Derecho Ambiental". Esperamos que estos estatutos sean aprobados en los próximos meses.

•Otras Actividades:

-Ante la grata noticia que constituyó para nuestra Asociación el nombramiento de Alto Comisionado para los Derechos Humanos ante las Naciones Unidas que recayó en la persona del Lcdo. José Ayala Lasso, quisimos rendir homenaje ya que hace 36 años atrás había sido él Presidente de la Asociación Escuela de Derecho. En este acto se depositó la confianza de muchos estudiantes en el Alto Comisionado para que su labor realmente de fuerza al respeto de la Comunidad Internacional que debe existir ante los derechos de todas las personas. Este nombramiento constituye un gran honor para nuestra institución.

-En el Día del Maestro, se brinda un homenaje a los profesores de nuestra facultad, que fuera recibido con mucha gratitud por todos ellos. Consideramos que se debe seguir realizando año a año este homenaje tan merecido por nuestros maestros.

-“Egresados 1994” fue un acto de especial reconocimiento a aquellos estudiantes que han sido todos miembros de nuestra Asociación por 5 años o más y que fueron parte activa de nuestra Facultad; esta actividad tal vez no dio mayor rédito político, pero estamos seguros de haber actuado correctamente ante aquellos compañeros que dejan de ser miembros activos de la Asociación.

Pronunció unas palabras el profesor más antiguo de la Facultad, así como también, las palabras de uno de los egresados en representación de sus compañeros.

-Se deja un proyecto de creación del Centro de Investigaciones Jurídicas que ha sido presentado al H. Congreso Nacional para su financiación. Esperamos que este proyecto pueda ser cristalizado por la próxima directiva de la Asociación Escuela.

-Objetivo primordial de este periodo ha sido la creación de la Biblioteca de Jurisprudencia con un fondo bibliográfico que sea realmente un aporte científico a todos los interesados en el mundo jurídico; esto es ya una realidad. La inauguración de este nuevo espacio de estudio e investigación estuvo a cargo del Rector de la Universidad, en vista de la gran trascendencia de esta obra.

Se consiguieron donaciones importantes, tales como:

- Un programa jurídico de computación, por parte de LEXIS S.A.
- Una computadora, por parte de la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo.

- Los Códigos y Leyes vigentes, por parte de la Corporación de Estudios y Publicaciones.

Estas donaciones, entre otras ascienden a un monto mayor a los 20'000.000,=.

Esperamos que esta Biblioteca vaya creciendo paulatinamente y se convierta en poco tiempo en uno de los fondos bibliográficos más importantes del país.

-La Facultad cumple 48 años de existencia; por este motivo se organizan las tradicionales fiestas de Derecho, que tienen la participación masiva de los estudiantes en vista de la buena organización que se tuvo en todos y cada uno de los actos realizados. Estas festividades contaron con la presencia de la Banda de la Policía, Banda del I. Municipio de Quito, la Banda Sinfónica del Consejo Provincial, la Elección de la Reina de Jurisprudencia '94, y la Clausura con el Baile de Gala.

-Esta directiva siempre veló por los intereses de nuestros representados:

- Se rechazó el fuerte incremento de aranceles que se tenía planificado, alcanzando considerables logros;

-Ante los inconvenientes que sufrimos los estudiantes semestre a semestre en el proceso de matrículas se exigió a nuestras autoridades mayor coordinación con nuestra Facultad para las próximas matrículas.

Se pidió una revisión en el número de parqueaderos que se asignan a los estudiantes de nuestra Facultad, considerando que, comparando con otras Facultades, son un alto número de estudiantes de Derecho los que requieren de este servicio.

Publicaciones:

-Se publica el Cuaderno Jurídico "Lecciones de Introducción al Derecho", que busca incentivar a nuestros profesores a investigar y entregar sus apuntes de cátedra que podrán ser publicados por la Asociación Escuela. Esto beneficiará a todos los estudiantes, y además facilitará el método de estudio que podrá ser de manera más organizada.

-Se continua con la entrega de Boletines Informativos, cuya publicación comenzó en la pasada administración, con el propósito de

mantener informados a todos -profesores y estudiantes- de las actividades que realizamos durante el año, y de esta manera ser parte activa de todos los eventos programados.

-Continuando con el Convenio firmado entre la Asociación Escuela y la Asociación de Empresarios, se sigue entregando el Boletín "Programa de Estudios Legislativos", que trae importante información jurídica de actualidad.

-Se entrega a los estudiantes dos publicaciones realizadas por la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo -Los Consejos de la Magistratura y Dimensión Política de un Poder Judicial Democrático- que fueran donadas a nuestra institución.

*Queremos agradecer a todas las instituciones que han depositado su confianza en nuestra institución, dándonos la seguridad de que las actividades que han realizado con nosotros solo dará la pauta para continuar colaborando con los próximos representantes de nuestra Asociación.

Esta muy importante publicación, la Revista Ruptura N° 37, es la culminación de un trabajo serio, responsable, y por sobre todas las cosas, honrado, para la consecución de fines colectivos, como son: la construcción de una patria más justa y una juventud comprometida con el progreso de la sociedad, ya que sin esto, lo primero seguirá siendo algo lejano a nuestra realidad.

Contenido

Presentación

ENSAYOS

- Algunas observaciones a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero
Dr. Santiago Andrade Ubidia 9
- Criminología y bioética: La manipulación genética
Dr. Edmundo Durán Díaz 41
- Derecho y protección del medio ambiente en el Ecuador: comentario a un mutuo y antiecológico olvido
Lic. Patricio Hernández Rentería 51
- Preservando la desigualdad en la conservación del medio ambiente: Criterios para la auditoría ambiental de los campos petroleros de Texaco en la amazonía
Judith Kimerling 59
- El Consejo Nacional de Valores
Dr. Víctor Cevallos Vásquez 81
- Examen general de la situación jurídica interna de las Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos en el Ecuador
Dr. Mauricio Montalvo 81
- La Contestación a la demanda, las excepciones y la prueba
Dr. Alejandro Ponce Martínez 111
- La Modernización en la Seguridad Social
Dr. Jorge Dousdebés C. 133
- Los salarios y su unificación
Dr. Alfredo Corral Borrero 141
- Negociación Internacional
Efrén Cocíos 147
- Nueva Ley de Compañías: Una necesidad histórica
Dr. Gustavo Ortega Trujillo 165

- Sobre algunas maneras de evitar la sorpresa judicial
Dr. Rodrigo Jijón L. 173
- Visión general del problema de los menores internos
en las instituciones de rehabilitación
Dra. Nydia Mosquera Palacios 189

XV Concurso de Cuento y Poesía Pablo Palacio

- *Bases del Concurso* 197
- *Veredicto y Trabajos ganadores* 201

Asociación Escuela de Derecho '94

- *Informe* 227



La Asociación Escuela de Derecho es el organismo que agrupa a todos los alumnos de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, con el objeto de velar por sus intereses, representarlos y propender a su constante superación.

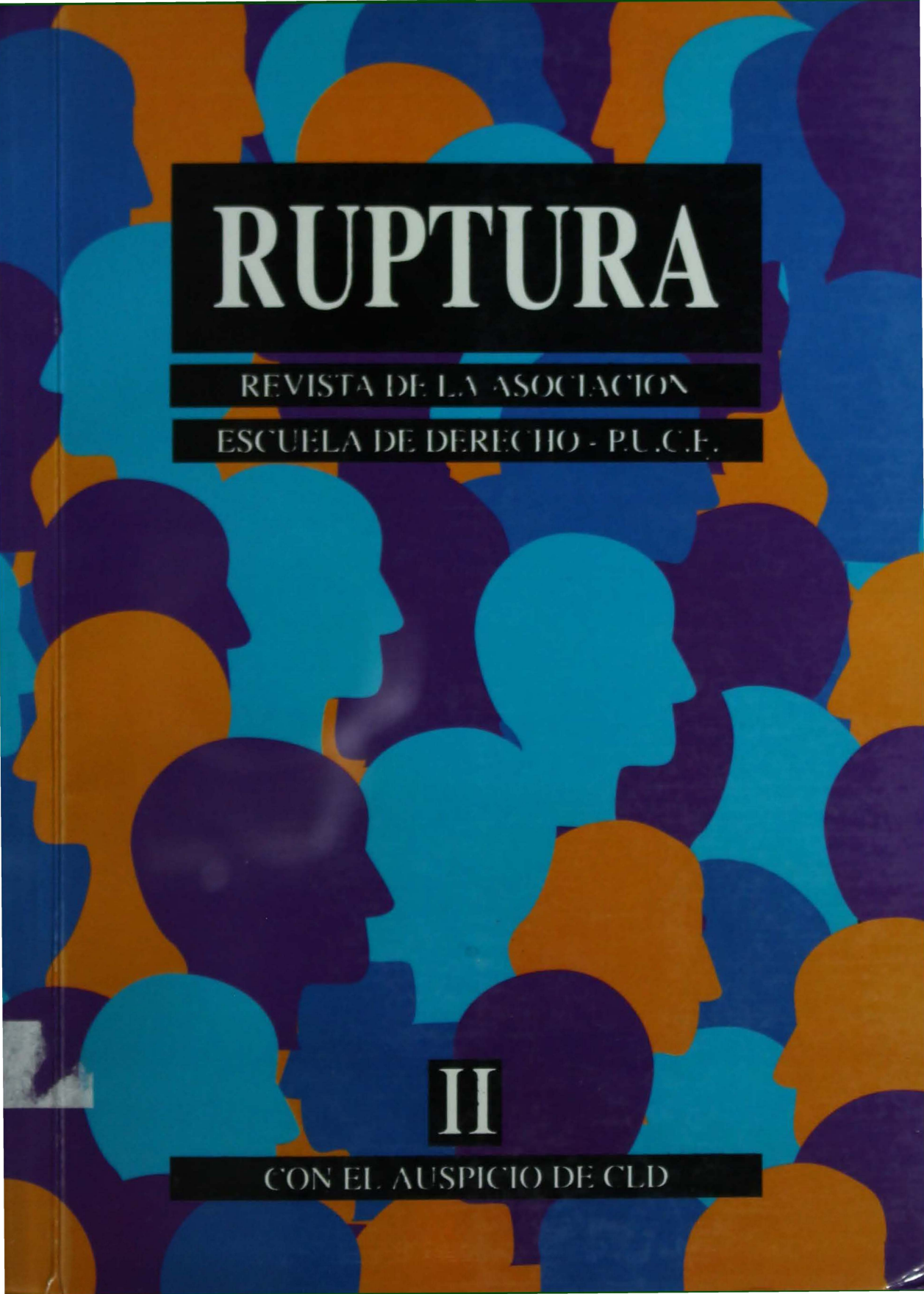
La labor de esta Asociación Escuela de Derecho ha sido caracterizada por el trabajo, la honradez y el cumplimiento de las diferentes metas trazadas desde el inicio de su función.

Hoy entregamos a los estudiantes y a la comunidad en general una revista Ruptura, que aspiramos marque un hito en la publicación de la serie por su gran calidad en contenido y, además, por ser la primera de las 37 ediciones presentada en dos tomos, con estudios que serán un verdadero aporte para el pensamiento jurídico de todos aquellos comprometidos con el avance y progreso de la ciencia del Derecho. Cabe mencionar el especial énfasis puesto en el proceso de reforma judicial que vive el Ecuador, que explica el gran número de artículos dedicados a este tema.

El gran esfuerzo de la Asociación Escuela de Derecho 1993-1994 para publicar esta nueva edición no podría haber dado sus frutos sin el apoyo incondicional recibido por parte de la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo.

Estamos seguros que el trabajo desplegado por todos quienes han colaborado con esta publicación, repercutirá en la formación de mejores profesionales y en la conciencia de que para construir una sociedad más justa es necesario aunar esfuerzos para la consecución de los más altos objetivos del Derecho: justicia y paz social.





RUPTURA

REVISTA DE LA ASOCIACION
ESCUELA DE DERECHO - P.U.C.F.

II

CON EL AUSPICIO DE CLD

RUPTURA

Revista Anual de la Asociación Escuela de Derecho

Año XLV

Número 37 (Tomo 2)

Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Quito, Ecuador
Octubre, 1994

RUPTURA

**Revista Anual de la
Asociación Escuela de Derecho de la
Pontificia Universidad Católica del Ecuador**

Año XLV, N° 37 (Tomo 2)
Octubre, 1994
Registro SENAC: S.P.I. 401

Consejo Editorial

Luis Fernando Suárez
Michel Andrade
Diego Pérez

Editor

Franco Sánchez

Asociación Escuela de Derecho

Av. 12 de Octubre y Av. Patria
Torre N° 2, 8vo. piso
Quito - Ecuador

Los criterios emitidos en los artículos son de
exclusiva responsabilidad de su autor.

Portada: Antonio Mena

Diseño Gráfico: Ekua Publicidad

Impresión: Ecuaoffset Cía. Ltda.

Presentación

La Asociación Escuela de Derecho ha logrado esta publicación, en busca de entregar un número de ensayos, que sean parte del avance jurídico, que debe imperar en todos aquellos que estén, de alguna manera, relacionados con la ciencia del Derecho.

Puesto que se es permitido a los dirigentes estudiantiles de nuestra Asociación representarnos por el lapso de un año, deben justificar en este período de tiempo, con trabajo y responsabilidad, la confianza en ellos depositada.

En esta nueva edición de la Revista "RUPTURA", encontraremos una división de trabajos en dos tomos distintos, sin que ésto deje de significar la gran importancia y trascendencia que tiene cada uno de ellos.

En el primer tomo se ha recopilado diferentes temas socio-jurídicos sin limitar estos a un marco específico, sino más bien dando relevancia al contenido, donde se podrá revisar artículos sobre Medio Ambiente, Legislación de Menores, Ley de Compañías, Negociación Internacional, Legislación Laboral, Ley de Instituciones Financieras, entre otros, que podrán darnos una visión clara y oportuna de las necesidades imperantes de cambio que exigen muchas de las ramas del derecho.

En el segundo tomo tenemos un estudio encaminado a una temática específica: La Reforma Judicial. En estos trabajos se trata de impulsar lo que es, hoy por hoy, una exigencia nacional, un programa de reforma en la administración de justicia, que es tan cuestionada por todos los ecuatorianos, por ser deficiente, ineficaz, lenta, politizada, onerosa, corrupta, y que no cumple ni con las más esenciales aspiraciones del ciudadano común.

Es conveniente que la juventud tome conciencia de que muchos cambios no podrán realizarse si no tomamos una posición activa dentro de este proceso, aportando con ideas y con trabajo para convertir nuestra sociedad en una verdadera democracia, donde no solo nos conformemos con **decir** que la vivimos, sino que verdaderamente **seamos parte de ella**.

Ensayos

Credibilidad y desarrollo económico: Diagnóstico y recomendaciones para el fortalecimiento del sistema de administración de justicia

Dra. Valeria Merino Dirani ()*

El Ecuador, como la mayoría de los países del mundo, ha sido alcanzado por los vientos de la modernización. Tal modernización requiere como un elemento indispensable la introducción de cambios estructurales, no de meras modificaciones mínimas a los sistemas vigentes, sino de verdaderas transformaciones. Estos cambios modernizadores también han alcanzado a nuestro sistema de administración de justicia, en éste caso de manera afortunada, pues por primera vez en las últimas dos décadas se ha consolidado un movimiento para mejorarlo y fortalecerlo, que es lo suficientemente sólido como para enfrentar esta tarea a largo plazo.

La Corporación Latinoamericana para el Desarrollo (CLD), entidad a la que me pertenezco, ha contado desde hace cuatro años con el apoyo y el trabajo de un grupo de catedráticos, magistrados y abogados en el libre ejercicio de la profesión que han asumido con verdadera mística la tarea de analizar y proponer ajustes al sistema judicial ecuatoriano. Este grupo de abogados entre los que podemos mencionar a Edmundo Durán Díaz, Nicolás Parducci Sciacaluga, Santiago Andrade Ubidia, Jorge Zavala Egas, César Coronel Jones, Hernán Pérez Loose, Jaime Espinoza Ramírez, Hernán Salgado Pesantes, Mariana Yépez de Velasco, Ramón Jiménez Carbo, han trabajado constantemente y en forma voluntaria en el proceso.

(*) Directora Ejecutiva de la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo (CLD)

El sector público por su parte también está aunando esfuerzos y desarrollando por primera vez en la historia del Ecuador una estrategia global para el sector judicial, que permita darle un gran impulso a la administración de justicia y que le dote por primera vez en éste siglo de todos los recursos que requiere para prestar un servicio ágil y eficiente. Este Grupo de Trabajo Conjunto del Sector Judicial Ecuatoriano, presidido por un representante de la Corte Suprema de Justicia agrupa a otras instituciones relevantes como la Procuraduría General del Estado, el Ministerio Fiscal, el Ministerio de Gobierno y la Presidencia de la República.

Estas dos vertientes de trabajo coinciden en la identificación de las numerosas y graves fallas que sufre el sistema de administración de justicia en el Ecuador. Reconocen además que el funcionamiento ineficiente del sistema tiene profundas repercusiones económicas, sociales y políticas que son causas del subdesarrollo de nuestro país.

La seguridad jurídica respaldada en un poder judicial respetado y respetable es la garantía para el crecimiento económico, pero además es la única garantía de que los derechos de los ciudadanos serán respetados. Un régimen real de derecho no sólo debe buscar elevar la calidad de vida de la población, sino que ese concepto debe ir más allá de la satisfacción de las necesidades básicas de la comunidad, y tender al desarrollo de una cultura que garantice el respeto integral al ser humano.

En esta década se han hecho múltiples estudios por parte de expertos nacionales e internacionales que analizan las íntimas y variadas implicaciones que la institucionalidad de un país tiene en su desarrollo económico. Varios análisis sobre la relación entre democracia, desarrollo económico, y justicia han arrojado interesantes resultados. Entre ellos, un estudio en particular ha identificado las características de los sistemas políticos que influyen su propio desarrollo económico. El común denominador, en el análisis que se llevó a cabo en diez países, es que el principal obstáculo para la inversión y el crecimiento económico es la incertidumbre resultante de una acción estatal caracterizada por la discrecionalidad.

De acuerdo con éste estudio las bondades fundamentales de un sistema político deben medirse en base a su capacidad para producir políticas y regulaciones dentro de un marco predecible y lógico y que exista una cierta certeza de que esas políticas y normas van a ser aplicadas y que el sistema se asegurará de hacerlas cumplir.²

2. Weder, Beatrice, Legal Systems and Economic Performance: The Empirical Evidence, ponencia presentada en la Conferencia del Banco Mundial sobre Reforma Judicial en América Latina y el Caribe, Washington, D.C., junio 13-14 de 1994.

Lo que es realmente novedoso de entre los resultados de ese estudio es que la relación entre la inestabilidad política resultante de la intervención estatal discrecional y el nivel de desarrollo económico es más fuerte que la relación de éste último con la existencia de un régimen democrático. En otras palabras, existen las mismas posibilidades de crecimiento económico en una dictadura como en una democracia, el elemento más importante es que las decisiones se tomen dentro de un marco de credibilidad política y que tales decisiones puedan ser ejecutadas.

El estudio concluye que la arbitrariedad en la aplicación de normas y procesos en el área judicial y la incertidumbre que esto causa, se considera como un elemento que influye en la credibilidad de un sistema político. La percepción pública de que el sistema judicial es impredecible o incluso corrupto afecta directamente al crecimiento económico.

En la medida en que la comunidad en general, los empresarios, los trabajadores, los campesinos, tengan la certeza de que se administra justicia con independencia y eficacia, y de que la igualdad de oportunidades es posible, se creará un clima de confianza pública, de estabilidad, de transparencia, de racionalidad en la toma de decisiones y respeto de los derechos de los ciudadanos, que constituyen el marco indispensable para que se desarrolle la iniciativa individual, la competencia y el crecimiento económico, en forma equitativa.

Sin embargo, y dando un paso más allá es importante destacar que la mayor parte de las concepciones modernas sobre desarrollo han postulado como objetivos simultáneos el crecimiento económico y la equidad, destacando conceptos como la calidad de vida que integra factores sociales, económicos y culturales. El derecho desafortunadamente dentro de éste contexto principalmente ha sido objeto de atención como vehículo para el desarrollo económico, no como un factor del desarrollo social.

El derecho y su aplicación a través del sistema de administración de justicia deben analizarse más profundamente desde la perspectiva de la supervivencia de la democracia. El principio de separación de poderes debe ser funcional a un principio superior en la teoría democrática: el de la soberanía popular. Es decir que el sistema de administración de justicia no debe ser formulado solamente para asegurar el desarrollo económico, sino para asegurar que prevalezca el bien común sobre los intereses de los grupos hegemónicos que detentan el poder y que se respeten los derechos de las personas.

El sistema de administración de justicia en el Ecuador está siendo sometido actualmente a un profundo análisis para lograr convertirlo en un sistema justo, eficiente y más cercano a la población en general: un sistema que goce de credibilidad.

El interés por mejorar el sistema de administración de justicia no es nuevo. Desde hace varios años se vienen haciendo esfuerzos para diagnosticar y proponer soluciones a los diferentes problemas que afectan a nuestra administración de justicia. El actual proceso cuenta como antecedentes con un diagnóstico de la Administración de Justicia en el Ecuador que se realizó en 1991 con el auspicio de la AID. Posteriormente se han realizado varios diagnósticos complementarios auspiciados por la AID, el Banco Mundial y el BID. En suma contamos actualmente con una visión clara de la situación y los problemas existentes.

El consenso ahora se enfoca hacia una reforma estructural que realmente nos permita mejorar el sistema judicial de una forma visible y que responda a las aspiraciones de los ecuatorianos, para ello surge la necesidad de formular una política judicial explícita con el objeto de que los tribunales orienten su acción hacia los fines sociales y económicos prioritarios.

Las propuestas que están siendo discutidas actualmente tienen por objeto principalmente:

- a. Convertir a la Función Judicial en un poder independiente, dotándola de la capacidad para administrar justicia en todos los ámbitos y al más alto nivel; algunas propuestas que comparto ampliamente incluyen el control de la constitucionalidad y la defensa de los derechos constitucionales de los ciudadanos. Es necesario consagrar el principio constitucional de la "unidad jurisdiccional" para que todo acto de todo órgano de la administración pública pueda ser judicialmente revisable, permitiendo que la última palabra en cuanto a la aplicación del Derecho le corresponda a la judicatura;
- b. Aumentar la capacidad del sistema judicial para un procesamiento más justo, efectivo, y eficiente de los casos sometidos a su resolución; e,
- c. Impulsar el análisis e instrumentación de métodos alternativos de resolución de conflictos que permitan una mayor celeridad en la resolución de desaveniencias.

Trataremos brevemente de examinar el estado actual del sistema judicial del Ecuador, de acuerdo con las opiniones vertidas por sus principales actores y analistas. Este diagnóstico del sistema judicial ecuatoriano, representa el punto de partida para las actividades que se propondrán a futuro. En efecto, entendemos que un proceso de reforma debe empezar con un conocimiento de la manera como aquellos que pertenecen al sistema señalan los cambios que deben efectuarse.

Una gran mayoría de los actores en la administración de justicia, así como los expertos que estudian el sistema, y el público en general, perciben como problemas la politización del sistema, la carencia de recursos humanos y materiales, la falta de capacitación de muchos de los jueces y del personal administrativo, la corrupción que afecta las cuestiones tanto esenciales como procesales, el enorme número de casos pendientes de resolución, y la consecuente encarcelación, en casos penales, de individuos acusados pero no condenados, muchas veces por períodos mucho más largos del que recibirían en sentencia por los crímenes de los que fueron acusados.

Históricamente, el sistema judicial ha estado sometido a la presión de los partidos políticos y otros grupos de poder; el plazo de permanencia de los jueces en sus funciones ha estado atado al proselitismo político a través de un proceso de nombramientos políticos realizado por el Congreso que coincidían con los cambios en el gobierno. Pero aún más, las decisiones judiciales a veces también se han visto influenciadas por las presiones de los grupos de poder.

Además, y como una explicación para algunos de estos problemas, los entrevistados han hecho énfasis en el abrumador peso administrativo al que tienen que hacer frente los jueces que presiden los diferentes niveles del sistema de cortes, el bajo salario de todo el personal en el sistema judicial, y la falta de entrenamiento adecuado para los empleados judiciales, administrativos y de apoyo.

Todos estos problemas han contribuido a que el sistema judicial sufra de una mala imagen pública. Esto se refleja no solamente en las actitudes de la población, sino también en los recursos materiales que se otorgan a las instituciones que conforman el sector judicial ecuatoriano. Se ha argumentado que esta falta de recursos refleja la poca importancia que hasta ahora se le ha prestado al sector judicial. Aunque es innegable reconocer que se han hecho algunos avances.

El sistema también tiene otros grandes defectos estructurales que limitan su eficacia e imparcialidad. Ni la función de acusación ni la de la defensa están bien desarrolladas. Los fiscales tienen poca au-

toridad, entrenamiento o apoyo para sus actividades. No hay investigadores judiciales propiamente dichos, con verdaderas habilidades forenses para asistir a los fiscales y más bien existe actualmente una mal denominada policía judicial, que depende directamente de la Policía Nacional, pero que no responde a los requerimientos de un proceso penal ágil y justo. Por otra parte, hay muy pocos defensores de oficio (en Quito, por ejemplo, solamente hay cuatro) y muy pocos abogados trabajan sin remuneración o asignados por la corte para defender a las personas sin recursos. Como podría esperarse, aquellos que menos oportunidades tienen de obtener un juicio justo y una defensa apropiada son las personas de los sectores más pobres de la sociedad.

Dentro de un programa de mejoramiento de la administración de justicia también se debe considerar el problema del sistema de educación legal, entendiéndose por esta, la capacitación integral, teórico-práctica, requerida por todos quienes participan en el proceso, es decir: alumnos y profesores de las facultades de derecho de las universidades, profesionales del derecho, magistrados, y la comunidad en general.

Durante el proceso de diagnóstico se realizó un considerable número de entrevistas, en las que los entrevistados insistieron en el tema de la corrupción en el sistema judicial. Una abrumadora mayoría estuvo de acuerdo en que ésta se había extendido a todo el sistema. La corrupción más grave, -relacionada con la intención de influenciar el resultado de los fallos- probablemente está asociada solamente con algunos casos, pero según se cree, en todo el sistema existe corrupción a menor escala.

A menudo, la corrupción está más bien dirigida a acelerar la resolución de los juicios, pero se han detectado casos alarmantes en que las órdenes de detención y de puesta en libertad han sido compradas, sobre todo a nivel de los jueces de instrucción (tenientes políticos, comisarios de policía e intendentes). En resumen, el sistema tiene la reputación de haber sido invadido por un aire de corrupción prácticamente institucionalizado, todos los informes lo mencionan. Se requiere la elevación del nivel ético de jueces y abogados, porque la corrupción existe no sólo por la debilidad del sistema sino también por la creciente inmoralidad en el ejercicio profesional del derecho que pretende compensar las deficiencias académicas con las prácticas corruptas.

Todos estos defectos son ampliamente reconocidos por los protagonistas principales: desde los magistrados en la Corte Suprema hasta los asistentes administrativos y especialmente en el sector privado.

Este amplio reconocimiento es una importante herramienta para incentivar el proceso de reforma.

Dado el propósito general de lograr un sistema judicial independiente, responsable, justo y eficiente, se propone enfrentar las siguientes metas como prioritarias:

- *Fortalecer la capacidad de la Corte Suprema de ejercer las facultades de control constitucional y además de aplicar el principio de tutela que prescribe la Constitución ecuatoriana en defensa del derecho de los ciudadanos.*

El control constitucional debe dejar de ser manipulado por los intereses políticos y económicos, y debe responder a las necesidades de fortalecer el Estado de Derecho y elevar las condiciones de vida de los ciudadanos. Es necesario devolver la totalidad de estas facultades a la Corte Suprema y por tanto eliminar el Tribunal de Garantías Constitucionales.

- *Consolidar la independencia judicial.*

Tradicionalmente se ha tratado de impulsar la independencia judicial principalmente a través del sistema de nombramiento, tratando de contrarrestar las presiones tanto internas como externas a las que se ven sometidos los magistrados y jueces.

Los países de América Latina han escogido opciones para selección y nombramiento de la Corte Suprema de Justicia que incluyen la selección por parte de la propia Corte o del Consejo de la Judicatura; la selección de los magistrados y su nombramiento por parte del Congreso Nacional; la selección de los magistrados por el Presidente de la República y su confirmación por el Congreso Nacional; la selección de las listas por parte de la Cámara de Diputados y su nombramiento por la Cámara de Senadores; la selección por el Congreso de ternas enviadas por el Ejecutivo; o, la elección por votación popular. Lo que se ha concluido en todos los casos es que cualquiera de estas formas de nombramiento implica cierto nivel de politización y que por lo tanto a menos que se extraiga toda interferencia externa y toda posible presión interna, la forma de selección no es lo realmente relevante, aunque definitivamente mientras menos interferencia político-partidista exista la solución tiende a tener mejores resultados. Sin embargo, la intervención político partidista puede ser ejercida incluso cuando aparentemente no existe participación de los órganos políticos en la selección y designación de los magistrados.

El único mecanismo que parece asegurar la independencia judicial es la selección de los magistrados mediante concurso de oposición y méritos que sea público y cuyos procedimientos puedan ser fiscalizados y revisados por cualquier ciudadano interesado.

De todas maneras es importante señalar que la independencia judicial es en el caso de la selección de los magistrados un término relativo. Cualquiera que sea la forma de nombrar a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los magistrados reflejarán en alguna medida el sistema de valores que refleje la cultura jurídica dominante.

Para asegurar la independencia judicial hay que considerar otros elementos indispensables, como por ejemplo, el período de duración de los cargos. Mientras más largo sea este período (en muchos países latinoamericanos fluctúa entre nueve años y período vitalicio) mayor compenetración e independencia en el ejercicio del cargo; especialmente si se considera un sistema de jubilación que permita a los magistrados ejercer sus funciones sin preocuparse por sus ingresos presentes y su situación futura, particularmente cuando los ingresos de los magistrados solo les permiten cubrir sus necesidades actuales.

También es necesario considerar los antecedentes y experiencia de los candidatos y su probidad. Estas características sólo pueden asegurarse si a más de establecer una reglamentación sobre la calificación de los candidatos, se asegura la suficiente publicidad de sus nombres y antecedentes, para que el público en general pueda presentar sus objeciones fundamentadas.

Finalmente, los magistrados deben estar libres de toda presión política por parte del Congreso con relación a su posible destitución. Los magistrados están obligados a fundamentar los fallos que emiten, pero es una aberración del sistema el que puedan ser llamados a "juicio político", bajo amenaza de destitución, cuando las consideraciones para su posible censura no se basan en análisis académicos o jurídicos, sino en una simple mayoría de votos.

- *Acelerar el procesamiento de los casos sin menoscabar la equidad en las decisiones.*

La aspiración de una justicia que respete la equidad de las decisiones, pero que responda a las necesidades de celeridad para contribuir a la seguridad ciudadana, es la mayor aspiración de aquellos ciudadanos que deben acudir a ella.

Para lograr esta aspiración se requiere una verdadera capacidad

gerencial en todas las entidades involucradas con el proceso de la justicia. Capacidad gerencial que debe permitir a los magistrados, jueces, fiscales y defensores el impartir justicia dentro de sus distintas funciones y responsabilizar de la administración a otros funcionarios y estamentos de las instituciones, como por ejemplo al Consejo Nacional de la Judicatura o a un gerente o administrador general de la Función.

En este contexto, el objetivo sería el de mejorar la administración interna de la Función Judicial como un medio para asegurar que mayor justicia se otorgue a acusados y litigantes en el contexto de un sistema justo y eficaz. Al respecto, deben realizarse reformas administrativas y gerenciales con la mira de lograr un procesamiento equitativo de los asuntos.

Este proceso de reforma administrativa y financiera -en suma gerencial- implica un proceso complejo de fortalecimiento de la capacidad de planificación; de descentralización de la administración de justicia; de obtención y procesamiento de información para la toma de decisiones; de promoción y evaluación tanto del personal con responsabilidades jurisdiccionales como administrativas; de evaluación y ejecución de un programa de capacitación continua para los funcionarios judiciales, no solo sobre los cambios que se están proponiendo, sino sobre el proceso mismo de reforma para contar con su apoyo; y de análisis financiero para poder utilizar los recursos asignados más eficientemente y poder justificar solicitudes de incremento de recursos con un soporte técnico.

Es justo en éste punto mencionar que desde hace más o menos año y medio se ha venido ejecutando un programa de mejoras en el área administrativa y financiera, bajo el liderazgo de la Corte Suprema de Justicia, que no puede ser desestimado y que ha sentado las bases para la modernización de la Función.

- El mejoramiento del sistema de educación legal

El desarrollo de un sistema de educación legal de calidad, incidirá directamente en el mejoramiento de la administración de justicia, al elevar el nivel del principal recurso involucrado, el recurso humano.

La capacitación judicial debe ser impartida y dirigida por el poder judicial, es decir por la Corte Suprema hasta que se cree el Consejo Nacional de la Judicatura o un organismo con objetivos similares y desarrollarse a través de un órgano de capacitación para jueces; sin embargo, se debe anotar que en la mayoría de los países en los

que el poder judicial ha asumido la responsabilidad íntegra de la capacitación judicial, ésta ha sido inexistente o insuficiente, sobretudo por situaciones de crisis económicas. La capacidad judicial - tanto de magistrados como de empleados administrativos- deberá desarrollarse alrededor de los contenidos de una Ley de Carrera Judicial y Administrativa.

La capacitación judicial -contrariamente a lo que muchos podrían pensar- no debe estar dirigida a repetir lo que constituye la enseñanza universitaria; talvez únicamente a actualizarla. La capacitación judicial debe concentrarse en el desarrollo de habilidades para juzgar: desarrollo de habilidades para analizar los puntos en controversia; técnicas para redacción de fallos judiciales; análisis de jurisprudencia; capacidades para administración del tribunal y de seguimiento de los casos; técnicas de interrogación de testigos; etc.

Es importante anotar que para que se dé la capacitación judicial debe instaurarse un sistema eficiente de administración de personal, ya que es la gerencia judicial, la que deberá determinar funciones, evaluar y promocionar, y determinar perfiles ocupacionales, de los que partirá la capacitación.

Así se debe considerar la creación de una función, inexistente actualmente en nuestro sistema que es la de un administrador de cortes. Su importancia inmediata radica en que se ha comprobado que el ritmo de demora de los casos, no está en relación directa con el volumen de casos, ni con el tamaño de las cortes. Está en relación directa con lo que se ha denominado "cultura legal local", es decir los jueces reflejan una cultura alimentada por su formación, por su medio, por su experiencia, etc., que es la que en última instancia genera un estilo que influencia el tratamiento de los casos y la administración de los tribunales y juzgados.

El estudio de casos en el análisis del retraso en la resolución de los juicios no es un vínculo único y preciso; no hay una fórmula para hallar la solución al retraso. Existe, por lo tanto la necesidad de capacitar a las personas en el análisis de sus causas y cómo evaluarlas, en la realización de un plan y en la elaboración de un sistema de evaluación y seguimiento.

Por lo tanto, con el fin de modificar la cultura legal local, se deberán efectuar análisis que se traducirán en la necesidad de preparación y capacitación continua a jueces, dirigida principalmente a solucionar la lentitud de los procesos.

Por otra parte, observamos diariamente la intolerancia, la discriminación, lo inaccesible del sistema para la mayoría de sus usuarios. Por esto, los nuevos criterios de educación para adultos, y que son utilizados en la empresa privada -como el criterio de calidad total- deben incorporarse dentro de un sistema de educación para jueces y funcionarios judiciales, teniendo en cuenta que no se deben aplicar indiscriminadamente en una institución pública.

Es importante llamar la atención de las universidades, de sus facultades de derecho, con el fin de promover su restructuración, incorporando, en forma prioritaria, materias sobre administración judicial -incluyendo administración de tribunales-.

Los profesionales del derecho deberán ser capacitados y conscientizados fundamentalmente en materias de ética profesional, además de mantener un sistema de capacitación e información continua, que les ofrezca actualización.

La comunidad deberá formar parte de un sistema de educación que les ofrezca, entre otras cosas, amplia información sobre sus deberes y derechos y sobre los procedimientos legales más usuales lo cual les convertirá en agentes de cambio, en el proceso de reforma.

- *Redimensionar las facultades de los fiscales y perfeccionar sus habilidades y los recursos que recibe el Ministerio Fiscal, así como fortalecer a los defensores de oficio remunerados.*

Entre la comisión del delito y la imposición de una pena interviene un juicio -el proceso penal- intentado por una persona o institución que representa a la sociedad, cuyo orden ha sido violado, contra el autor de la infracción, con la finalidad de que, en caso de culpabilidad, el juez pronuncie contra él la sanción prevista por la ley. La organización y el desarrollo de dicho proceso o juicio, así como la competencia y los poderes de los principales "actores" que intervienen en él (policía, fiscales, defensores, jueces) se rigen por reglas estrictas cuyo conjunto constituye el procedimiento penal.

El Ministerio Público tiene sentido solamente en un auténtico sistema acusatorio, como órgano encargado de la investigación y de la formulación de la acusación. El Ministerio Fiscal debe ser un auténtico agente de la política criminal del Estado. Para que cumpla adecuadamente este cometido debe tener, por lo menos, las siguientes funciones:³

3. Jorge Mera et al, El Ministerio Público para una Nueva Justicia Criminal, CPU, Santiago, 1994.

- a. programar, ordenar, planificar y ejecutar, las grandes líneas maestras de la política criminal. Es así como le correspondería, entre otras cosas, la coordinación de los diferentes órganos que tengan funciones de persecución penal y la decisión sobre los asuntos que deben ingresar al sistema, estableciendo al efecto los correspondientes énfasis y prioridades.
- b. dirigir y controlar la policía encargada de la investigación criminal.
- c. velar más directamente por los intereses de la víctima. Los mecanismos pueden ser de diversa índole. Se han sugerido, por ejemplo, la creación de oficinas de asistencia a la víctima, el establecimiento de entidades colaboradoras del Ministerio Público, abrir la posibilidad de colaboración incluso más directa de la víctima en ciertos casos, etc. No basta obviamente con que el Ministerio Público asuma abstractamente los intereses de la sociedad. Es preciso que se ocupe también de los intereses de los titulares de los bienes jurídicos afectados.
- d. debe encarar los grandes desafíos que representan algunos tipos de delincuencia especialmente compleja y difícil de abordar con los métodos tradicionales. Esto ocurre, por ejemplo, con el crimen organizado, con la criminalidad económica y con la que atenta en contra del medio ambiente. Pareciera que sólo un Ministerio Público poderoso, capaz de organizar y hacer operar destacamentos especializados y altamente profesionalizados podría enfrentar eficazmente dichas formas de criminalidad.
- e. Finalmente, debe cumplir con el principio de publicidad lo que significa no sólo el deber de informar a los órganos encargados de su control sino algo mucho más amplio, como es, transparentar hacia la sociedad en general las decisiones adoptadas en materia de política criminal. La sociedad obviamente tiene derecho a conocer y a opinar sobre la forma y los criterios conforme con los cuales el Estado administra y ejerce su potestad punitiva.

Dentro de esta línea de pensamiento, la reforma del Código de Procedimiento Penal es necesaria para separar al Ministerio Fiscal de la Procuraduría General del Estado, responsabilizando a los fiscales de la investigación de los casos, dejando así al juez libre para únicamente decidir el caso y otros asuntos concomitantes, lo que aceleraría el proceso en los juzgados penales.

Asimismo, es indispensable incrementar el número de defensores de oficio y darle a la defensoría una estructura institucional que permi-

ta aplicar el principio constitucional del derecho a la defensa en toda su extensión, aumentando el acceso de las clases pobres a la justicia en todos los campos.

El proceso de administrar justicia será más eficiente y más eficaz, y sobre todo más justo para aquellos que hasta ahora no obtienen una defensa apropiada.

- *Reducir la prisión preventiva en asuntos penales y en general disminuir los períodos de detención sin sentencia.*

El retardo procesal se convierte en un verdadero drama cuando afecta a personas que han sido detenidas bajo la presunción del cometimiento de un delito. Consideramos que es necesario otorgar ciertas garantías al procesado en un juicio en cuanto al tiempo de su detención preventiva y durante el proceso, mediante el cumplimiento estricto de los lapsos procesales, el tratamiento digno en los establecimientos carcelarios que permita al enjuiciado una calidad de vida digna acorde con su condición de ser humano, donde la sociedad rechace no a los individuos sino a las conductas delictivas.

El que los jueces no observen los plazos establecidos para procesar las causas -no solo de tipo penal- se debe, o al menos se agrava, por el hecho de que muchos jueces responden a la creencia de que los plazos señalados por los códigos no son realistas -y por tanto inaplicables-, particularmente en el código de procedimiento penal. Una parte de este problema es sin duda la carga de trabajo que el juez enfrenta como investigador y como juez. También podría ser el resultado de otros factores tales como las responsabilidades administrativas de un juez, la falta de personal de apoyo administrativo, la falta de un sistema ágil para citar a los testigos, la falta de infraestructura y equipos adecuados, por nombrar unos cuantos. Sobre éste tema de los procedimientos judiciales, se necesita analizar como parte de un estudio inicial las causas para el lento procesamiento de casos, teniendo en consideración la acumulación actual de los procesos y la necesidad de incrementar el número de jueces. Esta es una área que requerirá en algunos casos de reforma legal y por tanto del apoyo del Congreso Nacional y de la Presidencia de la República.

- *Revisar la composición, estructura y papel de la Policía Judicial⁴.*

El procedimiento penal persigue dos objetivos esenciales: la protección de la sociedad, mediante la aplicación de reglas que hagan

4. La mayor parte de estos comentarios han sido tomados del estudio "La Policía Judicial: perspectivas para América Latina y Ecuador" realizado por el profesor José Ma. Rico bajo contrato con CLD en septiembre de 1994

posible el descubrimiento rápido, el juicio y eventualmente la sanción de los infractores de la ley penal, y el amparo de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, sin cuyo respeto no puede hablarse de una verdadera justicia. La obtención de estos dos objetivos constituye el ideal hacia el que tienden los sistemas penales de los países democráticos. La aparente contradicción entre estos dos objetivos queda resuelta si se tiene en cuenta que la represión del delito no representa el fin último del sistema penal, sino un medio para la consecución de otro fin aún más importante: la protección de la libertad individual en un Estado de Derecho.

Asimismo se asigna tradicionalmente al procedimiento penal el objetivo de la búsqueda de la verdad material con respecto al caso. Las operaciones destinadas a alcanzarlo (descubrimiento del hecho delictivo, captura de sospechosos, compilación de elementos de prueba, etc.) contribuyen en principio a la protección social, pero deben inscribirse dentro de una perspectiva más amplia y difícil: la consecución de la justicia. Tales operaciones suponen, en efecto, la atribución de determinados poderes a las fuerzas policiales en lo que respecta al arresto, la detención y al interrogatorio de cualquier persona sospechosa de haber cometido un delito y a los jueces en lo atinente a la concesión o el rechazo de la libertad provisional; pero también implican la posibilidad de que todo inculcado sea representado desde el momento de su detención por un abogado defensor, así como la puesta en marcha de una serie de mecanismos destinados a la búsqueda, presentación y valoración de las pruebas y al desarrollo del juicio. Todo ello exige una reglamentación rigurosa y explícita que indique las atribuciones precisas de cada "actor" en cada una de las etapas del proceso penal.

En este contexto, la expresión "Policía Judicial" designa aquel sector de las fuerzas de seguridad incorporado a la administración de justicia con la finalidad de llevar a cabo las tareas de investigación inherentes a la persecución de los hechos delictivos⁵.

Como en la mayoría de los países de Europa continental, los latinoamericanos poseen organismos de esta naturaleza, generalmente adscritos a los servicios policiales. Sin embargo, algunos de ellos han creado desde hace tiempo cuerpos específicos de Policía Técnica Ju-

5. "La Policía Judicial constituye una función específica dentro de las funciones de la Policía general, basada en los criterios de la Policía científica, destinada a la investigación de los hechos punibles, la persecución y aseguramiento de los delincuentes, poniendo a disposición de la autoridad judicial y, eventualmente, del Ministerio Fiscal, los resultados de sus investigaciones" (QUERALT Joan Josep y JIMÉNEZ QUINTANA Elena, *Manual de la Policía Judicial*, 2a edición corregida y aumentada, Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1989, p. 23).

dicial, mientras que otros, o bien los han **instaurado** en fechas más recientes, o bien encaran su constitución y **ubicación** en el Ministerio Público. Esta problemática está, en ciertos **casos**, relacionada con las recientes tendencias consistentes en modificar substancialmente el proceso penal.

En la medida en que el tema de la Policía Judicial es potencialmente conflictivo, y ya que existen diversas alternativas y modelos a seguir, se deberá realizar un análisis de los varios modelos existentes, constituyendo una primera e importante etapa en el proceso de transformación de la Policía Judicial. La segunda etapa podría consistir en la organización de uno o varios foros de análisis en que, después de una discusión amplia y abierta sobre el tema entre representantes de las instituciones involucradas (Poder Judicial, Ministerio Público, Policía Nacional) y del sector público y privado (Congreso, ministerios competentes, Colegio de Abogados, Universidades, etc.), pudiera llegarse a cierto consenso sobre los principales parámetros que deberían servir a la elaboración de proyectos de ley o de reforma en el campo, lo que sería la tercera etapa del proceso indicado.

Algunos aspectos a considerarse son:

- a.** la definición de si la Policía Judicial debe seguir siendo una unidad especializada de la Policía Nacional o transformarse, sea en un cuerpo específico (como en Costa Rica, Panamá o Venezuela), o sea en Unidades Orgánicas (como en España). En otras palabras si la Policía Judicial debe seguir dependiendo de la Policía Nacional o ser adscrita a otro organismo; en este último caso, ¿cuál sería dicho organismo?. Cabe hacerse la pregunta de si deben concentrarse en un organismo único las funciones de dirección, coordinación, vigilancia y control de la Policía Judicial;
- b.** la identificación de las dificultades (normativas, estructurales, funcionales, y de control) que podrían producirse en la integración efectiva a este otro organismo;
- c.** la necesidad de dilucidar el papel que desempeñaría en el proceso penal el Ministerio Público y el juez de instrucción;
- d.** el requerimiento de revisar y reformar la Ley del Ministerio Público;
- e.** la inminente necesidad de proceder a la aprobación de reformas importantes en materia procesal penal; y,

f. finalmente, habría que considerar los mecanismos internos de control sobre la Policía Judicial y cómo asegurar su eficacia. Debería analizarse la posibilidad de instaurar mecanismos externos de control, tales como la creación de un comité de quejas conformado por policía y ciudadanos.

- *Crear y mantener un consenso nacional para la reforma judicial.*

El proceso de reforma judicial es no solamente un proceso a largo plazo, sino que es un proceso continuo de mejoramiento y cambio. Esto indudablemente requiere que la comunidad -una entidad realmente permanente- la respalde y a través de su respaldo logre de los poderes del Estado que se mantenga continuamente en la agenda política.

Las reflexiones incluidas en éste artículo son apenas algunas, si bien consideradas talvez las más relevantes, en relación con nuestro sistema de administración de justicia. No se puede considerar como análisis exhaustivo y de ninguna manera definitivo. Existe aún la necesidad de profundizar en el análisis y establecer las posibles limitaciones de las alternativas que se escoja, así como la importancia de los factores exógenos que podrían afectar el éxito de las medidas propuestas.

El sistema de administración de justicia es sin duda el pilar de un Estado de Derecho, y respalda la continuidad del sistema democrático. Se ha preguntado usted si la administración de justicia es importante y cómo puede afectarle su falta de credibilidad y eficiencia?. Si no lo ha hecho, es conveniente que se pregunte qué tan importante es para usted la vigencia de la democracia y de un régimen de derechos donde se respeten sus derechos como ser humano y ciudadano de éste país. La democracia -depende sin duda alguna- de la vigencia de la justicia.

La Reestructuración Constitucional

Dr. Fabián Corral B. ()*

Las experiencias vividas en los últimos años de vigencia del régimen de derecho, ponen en evidencia la necesidad de emprender una profunda reforma política, que corrija las deficiencias del sistema constitucional vigente, adecúe la estructura institucional a las exigencias del país y afiance la estructura democrática.

La necesidad de una reforma política e institucional se desprende de los siguiente hechos:

Si se examina la tradición constitucional del Ecuador, se podrá apreciar que su nota característica está vinculada con una visión exclusivamente técnica del hecho político y de los fenómenos sociales. Desde la fundación de la República se pretendió organizar a la comunidad a través de estatutos jurídicos que pocas veces lograron expresar apropiadamente las jerarquías de valores, estructuras básicas y tendencias de la comunidad. Se ha creído, con cierta dosis de ingenuidad, que la invención de la ley puede hacerse en forma autónoma y, en ocasiones, contradictoria con la realidad del país.

La historia del Ecuador testifica una evidente falta de continuidad entre la sociedad real y el ideal expresado en las diversas cartas políticas. El constitucionalismo ecuatoriano ha sido, en buena medida, una infructuosa búsqueda de la identidad nacional. Este fenómeno explica la inestabilidad política, los vacíos de poder, el caudillismo, el militarismo y la debilidad institucional, que han sido verdaderas constantes en nuestra vida pública.

La incompatibilidad entre el esquema jurídico-político, impuesto caprichosamente por los estatutos constitucionales, y la estructura real de poderes, jerarquías sociales e institucionales, explica la precaria

(*) - Miembro de la comisión de Reformas Constitucionales.

- Profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica del Ecuador

vigencia de las constituciones políticas ecuatorianas y la falta de verdaderas raíces y tradiciones jurídicas. En el Ecuador la Ley y la Constitución son instancias teóricas y no valores sociales. La vigencia del derecho es casi exclusivamente formal en un país que vive una informalidad cada vez más amplia, de espaldas a la hipotética legalidad escrita.

Cualquier análisis de la reestructuración constitucional del país debe, por esas razones, tomar en consideración no solo las coyunturales necesidades políticas, sino también y fundamentalmente, lo que es y lo que aspira a ser la comunidad. Para ello, habrá que identificar cuales son los verdaderos objetivos nacionales y si tenemos o no un verdadero proyecto de vida común.

Lo anterior implica la necesidad de que las fuerzas políticas comprometidas con el sistema democrático, mas allá del inmediateismo electoral, hagan lo posible por encarnar las metas que en el largo plazo pretende alcanzar el Ecuador.

En este marco de referencia podría plantearse la reestructuración de la Carta Fundamental, pero partiendo del supuesto de que la legitimidad institucional no hace únicamente del acto político formal, constituido por la expedición de un estatuto legal, sino de la armonización de la realidad económica y social con los objetivos que se proponen, en un razonable ambiente de estabilidad que haga posible alcanzar el bien común.

La Constitución Política de 1978 es, quizá, el ejemplo extremo de la teoría política aplicada en abstracto a una sociedad. Probablemente, el esquema constitucional allí contenido es el que más se aleja de los datos de la realidad.

Pese a las reformas hechas en 1983 y 1992 la Constitución vigente deja mucho que desear, tanto en el aspecto político, como en las líneas maestras de la organización de las funciones del Estado. El sobresalto electoral, la falta de continuidad en la administración publica, y el permanentemente enfrentamiento de los partidos, son testimonios evidentes del claro deterioro de la Constitución y de la necesidad de emprender una profunda reforma.

El Congreso Nacional, según recientes encuestas, es el más deficiente e improductivo de los últimos quince años, a tal punto que la credibilidad de los ciudadanos en el Parlamento es cada vez más precaria. De las leyes y reformas importantes que se han formulado en los últimos años, prácticamente ninguna se ha expedido por

iniciativa del Congreso Nacional. El único estatuto nacido de su iniciativa, la reforma constitucional de 1992, ha evidenciado gravísimas deficiencias de técnica jurídica y, lo que es más grave, ha profundizado la dependencia política que aqueja a la Función Judicial y la ha enfrentado con el Tribunal de Garantías Constitucionales.

El Congreso debate, en la mayoría de las oportunidades, aspectos que interesan a los grupos políticos y a sus alianzas y no a la comunidad en general. El deterioro incluso formal de las sesiones del Congreso es obvio. La representatividad de los diputados está en cuestión. Las alianzas y pactos que se realizan con objetivos puramente electorales, han permitido que sean las minorías políticas las que detentan los cargos más representativos que, en teoría, deberían recaer en los grupos con mayor número de votos. Así, algunos presidentes del Congreso pertenecieron a partidos minoritarios; algunos miembros y el presidente del Tribunal de Garantías Constitucionales han sido afiliados a grupos políticos en extinción ideológica; las minorías se han convertido en los factores determinantes de la acción política y las alianzas circunstanciales han tergiversado el sentido y los propósitos de la democracia.

El Congreso Nacional está tocando fondo y el país está iniciando un proceso de apertura y competencia sin la legislación apropiada.

La Función Judicial atraviesa una persistente y seria crisis, que se refleja en la penetración política de los partidos en la designación de jueces y magistrados, y en las presiones que usualmente se ejerce incluso desde el Congreso cuando los procesos tienen alguna connotación política.

Los debates que se llevan a cabo sobre la inmunidad parlamentaria demuestran la fragilidad de la administración de justicia y su escasa autonomía.

Los problemas presupuestarios de la Función Judicial no se han superado. El sistema procesal es caduco. No existen métodos informáticos para agilizar la justicia. Los procesos pierden importancia por la forma arcaica en que se los tramita. Sobre este tema, la reforma constitucional de 1992 ha dejado muchos aspectos intocados, y en otros, al parecer, se están profundizando los conflictos.

La reforma judicial se redujo a los cambios introducidos en la Constitución y a la expedición de una Ley de Casación que tiene graves falencias procesales. Pero nada se ha hecho para adecuar los códigos a la nueva estructura judicial. La inadecuación de las leyes a la reforma constitucional está provocando innumerables conflictos, en el ámbito fiscal, contencioso administrativo, civil y penal.

La Función Ejecutiva, desde hace algunos años presenta también serios conflictos institucionales, independientemente de quien la ejerza. Uno de esos conflictos está constituido por las denominadas "pugnas de poderes" es decir la falta de coincidencia con las mayorías que se forman en el Congreso. Esto ha generado, por ejemplo, el uso frecuente del recurso de las leyes de urgencia económica, como el único mecanismo que, en la práctica, permite renovar la legislación.

Desde el año 1979, prácticamente todas las iniciativas legislativas han nacido de la Función Ejecutiva, de sus asesores y técnicos, tal es el caso de las Reformas Tributarias, la Reforma Laboral, las Leyes de Maquila y Zonas Francas, la Ley de Modernización, la Ley de Petroecuador y sus filiales, Ley de Presupuestos, Ley de Mercado de Valores, la Ley de Modernización, etc. etc. De alguna forma, el Congreso se ha convertido en un tramitador de iniciativas del Presidente de la República, donde con frecuencia se estancan indefinidamente los proyectos, como ocurrió, por ejemplo con la Ley de Modernización y la Ley de Aduanas. ¿Puede el país seguir anclado en esa forma, mientras los diputados agotan los debates sobre aspectos de interés partidista?

En otro ámbito, las relaciones con el Congreso se han deteriorado por el uso exclusivamente político de la facultad fiscalizadora, que en la práctica no tiene ninguna utilidad o beneficio para la ciudadanía. Las presuntas ventajas han sido exclusivamente partidistas y electorales.

De otra parte, se advierte un creciente divorcio entre la dirección ideológica de la Función Ejecutiva y los estamentos burocráticos de la Administración Pública. Con escasas excepciones, en el Ecuador no existe la tecnocracia que es característica de otros países; esa "burocracia ilustrada" existe en pequeños círculos de instituciones como el Banco Central, las Superintendencias de Compañías y de Bancos. Pero en general, en los últimos años ha proliferado una burocracia sindicalizada, con escasa formación técnica, que no cumple el papel de ejecutora de las decisiones gubernamentales, sino que se ha convertido en un poder paralelo al político, que compite

con él, cuestiona sus decisiones y, lo que es más grave, impugna las actuaciones gubernamentales, paraliza las actividades y desobedece al poder legítimo. Esa burocracia es el producto del clientelismo electoral de los partidos y sus alianzas.

Los partidos políticos son, en buena medida los protagonistas y autores de la crisis institucional. En efecto, después de 15 años de vigencia del régimen de partidos, han quedado en evidencia las graves fallas de ese régimen, la escasa representatividad de los partidos; los inconvenientes del monopolio político que ejercen; los excesos a que conduce la transacción política elevada a la categoría de norma superior; la falta de la formación académica y profesional de sus dirigentes.

Los partidos políticos del Ecuador, fraccionados en múltiples versiones, no traducen las tendencias de la comunidad; la mayoría de ellos son agrupaciones más o menos circunstanciales, cuyas directivas, empleando una hábil dialéctica electoral, han logrado monopolizar buena parte de las funciones públicas y, por supuesto, la totalidad del ejercicio de poder, pero sin el ascendiente ni el prestigio que debe legitimar su acción.

No es posible que estos grupos ejerzan todos los poderes, influyan en los tribunales y administren la República sin el menor respaldo de la comunidad. La democracia es lo opuesto a la oligarquía, y el partidismo ecuatoriano es el gobierno de pocos (los dirigentes partidistas) en beneficio de pocos (sus afiliados).

La Constitución Política parte del supuesto de que los partidos, por el simple acto formal de ser reconocidos por el Tribunal Electoral, ostentan la legitimidad necesaria para acceder al poder, lo cual es erróneo.

Uno de los argumentos que se utilizaron para instituir el régimen de partidos fue la presunta necesidad de racionalizar la actividad política, dotándola de contenidos doctrinarios coherentes y eliminado el clientelismo que se suponía vinculado con el caciquismo tradicional de la política ecuatoriana. Aquella teoría resultó falsa. No se ha eliminado el clientelismo ni el caciquismo, al contrario se ha fortalecido el clientelismo y el electoralismo. Los partidos son directamente responsables del deterioro de la actividad política y, en buena medida, de la crisis institucional que afronta el país.

La economía ecuatoriana sigue sujeta a un esquema constitucional que ya no responde a la realidad. En efecto, las normas contenidas en los Arts. 45 y 46 de la Constitución corresponden a un régimen que estuvo vigente en los años sesenta y setenta. El esquema recogido por la Constitución vigente responde a una sui géneris estructura económica caracterizada por la presencia anárquica del Estado en las actividades privadas, ya sea participando directamente en ellas, ya sea monopolizando y controlando numerosas tareas productivas.

El esquema jurídico constitucional en materia económica ha dado como resultado la crisis del endeudamiento externo, el empantamiento del país, la falta de inversión, el burocratismo y el sindicalismo público.

El deterioro de los servicios públicos, el encarecimiento notable de sus tarifas; la inflación persistente; la ausencia de inversiones son resultados innegables de la presencia irracional del Estado en todos los ámbitos de la economía y de los monopolios de las empresas del Estado.

Las normas constitucionales sobre el régimen económico corresponden al esquema cepalino que se agotó en América Latina. Persistir en él es el error que está conduciendo al estancamiento del país, si se toma en cuenta que los países vecinos han emprendido ya reformas institucionales profundas en el aspecto económico.

Necesidad de una reforma político constitucional

La crisis del Estado, el deterioro institucional, el estancamiento social y económico y la falta de legitimidad de los partidos políticos ponen de manifiesto la necesidad de que el país debata una propuesta seria de reforma constitucional y política que, recogiendo las experiencias vividas en los últimos doce años, permita construir un marco referencial que haga posible con el consenso de los ciudadanos, rectificar las numerosas equivocaciones conceptuales y normativas que existen en la Constitución de 1978.

La reforma del Estado no debe reducirse exclusivamente al debate sobre el ámbito de la propiedad pública; debe enfocar aspectos vinculados con las estructuras políticas, con el mandato político, con el sistema electoral, con la autonomía judicial y con el papel y las responsabilidades de cada una de las funciones del poder público.

Propuestas sobre el contenido de una reforma

Objetivos nacionales

La administración del Estado debe estar orientada por objetivos nacionales permanentes, que podrían resumirse en: democracia política; progreso social asociado con crecimiento económico, paz social, respeto al derecho ajeno, desarrollo pleno de las capacidades humanas, y, búsqueda de la identidad nacional en el contexto de la integración.

La Constitución Política del Estado debería incluir un sistema que obligue a la administración estatal a la búsqueda práctica de aquellos objetivos, que trascendiendo de la simple declaración teórica, deben ser verdaderos mandatos para los gobernantes. A esos objetivos nacionales expresados en la Constitución deberían ajustarse los planes de Gobierno.

Estructura del congreso nacional

Se hace necesario discutir objetivamente las deficiencias que aquejan a la estructura unicameral del Congreso y plantear, la posibilidad de retornar al sistema bicameral.

El debate debería centrarse en examinar las complicaciones que derivan de la existencia de una sola Cámara, así como en las funciones y responsabilidades que ha tenido el Plenario de las Comisiones Legislativas Permanentes.

Habría también que someter a discusión el sistema de las interpelaciones o juicios políticos, que se han convertido casi exclusivamente en instancias de combate al gobierno de turno, lo que ha deteriorado la imagen del Congreso y ha dificultado el desarrollo de la administración.

En vista de la escasísima representatividad de los partidos políticos, se debería estudiar la conveniencia de establecer un sistema de senadurías funcionales, buscando que los más importantes sectores y gremios puedan acceder a una representación profesional en el seno del Congreso y no necesariamente política. Habrá que pensar también en la duración de los diputados, en su oportunidad de elección, en un régimen de responsabilidades concretas que obligue a los legisladores al cumplimiento de sus tareas, y que apunte a prohibir los cambios de partidos.

En todo caso habría que combinar la representación política, con la representación de los gremios de la sociedad civil.

Es indispensable que la Carta Política contenga una prohibición concreta de que el Congreso integre comisiones, organismos o juntas que correspondan a la función Ejecutiva. Así mismo, habría que eliminar la actual forma de aprobación del presupuesto, las asignaciones a los diputados y toda otra injerencia en aspectos económicos o burocráticos.

Régimen de partidos y sistema electoral

Hay que someter a debate el tema de los derechos políticos y la discriminación que actualmente establece la Constitución Política entre los afiliados de los partidos y los ciudadanos independientes.

Una propuesta de reestructuración constitucional no puede dejar de analizar este tema tomando en consideración la casi nula legitimidad social de los partidos políticos. Hace falta tomar en cuenta la falta de credibilidad y carisma de la clase política, lo que significa en otros términos que no existen los consensos básicos que deberían constituir el soporte ético del derecho a gobernar, de allí que la democracia ecuatoriana se vea reducida a aspectos formales y con una imagen poco favorable ante la ciudadanía.

Es indispensable reemplazar el actual monopolio de los partidos en el ejercicio real de la democracia, con un régimen que admita, de manera razonable, la participación electoral y política de los ciudadanos independientes, ya sea con el auspicio de partidos políticos, de alianzas electorales o de organizaciones cívicas para acceder tanto al Gobierno Central como a los organismos seccionales. En este sentido habría que revisar los artículos 36, 37 y 38 de la actual Constitución y, como consecuencia, expedir una nueva ley de elecciones que reforme radicalmente el actual estatuto de que gozan los partidos políticos ecuatorianos.

Autonomía judicial

Uno de los más graves defectos de la actual Constitución Política es la injerencia que ejerce el Congreso sobre la Función Judicial, fenómeno que se manifiesta, fundamentalmente, en los procesos de designación de magistrados y en el control de las asignaciones presupuestarias.

Tanto para garantizar la autonomía judicial como para que sea posible el control constitucional antes sugerido, es preciso reformar la Carta Política, en orden a que la división de las Funciones del Estado y el auto control de los poderes públicos se haga realidad.

Para este propósito se requiere lo siguiente:

- a)** Consagrar en la Constitución un régimen realista de carrera judicial, que permita que los jueces puedan ascender a través de un escalafón vinculado con la antigüedad, capacidad y méritos, a las más altas magistraturas de la Función;
- b)** Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia deberían ser vitalicios, una vez que se ha hecho la designación por el sistema de carrera judicial;
- c)** Se crearía un Consejo Nacional de la Judicatura conformado en forma autónoma y sin injerencia del Congreso, integrado por delegados de la Corte Suprema de Justicia, del Tribunal Fiscal, del Tribunal de lo Contencioso Administrativo ; cuya tarea fundamental sería administrar el régimen de carrera judicial y velar que se lo cumpla estrictamente. Estaría a su cargo la calificación y designación de nuevos Magistrados cuando se produzcan vacantes, ya sea por muerte, remoción, renuncia o incapacidad. Le correspondería también aplicar sanciones y administrar en general la Ley de la Función Jurisdiccional.

No parece apropiado que en el Consejo Nacional de la Judicatura intervengan representantes del Congreso Nacional, de las Universidades y de los Colegios de Abogados, porque tal participación incidiría negativamente en sus decisiones y haría posible, implícitamente, que se ejerzan presiones inconvenientes de sectores interesados en la designación de magistrados.

Por otra parte, ninguna reforma constitucional operará si a ella no se acompaña un reformulación integral del presupuesto de la Función Judicial. El tema de las irrisorias retribuciones de los empleados, jueces y magistrados no puede ser ignorado por más tiempo. En tal sentido es indispensable asegurar, con objetividad, las fuentes de financiamiento para el presupuesto judicial y establecer un sistema de remuneraciones que guarde armonía con las responsabilidades de los jueces, la dimensión de las controversias que manejan y la situación económica general.

En ese orden de ideas, se hace necesario crear tasas judiciales que graven a los litigios que tienen connotaciones económicas importantes en materia civil, mercantil, marcaria, etc.

Proceso de formación de las leyes

Este es uno de los temas que mayor controversia ha suscitado a lo largo de los quince años de vigencia de la Carta Política. Se han producido excesos en el empleo de la potestad que el Art. 65 de la Constitución otorga al Presidente de la República.

Sin embargo, se debe tomar en cuenta también que ese recurso no puede suprimirse porque es el único medio que permite legislar dada la inoperancia e irresponsabilidad del Congreso y de las Comisiones Legislativas, como lo testifica la historia en los últimos años.

Al efecto, es necesario identificar que uno de los defectos fundamentales del texto constitucional vigente es el de la calificación de la ley urgentes, que debe hacerla el propio Presidente de la República.

Con el propósito de corregir este defecto que tantos contratiempos ha causado, se hace necesario retornar, en parte, al esquema contenido en la Constitución de 1946, atribuyendo la calificación del carácter de ley urgente en materia económica a un organismo distinto del Presidente de la República, pero suficientemente alejado de las instancias puramente políticas y vinculado con el manejo de la economía nacional, sin cuyo dictamen favorable no podría enviarse al Congreso el proyecto de ley.

Hay que reiterar que el sistema de leyes urgentes se emplea en vista de la incapacidad real del Congreso para legislar. Por lo mismo, debería introducirse un procedimiento para la formulación y expedición de leyes, aún por la vía ordinaria, con plazos específicos que obliguen a la legislatura a atender sus obligaciones en forma oportuna. El estudio y expedición de un proyecto de ley por vía ordinaria no debería exceder los noventa días, transcurridos los cuales, el Ejecutivo podría poner en vigencia el proyecto.

De otra parte, es absurdo el sistema actual de estudio de los proyectos. La legislatura o el plenario de las Comisiones Legislativas debería aprobar la parte conceptual de los proyectos y encargar a una comisión jurídica especializada la redacción de la ley. No se puede redactar leyes entre personas que desconozcan la mayoría de los temas sobre los cuales se legislan.

Control constitucional

Las tareas de control constitucional asigna la Carta Política al Tribunal de Garantías Constitucionales. Este organismo, tanto por la conformación predominantemente política, como por ser una entidad dependiente del Congreso Nacional, se ha transformado en un tribunal ineficaz, que no cumple las funciones de amparo al ciudadano y control constitucional que le son propias. La opinión pública ha constatado el profundo deterioro de este organismo, que usualmente maneja conflictos que le son sometidos según el cambiante criterio de circunstancias mayorías legislativas.

El sistema de control de la constitucionalidad de los actos y de las normas jurídicas debe estar dotado de la suficiente autonomía, con el propósito de garantizar su eficacia.

Con tal propósito, la reestructuración constitucional debería apuntar a lo siguiente:

- a) Eliminar el Tribunal de Garantías Constitucionales y atribuirle competencia exclusiva en el control constitucional a un Tribunal especializado, conformado por ministros designados por terceros, por el Congreso Nacional, la Función Ejecutiva y la Función Judicial.
- b) El Tribunal Constitucional, independiente del Congreso y del Presidente de la República, tendría capacidad para examinar la constitucionalidad de las normas jurídicas y de los reglamentos que lesionen disposiciones de la Constitución. La jurisdicción del Tribunal Constitucional debería referirse privativamente a aspectos que no atañen ni al Tribunal de lo Contencioso Administrativo ni al Tribunal Fiscal, entidades que atienden más bien al amparo ciudadano, a través de los recursos contencioso administrativo y contencioso tributario de plena jurisdicción y de anulación. Es preciso distinguir que el control de la legalidad de los actos y el amparo de los derechos ciudadanos compete a las Salas Distritales de lo Fiscal y Contencioso Administrativo y el Control de la Constitucionalidad, tanto de las leyes como de los actos de la administración, competiría al Tribunal.
- c) El Tribunal, en el análisis y resoluciones de los asuntos que sean atribuidos, debería proceder con criterio y responsabilidades de juez, es decir analizando objetivamente el tema lejos de consideraciones meramente políticas.

- d) El Tribunal no debería limitarse a observar la conducta inconstitucional de los funcionarios y personeros de los poderes públicos, sino que tendría como propósito fundamental la suspensión de las normas inconstitucionales, con efecto obligatorio, tanto para el Congreso como para el Ejecutivo.

Para reformar los procedimientos de amparo ciudadano, debería crearse la institución del Defensor del Pueblo, que se encargaría de ejercer la defensa de los ciudadanos frente a los excesos de la autoridad y a los actos de la Administración.

ECONOMIA

Pese a que el Art. 45 de la Constitución declara que el Ecuador opta por el sistema de economía de mercado, la misma Carta Política en otras disposiciones y la práctica administrativa del Estado desconocen este precepto, a tal punto que el Ecuador, antes que a una economía de mercado, responde a una sui géneris estructura económica caracterizada por la anárquica presencia del Estado en las actividades privadas, ya sea participando directamente en ellas, a través de institutos y empresas públicas, ya sea monopolizando y controlando tareas societarias, financieras, industriales, mineras y agropecuarias.

Este es, quizá, uno de los temas que con mayor urgencia y profundidad debe contemplar la reestructuración constitucional. El estado ecuatoriano, como otros de América Latina, se ha convertido en un ente ineficaz, con actividades económicas que ha ido asumiendo anárquicamente, sin planificación de ninguna naturaleza, y con una tendencia al crecimiento burocrático y al intervencionismo en las actividades privadas que ya rebasó hace rato los límites de lo razonable y prudente.

Recientes estudios publicados por los propios organismos estatales dejan concluir que el Estado ecuatoriano tiene 163 empresas públicas y que la mayoría de ellas se creó en la década de 1970, durante el auge petrolero (61 empresas), y en la década de los ochenta (47 empresas) pese a la situación de crisis que durante estos últimos años ha vivido el país.

Paralelamente se ha producido un grave deterioro en la prestación de todos los servicios públicos a cargo de la administración central y de los organismos seccionales. Esto significa que el Estado ecuatoriano no está cumpliendo el papel que le corresponde y que, distorsionando su misión, ha incursionado en toda

suerte de actividades empresariales, generalmente con resultados catastróficos; y que ha descuidado las tareas que si le competen, como la administración de justicia, la seguridad interna, la infraestructura publica básica, la salud y la educación.

Por lo mismo, hay que reducir el tamaño del Estado, propiciando un profundo proceso de reestructuración de los servicios básicos, desburocratizando la administración y privatizando empresas e instituciones públicas, fortaleciendo las tareas esenciales de la gestión publica y devolviendo a las actividades privadas el papel de agente central del desarrollo económico, hoy asumido por el Estado con los resultados que están a la vista de la opinión pública.

Desde esta perspectiva, en el orden constitucional se hace necesario:

- a)** Introducir la noción de continuidad en la formulación del modelo de desarrollo económico, sustentando en los principios de la economía social de mercado y en los de eficiencia, competencia e integración.
- b)** Reducir el tamaño del sector publico de la economía, previsto actualmente en el Art. 46 de la constitución eliminando el monopolio estatal de los servicios de agua potable, fuerza eléctrica, telecomunicaciones y otros.
- c)** Definir en la norma constitucional, con absoluta precisión, el concepto de "empresas estratégicas", que debería estar vinculado exclusivamente con la defensa nacional y la seguridad interna y no con tareas empresariales y monopólicas del Estado.
- d)** Generalizar los sistema de concesión de servicios públicos, explotación de recursos no renovables y otras actividades semejantes. El Art. 46 de la constitución admite solo excepcionalmente la delegación a la iniciativa privada del ejercicio de las actividades económicas del Estado. Habría, pues, que revertir ese concepto y ampliar la alternativa otorgar concesiones de servicios públicos a la iniciativa privada, estableciendo como excepción la administración directa del estado de actividades económicos y servicios públicos;

- e) En cuanto se refiere al sector mixto de la economía, integrado por empresas particulares en asociación con entidades del sector público, hay también que reducir tal área a aspectos verdaderamente excepcionales, asociado con actividades asistenciales, de salubridad, etc, evitando que el Estado a título de promotor de inversiones privadas, continúe incurriendo en tareas económicamente inconvenientes, dispersando los escasos recursos con que cuenta la comunidad. La historia reciente pone en evidencia que el Estado ecuatoriano, , a través del ejercicio discrecional de la potestad de promover empresas de economía mixta, ha incurrido en dispendios innecesarios con resultados generalmente adversos.

Universidad

Buena parte de los problemas que afronta la sociedad provienen del deterioro de la universidad. En tal sentido es de especial importancia promover un debate sobre el papel, responsabilidad y alcance de las tareas universitarias. Hay que revisar el concepto de la autonomía universitaria y limitarlo al campo exclusivamente académico; debe replantearse el tema de la gratuidad de la enseñanza y limitarle a casos en que exista justificación económica y méritos académicos para otorgarle. Por último y fundamentalmente hay que obligar a las instituciones universitarias a vincularse con la realidad del país y a elevar su nivel académico y financiar sus actividades aunque fuese en parte.

Sindicalización pública

El Art. 12 de la Constitución consagra la sindicalización a los servidores públicos. Supone la Constitución, erróneamente, que las relaciones entre el Estado y los servidores públicos responden al mismo esquema y a la misma "lógica capitalista" de la empresa privada con sus trabajadores. Tal apreciación es errada y ha resultado contraproducente para los intereses del país.

Desde ese punto de vista habría que precisar en la norma constitucional que los servidores públicos propiamente dichos (tanto los que pertenecen a la administración pública central, como los de empresas estatales) no pueden acceder al derecho a la sindicalización, que quedaría restringido, exclusivamente, para los sectores típicamente obreros de las empresas públicas, quienes, por su parte, podrían ejercer el derecho de petición y de huelga, pero

bajo un régimen de excepción que considere los intereses del Estado, la seguridad ciudadana y el concepto de "servicio público" entendido como la obligación inexcusable de la organización política de cumplir sus tareas y responsabilidades en beneficio de la comunidad, sin interrupciones, ni aun en caso de conflicto colectivo.

Habría pues, que incluir en forma sumaria pero precisa, estas ideas en la norma constitucional, imponiendo además al legislador la obligación de incluir en la ley laboral un "régimen laboral público" que responda a las peculiaridades antes enunciadas.

Además, deberían precisarse los conceptos de "ejercicio de potestad pública" "prestación de servicios públicos" y "actividades económicas asumidas por el Estado", que con gran confusión emplea indiscriminadamente la actual Constitución, de lo cual ha derivado, en buena medida, la caótica sindicalización publica que admite, en un mismo organismo, decenas y hasta cientos de grupos sindicales colectivos.

Se hace necesario delimitar cual es el ámbito de amparo del Código del Trabajo y cual es la jurisdicción de la Ley de Servicio civil y Carrera Administrativa.

Si se quiere enfrentar de veras la crisis institucional del país, hay que enfrentar este tema sin reservas ni prejuicios.

SEGURIDAD SOCIAL

La Sección IV del Título Segundo de la Constitución Política, al referirse al tema de seguridad social, además de describir sus objetivos y prestaciones, estatuye que su administración será un monopolio del Estado, a través del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social . Esta doctrina ha sido rebasada por los hechos. Es evidente la quiebra de la seguridad social ecuatoriana y, por lo mismo, es urgente iniciar un proceso de desagregación que, manteniendo opcionalmente el viejo sistema de la seguridad social administrada por el Estado, admita paralelamente la posibilidad de que las prestaciones, sean atendidas a través de seguros privados, en lo que en buena medida ya ocurre en la actualidad, porque los trabajadores han alcanzado esa conquista a través de la contratación colectiva, a causa precisamente, de la inoperancia del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

La norma constitucional debería consagrar un régimen factible que permita al beneficiario elegir el sistema de cobertura que más le convenga, ya sea público o privado, tal como ocurre hoy, por ejemplo, en Chile.

A fin de atender a los sectores desprotegidos debería mantenerse el papel subsidiario del Estado en aspectos que no sean cubiertos por los sistemas de seguridad social privada o mixta, sin descuidar por ejemplo, las áreas de salud, maternidad y seguro campesino, en las cuales sí se requiere de una activa participación del sector público.

Quito, 8 de septiembre de 1994

La Constitución como Sistema de Fuentes del Derecho

Dr. Jorge Zavala Egas ()*

1.1.- Fuentes del Derecho.-

La primera reflexión que nos nace, al tratar este tema, es el por qué de la existencia de los artículos 18 y 19 de nuestro Código Civil que determinan que jamás puede dejar de aplicarse el derecho por parte de los jueces, así exista oscuridad o falta de ley o, como también lo dice, con absoluta precisión el artículo 1.7 del Código Civil español: "Los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido". O como lo expresa el artículo 15 del Código Civil argentino bajo el imperativo de que "los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes". Esta repetida fórmula nos conduce a pensar que la razón de su existencia es que hay viviente algo superior a la norma jurídica misma, que el Derecho no está limitado a ésta y que, por ello, cuando ésta falta, es oscura o insuficiente es preciso acudir al sistema de fuentes que exista para dar solución a la situación planteada.

Tal como lo expresa el profesor de Turín, BOBBIO "se puede decir que los problemas generales del derecho han sido estudiados tradicionalmente desde el punto de vista de la norma jurídica, considerada como un todo en sí mismo, en lugar de analizarlos desde el punto de vista que considera la norma jurídica como la parte de un todo más vasto que la comprende..."¹. Ese todo es el ordenamiento jurídico. En efecto, lo trascendente para la comprensión del Derecho no es la norma jurídica por sí sola, sino la razón de ser de ésta que es el or-

(*) Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Guayaquil.

1. BOBBIO, Norberto. "Teoría General del Derecho". Edición castellana. TEMIS, Bogotá. 1987, págs. 141-142.

denamiento jurídico. Lo que afirmamos es que sólo hay normas jurídicas en tanto y en cuanto se pertenezcan a un ordenamiento jurídico y, por tanto, que la explicación del Derecho sólo puede ser a partir de éste y no de aquéllas. Ordenamiento que aspira a ser autosuficiente y que, por esa razón, no admite lagunas o espacios en su estructura, pues éstos siempre deberán ser suplidos por el sistema de fuentes que el mismo ordenamiento ha creado.

Llegados a este punto el concepto de ordenamiento jurídico puede precisarse como "la unidad con vida propia, independiente y distinta de las propias normas, que son tales, precisamente, en cuanto se integran en él".² Pocas dudas sobre lo aseverado nos quedan si observamos el proceso de cambio en una dimensión jurídica cualquiera: las normas son reformadas o son derogadas, pero el ordenamiento jurídico permanece. Por el contrario, si el ordenamiento es alterado en sus principios cambia su contenido normativo, total o parcialmente, no obstante no haberse realizado, en forma directa, sobre las normas ninguna actividad tendiente a su mutación.

Para tratar el tema de las fuentes del Derecho es necesario precisar su concepción, pues a simple vista el hontanar de las normas jurídicas se encuentran en diversas realidades sociales. Un conjunto de normas puede nacer de concretos intereses económicos de un grupo social hegemónico, como también otras pueden nacer de firmes convicciones ideológicas de un partido político o bien de creencias religiosas de una comunidad. No se puede negar que esos concretos intereses, convicciones ideológicas o creencias religiosas sean fuentes para el Derecho. Ellos están ligados en una relación de causalidad evidente que, sin embargo, no son objeto de estudio del Derecho, es materia de la sociología jurídica. "La expresión fuentes se utiliza para designar no el proceso causal que lleva a crear la norma, sino aquello a lo que el ordenamiento jurídico atribuye la virtualidad de producir ese efecto. El concepto de fuentes del derecho parte de esta diferencia entre la realidad puramente fáctica y aquello a lo que el ordenamiento atribuye eficacia creadora de normas y abarca únicamente esto segundo."³ O como lo expresa el profesor de Instituciones Públicas de la Universidad de Florencia: "...fuentes del derecho son los acontecimientos jurídicos. . .que en un Ordenamiento dan lugar a una norma, de los que deriva la génesis o la causación -como creación, modificación o extinción- de normas consideradas como válidas en dicho Ordenamiento"⁴

2. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás-Ramón. "Curso de Derecho Administrativo". CIVITAS, Madrid. Quinta Edición. Tomo I, pág. 60

3. DE OTTO, Ignacio. "Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes". ARIEL, Barcelona, 2a. edición, pág. 70

4. PREDIERE, Alberto. "El Sistema de las Fuentes del Derecho". En la obra "La Constitución Española de 1978". CIVITAS, segunda edición, 1981, pág. 169

Luego, es ineludible la necesidad de precisar qué son las fuentes del derecho, esto es, su naturaleza específicamente jurídica para así diferenciarlas de los fenómenos sociales que las determinan causalmente. Es verdad que los intereses, las ideologías o los dogmas originan la cadena causal que culmina en la creación de las normas jurídicas, pero su valor para el derecho como "fuentes" es inexistente o, para mejor decir, son realidades metajurídicas y, por ende, si queremos construir una teoría del Derecho debemos excluirlas. Como enseñan los catedráticos de Derecho Civil DIEZ-PICASSO, Luis y GULLÓN, Antonio,⁵ las fuentes reales del Derecho han de expresarse a través de las fuentes formales y en este punto conviene recordar que la expresión fuentes del derecho, tanto designa a los que pueden ser autor o autores de la norma, como el medio de expresión de la misma. Cuando decimos, de acuerdo con el artículo 10. del Código Civil, que son fuentes del ordenamiento jurídico la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho, estamos contemplando ante todo las fuentes de producción de normas en su aspecto formal, como modos o medios de expresión a través de los cuales las normas se manifiestan. Pero al mismo tiempo alude, en una consideración más profunda, al autor de la norma".⁵ Vista así las cosas el problema de "las fuentes" se resuelve en el mundo del Derecho.

En consecuencia, "Con la expresión fuentes del derecho se designa la propia manifestación de la voluntad normadora, esto es, el acto al que conduce el ejercicio de la voluntad normadora del órgano habilitado para ello por el ordenamiento jurídico. Fuentes son los llamados actos normativos, aquellos a los que el ordenamiento jurídico atribuye la virtualidad de producir una norma jurídica..."⁶ Mas, es innegable que al determinar los actos productores de las normas, vale decir, el medio de expresión de una manifestación de voluntad identificamos inmediatamente, también, el órgano productor de la misma. Si nos referimos a la ley como acto normativo, también señalamos al Congreso y al Presidente de la República como los sujetos que la crean, si es el reglamento nos remitimos inmediatamente a la potestad del Presidente para su expedición y así por el tenor.

Siguiendo la tesis del último autor citado tenemos que necesariamente depurar el concepto de actos normativos y su relación con el concepto de fuentes de derecho, pues en sí mismo encierra varias dificultades: a) su imprecisión, pues en la realidad del Derecho Público todo acto, con singulares excepciones, del Estado generado a través

5. "Sistema de Derecho Civil". TECNOS, Madrid. Sexta Edición, 1988, págs.107-108, refiriéndose al texto del Art.1 del Código Civil español transcrito antes.

6. DE OTTO, Ignacio. Ob. cit., pág.70

de sus órganos es normativo, pero adicionalmente en el campo del derecho privado el contrato también es un acto normativo ya que el "legalmente celebrado es una ley para los contratantes", al tenor de lo que dispone el Art.1588 del Código Civil. Por otra parte, la imprecisión se hace más notoria cuando nos referimos a las sentencias -excluida la jurisprudencia obligatoria-, pues no obstante ser actos judiciales normativos no se incluyen entre las fuentes de derecho; b) tampoco ayuda el complementar la concepción de fuentes con el atributo de la generalidad, pues existen actos normativos que son fuentes del derecho que no gozan de esa cualidad como, por ejemplo, las normas que expide el Congreso y que benefician a una sola persona al concederle pensiones vitalicias. Este ejemplo es aplicable en nuestro sistema jurídico, pues de acuerdo al Art.68, inciso final de la Constitución "los actos legislativos que no creen o extingan derechos, ni modifiquen o interpreten la ley, tendrán el carácter de acuerdos o resoluciones" y el artículo 69 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa señala que "para efectos legislativos se tendrá por Ley a la norma de carácter obligatorio y permanente que verse sobre una materia de interés general, y por decreto, a la norma obligatoria que verse sobre un objeto de interés particular, cuando cree, modifique o extinga derechos". Luego, el Congreso ecuatoriano podría ordenar una pensión vitalicia, pero a través de decreto legislativo y no mediante Ley; pero, para los efectos es lo mismo, pues el decreto legislativo como se observa es un acto normativo y, en consecuencia, fuente del derecho, pero de carácter particular. Luego, la generalidad no es la característica diferenciadora de las fuentes del derecho; y, c) dice DE OTTO, que la permanencia no obstante ser atributo de varias de ellas, encuentra excepciones claras cuando, por ejemplo, se dictase un acto normativo de expropiación que se agota en el mismo acto expropiatorio. En este caso, por el contrario, se hace patente la precariedad temporal de la vigencia del acto normativo.

Las fuentes del derecho han pretendido, fundamentalmente, en el ámbito civil, definirse como aquellas que instrumentan las decisiones judiciales. Es decir, tratando de evitar que el ordenamiento jurídico adolezca de lagunas o vacíos -que se hacen patentes cuando surge la litis procesal ante la administración de justicia- se ha vertebrado incorrectamente el sistema de las fuentes del derecho en la ley, la costumbre y los principios universales. En efecto, nuestro Código Civil ha determinado la norma contenida en el Art.18 que "los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley", luego atiende a la ley como la primera fuente del derecho, subsumiendo en ella a la costumbre, pues ésta "no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella" (Art.2 CC), pero los principios de derecho universal no son "fuente", sino "normas".

que se aplican en ausencia de las contenidas en leyes (Art. 18, No.7 CC). Es éste el sistema de nuestro Código Civil. En consecuencia, para éste la fuente primigenia del ordenamiento jurídico es la ley.

Cuando se pregunta por qué el contrato -que es ley para las partes (Art.1588CC)- no es fuente del derecho, sino de obligaciones, la respuesta no se hace esperar: es evidente que el juez en el caso de una demanda por incumplimiento contractual tiene que acudir a sus estipulaciones para resolver la litis, siendo, pues, fuente del derecho. Mas, se alega que no puede considerárselo así porque el mismo contrato puede ser objeto de la sentencia en caso de que se tenga que declarar su nulidad por contradecir la ley (Art.1724 CC). Luego, el contrato sólo es fuente del derecho mientras no exceda los límites que la ley impone a la autonomía de la voluntad. Existe así un presupuesto a la validez normativa del contrato que es la ley. Y, consecuentemente, la ley es fuente del derecho y no el contrato, que sólo lo es en tanto sea adecuado a ella, factor que lo condiciona como fuente normativa.

En el caso de los contratos lo dicho resulta incuestionable en materia civil, pero el razonamiento se quiebra cuando entramos a materia administrativa, pues en esta área sucede, precisamente, lo contrario. Es cierto que los contratos administrativos que se juzgan no se pueden considerar fuentes del derecho, pues son el ejercicio de la legalidad presupuesta de la Administración. Sin embargo, la administración de justicia contenciosa tiene al acto normativo mismo como objeto del juicio de legalidad. Por ejemplo, un reglamento, típico acto administrativo, es sin discusión un acto creador de normas y, en consecuencia, fuente de derecho, pero es, también, el objeto del juicio en la vía contenciosa. Y así otros actos que contienen normas dictadas por la Administración Pública que son el supuesto de legalidad de su accionar y, por tanto, fuentes del derecho, pero son objeto principal de la litis ante la función judicial. Así lo expresa el Art.3 de la Ley de La Jurisdicción Contencioso-Administrativa: "El recurso de anulación objetivo o por exceso de poder, tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal."

En consecuencia, tampoco la óptica judicialista es la que puede precisar la conceptualización de las fuentes de derecho.

Todo lo expresado lleva a la conclusión que el concepto de fuente del derecho es puramente académico. "En efecto, decir que unos actos normativos son fuentes, y otros no, no significa en modo alguno

decir que el ordenamiento confiere a los primeros una virtualidad que no confiere a los segundos, porque el ordenamiento jurídico no prevé unas consecuencias específicas que sólo concurren en los actos llamados fuentes, en todos ellos, y no en los demás".⁷ Luego, el acto normativo no pierde su cualidad de tal por ser o no considerado fuente de derecho. Tanto la ley, el reglamento, como la sentencia, o el contrato y el acto administrativo son actos normativos con las consecuencias que el ordenamiento les atribuye, independientemente que sean considerados como fuentes de derecho.

El término fuentes de derecho lo que expresa es una categoría de actos normativos con efectos otorgados por el propio ordenamiento, efectos que de igual manera otorga, el mismo ordenamiento, a cada uno de los actos normativos que no son mencionados como fuentes del derecho. Luego, la distinción se hace intrascendente y más si observamos que cada rama del ordenamiento tiene sus propias fuentes.

En definitiva, fuentes del derecho son todos aquellos actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas.

1.2.- La Constitución como norma jurídica.-

Hemos dicho que lo que explica el Derecho es la concepción del ordenamiento y no de la norma. En consecuencia, el ordenamiento no es jurídico por contener normas jurídicas, sino que éstas lo son por pertenecer a un ordenamiento jurídico. La afirmación resulta fácil de entender si reconocemos que existen normas que carecen de eficacia, nota esencial a lo jurídico y, sin embargo, son jurídicas por pertenecer a un ordenamiento eficaz. Puede ser el caso de las normas que proclaman el derecho a un nivel de vida digno para todos los ecuatorianos. Carecen de eficacia, pero no lo es el ordenamiento al que se pertenecen que goza de eficacia en su conjunto. Por tanto, si aceptamos que la eficacia es nota sustancial de lo jurídico debemos aceptar que ella vive en el ordenamiento y no en la norma, pues existen muchas normas que siendo válidas no son eficaces.

Luego, el ordenamiento jurídico es un conjunto de normas y las que lo conforman pueden ser de dos tipos diferentes: las normas de conducta y las de competencia. Las primeras son las que regulan en forma prescriptiva lo que el hombre puede hacer, lo que está obligado a hacer y lo que le está prohibido hacer. Mientras que las segundas son las que señalan el órgano que puede producir las normas de

conducta, bajo qué condiciones y el procedimiento a seguir para elaborarlas. No son iguales las normas que ordenan alimentar a los hijos, que prohíben conducir en estado de embriaguez o que autorizan el matrimonio, a las que establecen quién debe producir y siguiendo qué procedimiento tales normas.

No son iguales en cuanto su estructura es diferente: la norma de conducta contiene una hipótesis de conducta asociada a una sanción: el que robe merece pena de prisión, el contrato celebrado por un demente es nulo, etc. La lógica interna de la norma de conducta exige siempre una hipótesis fáctica a la cual asocia una consecuencia, comúnmente llamada sanción. Excepción hecha de las sentencias que son normas derivadas o secundarias en el sentido kelseniano y que no forman parte del ordenamiento jurídico formal, pues sólo atienden a la aplicación y explicación de éste. Mientras que la norma de competencia carece de esos elementos y se limitan a asignar a un órgano determinado su ámbito de actuación, lo que le está permitido hacer y el cómo hacerlo.

Las normas de competencia son las que permiten la gestación de los actos normativos. "Las normas sobre la producción que se refiere al productor y al proceso productivo (y por tanto al órgano o figura organizativa competente y al procedimiento establecido) son instrumentales con relación a las normas producidas o producibles"⁸. Así la que autoriza al legislador expedir leyes, al Presidente de la República dictar reglamentos y a los jueces producir sentencias. Leyes, reglamentos y sentencias son actos normativos, así como también lo son las normas que permiten el poder de los ciudadanos a obligarse entre sí basados en la autonomía de su voluntad, pues el contrato también es un acto normativo.

Por ello, "lo que interesa resaltar en una teoría general del ordenamiento jurídico no es tanto cuántas y cuáles sean las fuentes del derecho en un ordenamiento jurídico moderno, como el hecho de que, en el mismo momento en el cual se reconoce que existen actos o hechos de los cuales se hace depender la producción de normas jurídicas (precisamente las fuentes del derecho), se reconoce también que el ordenamiento jurídico, más allá de regular el comportamiento de las personas, regula también el modo como se debe producir la regla..."⁹

Estas normas de competencia son más complejas que las normas

8. PREDIERI, Alberto. Ob. cit., pág. 169

9. BOBBIO, Norberto. Ob. cit., págs. 158 y 159

de conducta que se reducen a permitir, prohibir o mandar. El mismo autor al que seguimos en este parte establece nueve tipos de normas de competencia, así:

- 1.- Normas que ordenan mandar: en nuestra Constitución sería la contenida en el Art.26: "La educación en el nivel medio es obligatoria. Cuando se imparta en establecimientos oficiales, se proporcionarán gratuitamente los servicios de carácter social."
- 2.- Normas que prohíben mandar: Art.19.No.1: "No hay pena de muerte."
- 3.- Normas que permiten mandar: Art.19, No.9: "Los ecuatorianos gozan de libertad para entrar y salir del Ecuador. En cuanto a los extranjeros, se estará a o dispuesto en la ley."
- 4.- Normas que ordenan prohibir: Art.17, a): "Prohíbese la esclavitud o la servidumbre en todas sus formas;"
- 5.- Normas que prohíben prohibir: Art.19, No.6: Se garantiza: "El derecho a la libertad de opinión..."
- 6.- Normas que permiten prohibir: Art.31, lit. h): "Se reconoce y garantiza el derecho de los trabajadores a la huelga y el de los empleadores al paro de conformidad con la ley."
- 7.- Normas que ordenan permitir: (lo mismo que el 5.-)
- 8.- Normas que prohíben permitir: (lo mismo que el 4.-)
- 9.- Normas que permiten permitir: (derogatoria de una prohibición constitucional por otra norma de igual rango posterior).

Si aceptamos que el ordenamiento jurídico es un conjunto de normas, la multiplicidad y variedad de éstas convertirían a éste en un imposible ontológico si no encontraran un punto de unidad. Imaginemos la sociedad ecuatoriana regida por una complejo amorpho de leyes, reglamentos, ordenanzas, sentencias, resoluciones administrativas que no alcanzaren unidad, esto es, que no encontraren la razón de su existencia (validez) en algún elemento real. Sería un caos, contrario a la finalidad del ordenamiento jurídico, el que un reglamento imponga penas privativas de libertad diferentes a la que establece una ley o que un municipio expida una ordenanza que establezca la pena de muerte para los autores de determinado delito o que una asamblea provincial decida promulgar ordenanzas sin competencia para ello.

Se hace imprescindible, pues, encontrar la fuente de unidad del ordenamiento jurídico y apelando a la conocida teoría kelseniana leamos su sencilla explicación: "...una pluralidad de normas constituyen una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden..."¹⁰ Así observamos que las normas encuentran la fuente de su validez en la de jerarquía superior hasta llegar a la Constitución de la República y, de ésta, a la norma fundamental que no es otra que la que emana del poder constituyente originario que ordena acatar la Constitución y la normatividad derivado de ésta. Luego, la norma fundamental es la fuente de unidad y validez de todo el ordenamiento jurídico. Por tanto, la Constitución es norma fundamentada también en ella, no obstante ser la fuente de validez de toda la normatividad jurídica y, por esa razón, la norma fundadora, pero integrante del ordenamiento. Y afirmamos que así como la norma fundamental es la que emana del poder constituyente creando todo el ordenamiento jurídico desde fuera, la Constitución es la norma fundamental del ordenamiento desde dentro.

Luego, es consustancial al Estado Constitucional la fuerza fundadora del poder constituyente en su etapa originaria, esa que proviniendo de una revolución, de un movimiento social o de una acordada decisión de ejercerla tiene la inequívoca intención de fundar un nuevo Estado. Poder que sólo lo tiene el pueblo, la sociedad que desea autorganizarse y, efectivamente lo hace, mediante la expedición de una Constitución. En consecuencia, Pueblo y Constitución son elementos inseparables en nuestros Estados. Esa fue la realidad cuando en septiembre de 1830 el pueblo decide, a través de sus representantes, otorgarse una Constitución y dar por fundado el Estado del Ecuador.

Esta realidad no debería admitir mayor precisión Si realizamos un paréntesis en la historia y nos remontamos a la Constitución Federal de los EEUU de 1787, con su preámbulo que comienza expresando "Nosotros, el pueblo norteamericano...",¹¹ la cual, sin embargo, sólo

10. ALVAREZ GARDIOL, Ariel. "Introducción a una teoría general del Derecho". Editorial Astrea, 1975, pág. 134

11. Sin que ello signifique aceptar sin reservas que esta sea la primera Constitución moderna, dada la advertencia que nos trae el profesor PABLO LUCAS VERDU cuando refuta a GARCIA DE ENTERRIA citando a SCHMITT, CARL el que en su obra "Teoría de la Constitución" (1934) expresa: "El primer ejemplo de una moderna Constitución escrita es el Instrument of Government de Cromwell, ...

tras la primera Enmienda, introducida en el primer Congreso que se reunió en New York bajo la nueva Constitución, en 1789, incluye los derechos fundamentales o Bill of Rights, obra de JAMES MADISON o nos retrotraemos a las que produce la Revolución Francesa, cuya base de partida era una concepción de normas expedidas por el pueblo convertido en poder constituyente (recordemos a SIEYÉS). Esta fue la concepción original.

Pero la historia no se puede negar y esa transparente concepción sufre una distorsión producto de hechos conocidos: a) la restauración monárquica propiciada por Napoleón en Europa que adopta la Constitución como organización de los poderes políticos, lo cual desbarata la original idea de la Constitución que consagra la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789: "Toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes no tiene Constitución". Pues esos derechos pasan a ser concesiones de los monarcas como, por ejemplo, el Estatuto Real de la Regente María Cristina de 1834 y antes el caso de Luis XVIII en 1814, por las cuales éstos son los verdaderos constituyentes, usurpando al pueblo su titularidad; y, b) por otra parte, el marxismo ataca frontalmente el valor de la Constitución y la juzga como una cobertura de la real expresión de los poderes en la sociedad, postura que adquiere su auge a partir de la Revolución de 1848 y que tiene su expresión más encumbrada en LASALLE para el cual la Constitución no pasa de ser una mera "hoja de papel". Estos hechos históricos, según GARCIA DE ENTERRIA, "son decisivos, hasta el punto de que en Europa continental va a perderse con alguna excepción, el sentido genuino de Constitución durante casi todo el siglo XIX (y en Alemania y Centro Europa hasta 1919, como también entre nosotros (España), tras el constitucionalismo originario presente en Cádiz, prácticamente hasta la nueva Constitución (1978)". Así como hasta hace poco en toda Europa del este y, todavía, Cuba, en América.

Por esta realidad histórica es que la teoría constitucional se desarrolla, en plena monarquía, a partir de Kelsen (que en 1934 edita

... se manifestó acerca de la finalidad de este instrumento: había de dar una regla permanente, inviolable frente a las cambiantes resoluciones mayoritarias del Parlamento; en todo Gobierno necesitaba haber algo fundamental, algo como una gran Carta que fuera permanente e invariable. La equívoca palabra 'fundamental' recibe aquí el sentido de absolutamente invulnerable. El que un Parlamento, por ejemplo, nunca pueda declararse corporación permanente es para él uno de tales principios fundamentales..." Más adelante el mismo VERDU dice que aún antes de SCHMITT, A. SMEIN (1900) "cita el Instrument of Government, que contenía cláusulas (arts. 24 y 38) declarando nulas las leyes contrarias a sus disposiciones. Según él, Cromwell fue un precursor; trazó la vía constitucional que recorrerían los anglosajones americanos cuando formaron una gran nación independiente: el Instrument of Government de Cromwell es el prototipo de la Constitución de los Estados Unidos...". (Curso de Derecho Político, Volumen IV, pág. 113. TECNOS, 1984)

su "Teoría pura del Derecho")¹² como un mero elemento lógico que fundamenta la unidad del ordenamiento jurídico. Como, en Italia, lo hizo SANTI ROMANO en 1917 cuando escribe su "Teoría del Ordenamiento Jurídico" afirmando que la Constitución no era otra cosa que la fuente de la organización y de la unidad de ese ordenamiento; pero algo fundamental se había perdido en la teoría constitucional: que el pueblo es el que legitima el poder a través de la Constitución.

Luego, es preciso reafirmar que la Constitución es norma producto del pueblo que la expide en pleno ejercicio de su fuerza constituyente y lo es tanto en su parte orgánica como en la dogmática, esto es, tanto en cuanto organizadora del poder político del Estado que ella edifica, cuanto en las limitaciones que impone a ese poder mediante el reconocimiento de las libertades públicas. aEn todos esos contenidos la Constitución se presenta como un sistema preceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía, en su función constituyente, preceptos dirigidos tanto a los diversos órganos del poder por la propia Constitución establecidos como a los ciudadanos".¹³ Y tiene la característica de toda norma, esto es, "la fuerza vinculante bilateral de la norma", como afirmaba IHERING.

Con lo expresado sostenemos que la Constitución es: a) expresión jurídica-política de la soberanía del pueblo en función constituyente; b) organizadora del sistema de poder político necesario para la existencia de la sociedad y, c) limitadora de ese mismo poder, garantizando el amplio campo de la libertad de los hombres mediante la consagración de las libertades públicas.

1.3.- La Constitución como fuente del derecho.-

La Constitución así concebida, como norma fundamentadora del ordenamiento jurídico, genera, a efectos de nuestro estudio, la interrogante de si es fuente del derecho. La pregunta parece sencilla, pero la respuesta debe encontrarse en una necesaria relación con la temática de la eficacia de la Constitución como norma jurídica, pues es

12. Dice el propio Kelsen en mayo de 1934: "Hace un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho...". (Prefacio de la edición en alemán). Y se ratifica luego diciendo: "Al publicarse en 1934, con el título "Reine Rechtslehre", una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debía aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la segunda guerra mundial, me lo impidieron..." (En el prólogo a la edición en francés). Recién esa traducción aparece en 1953, no obstante en Argentina ya aparece editada en español, la versión alemana, en 1941. La edición francesa actualizada, corregida y aumentada por el propio Kelsen aparece en el primer año indicado y se edita en español en 26 ediciones hasta 1989 por la Editorial Universitaria de Buenos Aires.

13. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. "La Constitución como Norma Jurídica". CIVITAS. Segunda Edición, pág. 105

preciso determinar si es directamente vinculante para los órganos llamadas a cumplirla o si sólo lo es en forma indirecta, esto es, a través del legislador y mediante la ley. Esta segunda alternativa deriva, de darse una respuesta afirmativa, en una aseveración errónea, cual es, que el legislador es el único que puede desarrollar los mandatos constitucionales. Así planteado el problema resulta que si la respuesta es que la Constitución sólo tiene efectos indirectos y, sólo a través de la ley es de obligatoria aplicación para los órganos del poder público, no es fuente del Derecho, pues sólo lo sería de la ley y sería ésta la única que disene el ordenamiento jurídico, incluyendo los actos productores de normas jurídicas. Ello es equivalente a negar la cualidad normativa de la Constitución que antes hemos afirmado.

Caso contrario, de contestarnos que tiene efectos directos sobre gobernantes y gobernados sería, la Constitución, fuente del derecho. "En otras palabras, si la Constitución tiene eficacia directa no será sólo normas sobre normas, sino norma aplicable, no será sólo fuente sobre la producción, sino también fuente del derecho sin más."¹⁴ o, también, "la Constitución define el sistema de fuentes formales del Derecho, de modo que sólo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución (órgano legislativo por ella diseñado, su composición, competencia y procedimiento) una Ley será válida o un Reglamento vinculante; en este sentido, es la primera de las normas de producción, la norma normarum, la fuente de las fuentes".¹⁵

Por otra parte, la Constitución vista como normatividad suprema es como toda norma aplicable en forma directa, pues de otro modo ya no sería parte del ordenamiento jurídico, sino una fuente creadora de competencias para el legislador quien sería el que mediante ley lo estructure. Lógicamente, en ese caso, la Constitución ya no sería parte del ordenamiento jurídico, no sería Derecho, sino algo situado fuera de él y sólo la Ley sería la soberana en la construcción del ordenamiento jurídico.

Por todo ello creemos que la Constitución es vinculante y de efectos obligatorios directos para todos los órganos del Estado, incluyendo al pueblo que también es órgano de poder. Como dice el autor de nuestra referencia: "La doctrina científica es prácticamente unánime en este reconocimiento a la eficacia directa de la Constitución."¹⁶

Llegados a la conclusión que la Constitución es la norma superior

14. DE OTTO, Ignacio. Ob. cit., pag.76

15. PREDIERI. Ob. cit., pág.106. GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ. Ob. cit., pág.98

16. DE OTTO, Ignacio. Ob. Cit., pág.77

del ordenamiento jurídico y que las normas de competencia son las que regulan la creación de los actos normativos, no es difícil afirmar que aquella es "también norma sobre las fuentes, fuente acerca de las fuentes", pues por su preeminencia jerárquica condiciona la creación de todo el derecho.

Esta afirmación deriva del hecho de que sólo pueden pertenecer al ordenamiento, sólo deben existir o tener validez aquellas normas que no contradicen -ni por la forma de producción ni por su contenido- a los preceptos constitucionales. Así lo establece nuestra Constitución en el Art.140 al determinar que "la Constitución es la ley suprema del Estado. Las normas secundarias y las de menor jerarquía deberán mantener conformidad con los preceptos constitucionales. No tendrán valor alguno las leyes, decretos, ordenanzas, disposiciones y tratados o acuerdos internacionales que, de cualquier modo estuvieren en contradicción con la Constitución o alteraren sus prescripciones."

Pero la misma disposición constitucional señala la jerarquía de los actos normativos. Primero, subordina todos a la Constitución a la que denomina "ley suprema". Segundo, en relación con el Art.146, No.1, determina los actos normativos, desde el punto de vista constitucional: la ley, los decretos leyes, decretos, resoluciones, acuerdos, disposiciones, ordenanzas, disposiciones y los tratados o acuerdos internacionales, sin olvidar que en los artículos 68 y 79 regulan el poder reglamentario, que el artículo 93 norma el principio fundamental que informa a la función judicial para la expedición de las sentencias, que el artículo 127 regula la facultad normadora de los consejos provinciales y de los concejos cantonales mediante los actos normativos denominados ordenanzas, que el 39, inciso segundo y el Art.97 reconocen la facultad normativa de la Administración Pública y que, finalmente, el Art.19, No.12 garantiza a los individuos su propia capacidad normativa, reconociendo la autonomía de su voluntad, para obligarse mediante la contratación.

He aquí, pues, que en la Constitución existe todo un sistema de fuentes del derecho que el legislador no puede omitir tomar en consideración al regular su propio sistema de fuentes mediante ley.

No es verdad, en consecuencia, que el sistema de fuentes y de integración que nos trae el Código Civil sea el único aplicable a nuestro ordenamiento y no siquiera admitiendo que se lo trate como sistema de fuentes, pues si está referido al sector civil es verdadero, "pero no lo es referido a otros sectores del mismo ordenamiento, pues hay algunos que están dominados por un estricto sentido de legalidad (p.eje., el ordenamiento penal, donde no cabe en consecuencia la

costumbre ni los principios generales del Derecho en su función de norma subsidiaria, o como ocurre con el ordenamiento jurídico tributario). Incluso, como es sabido, es muy discutible la fuerza de las normas consuetudinarias en el Derecho administrativo y procesal".¹⁷

En consecuencia, el sistema del Código Civil es aplicable a ese tramo del sistema jurídico, pero siempre y cuando no contrarie lo que la Constitución determina. Sin olvidar tampoco que el legislador puede, en cada ley que expida, contrariar lo expuesto en el Título Preliminar del Código Civil aun cuando sea referida, dicha ley, a materia civil. De hecho eso acaece cuando, por ejemplo, se expide una ley cambiando la fecha de su vigencia que prevé el citado Título. Con más razón si las leyes se refieren a ramas como la penal, laboral, tributaria o administrativa. Ejemplo de lo expresado en nuestro País es la creación del Decreto Legislativo en la Ley Orgánica de la Función Legislativa, el cual no está previsto en la Constitución ni en el Título Preliminar del Código Civil. Nada impide en el ordenamiento que la ley sea contradicha por otra ley, aun cuando se trate del sacralizado Título Preliminar. Dice el profesor PREDIERI al respecto que "de ello se deduce que una nueva ley ordinaria que sustituya el Art.1 del Título Preliminar podría excluir de la lista algunas fuentes o bien añadir otras, con la única salvedad que respete...las normas constitucionales".¹⁸

Para ciertos autores el Título Preliminar tiene efectos sobre todo el ordenamiento jurídico dado que regulan el nacimiento, la operatividad y el funcionamiento de las normas y, en consecuencia, tiene un valor materialmente igual que la

Constitución, ya que serían "normas sobre normas", pues de su existencia depende, en última instancia, el funcionamiento del ordenamiento. Esta realidad tiene su explicación histórica en que los Códigos Civiles se pusieron en vigencia, en la mayoría de los países europeos, cuando no existía una diferencia de rango entre Constitución y ley y, en consecuencia, una ley cualquiera podía legítimamente contradecir y reformar la Constitución. "Pero desde el momento en que históricamente desaparecen las razones que justificaban la integración en el Código Civil de las reglas sobre las fuentes y su aplicación y eficacia, se desvanece también todo valor que, en su condición de materialmente constitucionales, se pretendiera dar a dichas reglas..."¹⁹

17. DIEZ- PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Ob. Cit., pag. 110

18. Ob. cit.,pág. 168. Se refiere al Art.1 del Código Civil español que expresa: "Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho".

19. DIEZ-PICAZO, Luis María. "La Derogación de las Leyes" CIVITAS. Primera edición, 1990. Pág.58

Lo importante de nuestro Código Civil radica en su definición de ley (Art. 1) que no abarca a toda norma de carácter general e imperativa como el reglamento, esto es, establece la diferencia de jerarquía. Se refiere sólo a la Ley como expresión de la voluntad común o popular a través de sus representantes en el Congreso. Además, excluye a otros actos normativos sin ese rango como, por ejemplo, las sentencias expedidas por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema, pues cada una, según la Constitución, es "definitiva y de efectos generales" o la jurisprudencia obligatoria que en casación se forma con los requerimientos del Art. 19 de la Ley No. 27, esto es, "la triple reiteración de un fallo de casación constituye precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante para la interpretación y aplicación de las leyes, excepto para la propia Corte Suprema."

El hecho que la costumbre y los principios universales consten como normas productoras del ordenamiento civil es lícito, pues no contradice a la Constitución y es propio del poder del legislador estipular otras fuentes que no sean las constitucionales y, claro está, no las contradiga tampoco.

Por eso podemos decir que, en realidad, "el Título Preliminar del Código Civil sólo puede ser rectamente entendido como un conjunto de normas sobre la aplicación del Derecho -no, sobre su creación- dirigido al Juez y, en general, al operador jurídico..."²⁰

En conclusión, la Constitución trae todo un sistema de fuentes del derecho que debe ser obligatoriamente acatado por el legislador, sin perjuicio que éste agregue otros actos susceptibles de generar normas (fuentes del derecho) siempre que no entren en contradicción con la norma suprema del ordenamiento. Pues, en definitiva "solo el Derecho Constitucional resulta sede adecuada para un examen global de los problemas suscitados por el sistema de fuentes..."²¹

20. DIEZ- PICAZO, Luis María. "La derogación...", nota en la pág. 59

21. Idem

17 Apuntes para la Reforma Constitucional

Dr. Hugo Ordóñez Espinosa (*)

RUPTURA me ha pedido un artículo sobre la Reforma Constitucional, cuestión mayor de la preocupación nacional en estos días. Pude escoger un tema concreto para examinarlo con alguna detención y exponerlo con la amplitud correlativa: por ejemplo, el de la organización del Congreso Nacional o la Función Judicial, el de la legislación de urgencia económica, el régimen de partidos, las autonomías y descentralizaciones, o aquel que ahora tal vez sea el que más concita la atención de la dirigencia política: el tema del régimen de la economía nacional; pero por razones de tiempo, quiero decir de mis actuales disponibilidades de tiempo, y de espacio, o sea del que puedo disponer sin abuso en esta revista, he preferido dejar aquí unos breves apuntes, nada más, sobre algunas de las cuestiones que a mi juicio merecerían ser tomadas en cuenta en el actual proceso de reforma constitucional. Quedan para otra u otras oportunidades, que ojalá se presenten, variados asuntos de similar o incluso mayor sustancia. Y ahora, sin más preámbulo, al objeto de este escrito.

Primero: CONSIDERACIONES GENERALES

I.- ¿REFORMA CONSTITUCIONAL O NUEVA CONSTITUCION?

No constituye novedad alguna decir que, en materia legislativa, en el Ecuador, hemos sido más que fecundos en la producción de constituciones, y probarlo de entrada con la comparación con los Estados Unidos que, siendo lo que son en el mundo, han tenido una constitución, mientras que nosotros, siendo asimismo lo que en el planeta somos, hemos tenido dieciocho, incluyendo en este número la de 1938, que por cierto fue propiamente una constitución nonata. Fieles

(*) - Ministro de la Corte Suprema de Justicia
- Presidente de la Sala de lo Constitucional

a esa tradición, o a esa idiosincrasia, ahora estamos aprestándonos a darnos una nueva Carta Fundamental. El único problema que hoy nos planteamos es el de si ésta debe ser totalmente nueva, o sólo de modo parcial, es decir reformada.

El problema no es nuevo, se ha presentado una y otra vez en la historia ecuatoriana. Ni bien se ha promulgado una Carta, ya se ha hablado de la necesidad de cambiarla por otra, o de modificarla siquiera en parte. La última ocasión fue en 1977, cuando la "generosidad" de una dictadura nos permitió escoger entre una Constitución nueva ("la Nueva" por antonomasia y con mayúscula en aquella ocasión), y una Constitución reformada, la de 1946 ("la Reformada" también con mayúscula esa vez). En el referéndum de esa oportunidad, ganó ampliamente "la Nueva". Dados los hábitos mentales y políticos ecuatorianos, "la Nueva", por el hecho de ser nueva, tuvo el triunfo en sus manos desde el momento mismo en que se planteó aquel dilema. Ahora, al cabo de quince años, estamos discutiendo si la hemos de reemplazar por otra -por una que, en esta segunda mitad del año de gracia de 1994, pueda ser otra vez conocida como "la Nueva", o si "solamente" hemos de reformarla.

Al parecer -y utilizo esta expresión con el temor de que una afirmación tajante pueda ser a corto plazo contradicha por los hechos-, al parecer, digo, algo importante se ha ganado en el Ecuador en los últimos quince años, es decir desde que entró en vigor la actual Carta; ese "algo" sería la mayor seriedad, el respeto más sentido, la más real responsabilidad, en suma, con que en el país se trata ahora la cuestión constitucional. En la letra de la ley, la Constitución ha sido siempre en el Ecuador la ley de leyes, la ley suprema; en la práctica, la ley con la cual se ha podido jugar más y mejor, la ley más fácil de negar, desconocer y suplantar. Parecería que ahora eso estuviese cambiando positivamente, en el sentido de dar a lo constitucional la valoración que merece. Me asalta sin embargo el temor de que este proceso de cambio positivo pudiera malograrse si una vez más cayésemos en el error de pensar que "ahora sí" hay que cambiarlo todo, empezar de nuevo y empezar de nada -como si esto fuese posible en materia constitucional-, para darnos una nueva Carta Fundamental. El consejo de la experiencia, la sensatez y la prudencia, y hasta el de la conveniencia de no desperdiciar esfuerzos legislativos, es el de reformar la Constitución actual y, eso más, solamente en la parte que estrictamente necesite ser reformada, y no sustituirla por otra. Hasta nuestra exuberancia tropical en materia de producción de constituciones debería sentirse ya satisfecha con las dieciocho que hemos tenido; quedémonos en ese número. Hagamos propósito de enmienda y mantengámoslo.

No olvidemos jamás que no es bueno que el hombre cambie todos los días los cimientos de su casa.

II.- LA FORMA DEL TEXTO CONSTITUCIONAL.- BREVEDAD Y CONCISION... Y GUERRA A LA RETORICA.

El nuevo texto constitucional, sea el de las reformas constitucionales o el de la nueva Carta, debe ser breve y conciso. Debe contener lo esencial para establecer los fundamentos jurídicos y regular la organización y buena marcha del Estado, y nada más. En él deben constar solamente los principios, las normas básicas, los grandes rasgos esenciales del diseño fundamental de la estructura y la actividad del Estado. Lo demás debe quedar para la normatividad subordinada: las leyes orgánicas, las secundarias, los decretos, los reglamentos, las ordenanzas, las resoluciones, los acuerdos. Las normas constitucionales deben ser promulgadas para perdurar; su modelo supremo debería ser quizá, el de los mandamientos de las religiones. Por todo ello, al formularlas, implacable guerra a muerte a la retórica!

III.- DEJAR ABIERTAS LAS PUERTAS Y ACCESIBLES LOS CAMINOS

Los textos constitucionales tienen que dejar abiertas las puertas y accesibles los caminos para los cambios que exija el futuro: no han de ser concebidas como obstáculos y barreras que los impidan, sino, al revés, como puertas y caminos hacia el porvenir. No han de ser camisas de fuerza para los pueblos, sino carriles por donde estos puedan marchar hacia su desarrollo económico, social y político. No debe tomarse en cuenta que ellos no han de regir solamente para la coyuntura de hoy, que debe ser el motivo de la consideración principal de la ley secundaria, sino también para las circunstancias del mañana, e incluso para las de un largo mañana.

Los cambios son consustanciales a la historia humana, y a medida que pasa el tiempo se vuelven más rápidos y profundos; en estos años finiseculares son vertiginosos. Los textos constitucionales tienen que prever el futuro para canalizarlo; en cierto modo, deben tener algo, o mucho, de profecía.

IV.- EN TODO CASO, EVITAR LA NOVELERIA

Así como tienen que abrir puertas hacia el futuro, los textos constitucionales tienen que huir de la novelería, de eso que podríamos llamar "snobismo" constitucional. Los Estados latinoamericanos, y entre ellos tal vez se destaque por esto el Ecuador, han sido y son particularmente proclives a la novelería en materia del trasplante de sistemas

e instituciones jurídico-políticas que, trasladados a medios muchas veces totalmente diferentes de aquellos en que se originaron y prosperaron, se convierten entre nosotros en caricaturas de sí mismas, muchas veces groseras y con frecuencia perturbadoras del normal y sano desenvolvimiento de nuestros pueblos. Hay sin duda que aprender y trasplantar de otros pueblos, pero únicamente lo que conviene, sólo lo que razonablemente puede sernos útil y fecundo. No trasplantar por trasplantar, no trasplantar por mera novelería. Así como hay que declarar la guerra a la retórica, hay que declarársela también a la novelería. (A propósito me viene el recuerdo de que al discutirse la Reforma Judicial de 1992 hubo voces, y hasta voces respetables, que hablaron de la necesidad de establecer en el Ecuador la institución nórdica del "Ombudsman" así, con todas sus letras...).

V.- LAS LEYES ORGANICAS Y LAS SECUNDARIAS

La ligereza y superficialidad, y a veces la real frivolidad, con que en nuestro país se ha tratado la materia constitucional, no han permitido apreciar en su verdadera magnitud la importancia de completar la adopción de nuevas constituciones, o la expedición de reformas constitucionales con la correspondiente reforma de la legislación subordinada, de las leyes orgánicas en primer término. Sin embargo, esa importancia es simplemente vital. Las nuevas constituciones, o las reformas constitucionales, si no se complementan con los cambios correspondientes de la legislación secundaria, no surten efecto, o surten efectos distorsionados, o en fin se convierten en graves y peligrosos motivos de perturbación de la normalidad del ordenamiento jurídico. De aquí que el nuevo texto constitucional que en el Ecuador estamos por adoptar, deba ser completado sin demora, ojalá fuera sin solución de continuidad, con la promulgación de las nuevas leyes orgánicas (parcial o totalmente nuevas, conforme lo requiera que el texto) y toda la otra legislación que se requiera por obra del cambio constitucional. Que no suceda nuevamente lo que ha ocurrido por la Reforma Judicial de diciembre de 1992, en parte muy importante obstada por la falta de una nueva Ley Orgánica de la Función Judicial de cambios en la legislación adjetiva.

VI.- Viene a mi mente, a manera de ilustración y complemento del apunte que antecede, lo ocurrido en España con el establecimiento del Tribunal Constitucional. Este Tribunal, que tiene su antecedente directo en el Tribunal de Garantías Constitucionales de la España Republicana, fue creado por la actual Constitución española del 27 de diciembre de 1978. Pero el Tribunal Constitucional de España no entró a funcionar de inmediato; como era lógico en un país serio, organizado y maduro, sólo inicio su ejercicio cuando se hubieron dictado la

Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y las regulaciones administrativas básicas de este organismo y del personal correspondientes... Cuando todo estuvo listo, fueron elegidos los magistrados que lo integran. Finalmente el Tribunal Constitucional de España entró a ejercer sus competencias el 15 de julio de 1980.

En cambio, la existencia de nuestro Tribunal de Garantías Constitucionales arranca de la Constitución hoy vigente, de 1978 (tuvo una vida anterior, efímera, casi fantasmal, en 1945 y 1946), y hasta hoy, al cabo de catorce años de que fuera constituido, no dispone de Ley Orgánica, pues lo que se tiene por tal es sólo un absurdo muñón de ley, el muñón de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías dictada en 1968 para que rigiera con la 1967, sustancialmente diferente de la actual; ese prodigioso muñón que ha sobrevivido a tres golpes de estado y a una nueva Carta Fundamental que, incluso, ha sido ya varias veces reformada en lo referente entre otras cosas, al control constitucional precisamente. Ciertamente es que la diferencia entre el caso español y el ecuatoriano es abismal.

Segundo: REFORMAS CONCRETAS

Las siguientes son algunas de las reformas concretas que a mi parecer deberían introducirse en el texto de la Constitución:

1) ESTADO SOCIAL DE DERECHO

En el primer inciso del artículo 1, sin perjuicio de los conceptos que en él actualmente se enuncian, debería definirse al Ecuador como "Estado social de derecho" esto es como Estado de derecho fundado en la solidaridad y primordialmente orientado hacia la justicia. (El antecedente más próximo de esta reforma estaría en el artículo 1 de la Constitución colombiana de 1991). El segundo inciso del mismo artículo debería comenzar con el reconocimiento de la naturaleza pluriétnica de la nación ecuatoriana.

2) AMPARO O TUTELA

Después de la Sección VII del Título II de la Primera Parte, debería incluirse una nueva Sección con un solo artículo que en lo sustancial repusiera la norma contenida en el numeral 15 del artículo 28 de la Constitución de 1967, que decía:

"Sin perjuicio de otros derechos que se derivan de la naturaleza de la persona, el Estado le garantiza: El derecho de demandar el amparo jurisdiccional contra la violación de las garantías constituciona-

les, sin perjuicio del deber que incumbe al poder público de velar por la observancia de la Constitución y las leyes”.

3) CONSULTA POPULAR

En el artículo 35 debería establecerse que la Consulta Popular será convocada y realizada de acuerdo con la ley (que sería una Ley de Consulta Popular), y, en los casos y con los requisitos y efectos fijados en ésta; que puede ser nacional, y entonces será convocada por el Presidente de la República, o provincial o cantonal en cuya circunstancia será convocada por el Consejo Provincial o la Municipalidad respectivos. La disposición constitucional debería distinguir entre el plebiscito, el referéndum y la consulta popular que no es ni lo uno ni lo otro. El apartado o) del artículo 79 tendría que armonizar con el nuevo texto del artículo 35.

4) REGIMEN DE PARTIDOS

Los artículos 36, 37 y 38 establecen las bases constitucionales del llamado “Régimen de partidos”: el primero garantiza el derecho de fundar partidos y de participar en ellos, y el deber del Estado de protegerlos; el segundo estatuye el monopolio electoral de los partidos; el tercero consigna los requisitos que deben reunir los partidos. Debería suprimirse, por haberse demostrado hasta la saciedad que en el Ecuador es absolutamente prematuro y gravemente perjudicial para el auténtico desarrollo democrático del país, el segundo, esto es el 37, que dice: “Únicamente los partidos reconocidos por la ley pueden presentar candidatos para una elección popular. Para intervenir como candidato en toda elección popular, además de los otros requisitos exigidos por la Constitución, se requiere estar afiliado a un partido político”. Para que haya “régimen de partidos”..., primero tiene que haber verdaderos partidos. Si no los hay, se debe dejar abiertas las puertas para que un día propicio los haya; cuando los haya, entonces sí, al “régimen de partidos”. Todo a su tiempo, para que no nos sobrevenga lo que nos ha sobrevenido.

5) SUSPENSION DE LA AFILIACION A LOS PARTIDOS

Después del artículo 38 debería introducirse uno en cuya virtud la afiliación a los partidos políticos de los altos dignatarios, funcionarios y magistrados del Estado -Presidente y Vicepresidente de la República, Procurador y Contralor General del Estado, Fiscal General, Superintendentes de Bancos y de Compañías, Vocales del Tribunal Supremo Electoral, Vocales del Tribunal de Garantías Constitucionales, si este organismo se mantiene, o del Tribunal o Corte Constitucional, si

se lo crea, Magistrados de las Cortes Suprema y Superiores y de los Tribunales Distritales- se suspenda durante el periodo en que desempeñen sus funciones, que deberían ser ejercidas por ellos con sentido eminentemente nacional y democrático, y no de partido, bandera ni sector alguno. Salvo el caso del Presidente y el Vicepresidente de la República, el periodo de estos funcionarios y magistrados debería ser al menos de seis años.

6) EL PLENARIO

La institución de las Comisiones Legislativas y del Plenario debe mantenerse, pero los artículos constitucionales que lo establecen y regulan deben ser reformados para asegurar su representatividad y eficiencia.

7) RESPONSABILIDAD DE LOS LEGISLADORES

Después del actual artículo 65 debería ir una Sección con un solo artículo que se refiriese a la responsabilidad de los legisladores en el desempeño de sus funciones, y a la posibilidad de que sus mandatos sean revocados por el pueblo de acuerdo con las prescripciones que fije la ley.

8) CONTRALORIA GENERAL

En el artículo 116 deben otorgarse a la Contraloría General del Estado atribuciones suficientes para asegurar la efectividad del control universal de los recursos públicos que a ella está confiado.

9) CONTROL CONSTITUCIONAL

En cuanto a la Sección II del Título I de la Tercera Parte de la Constitución, insisto ahora en el pensamiento que reiteradamente he expresado en los últimos años en conferencias y artículos periodísticos: deberían introducirse allí las reformas necesarias para estatuir un solo Tribunal (o Corte) de control constitucional, que, integrado por juristas de la más alta calificación moral y jerarquía académica, elegidos por el Congreso Nacional con la participación del Presidente de la República y la Corte Suprema independientemente de los partidos políticos, los gremios u otras entidades de carácter público o privado, por periodos de seis años y reelegibles por una vez, se encargue de velar por la constitucionalidad del ordenamiento jurídico nacional y asegurar la vigencia efectiva de los derechos y libertades reconocidos por la Ley Suprema.

Tercero: INSTITUCIONALIZACION DE LA CONSTITUYENTE

La Constitución colombiana de 1991 nos puede dar a los ecuatorianos otro precedente para nuestra reforma constitucional: uno para constitucionalizar la institución de la Asamblea Constituyente, innovación que podría sernos de enorme utilidad en este tiempo de múltiples y acelerados cambios. El autor de estos apuntes ya se ha referido al asunto en otras oportunidades; ahora, antes de concluir estas notas, simplemente transcribe el artículo 376 de la vigente Constitución de Colombia:

“Art. 376. Mediante ley aprobada por mayoría de los miembros de una y otra Cámara, el Congreso podrá disponer que el pueblo en votación popular decida si convoca a una Asamblea Constituyente. Se entenderá que el pueblo convoca la Asamblea si así lo aprueba, cuando menos, una tercera parte de los integrantes del censo electoral.- La Asamblea deberá ser elegida por el voto directo de los ciudadanos, en acto electoral que no podrá coincidir con otro. A partir de la elección quedará en suspenso la facultad ordinaria del Congreso para reformar la Constitución durante el término señalado para que la Asamblea cumpla sus funciones. La Asamblea adoptará su propio reglamento”.

Cuarto: PARA TERMINAR LA CUESTION DEL IDIOMA

Dice el apartado tercero del artículo 1 de la Constitución que el idioma oficial del Ecuador es el castellano; pero tal vez no haya en la Carta Fundamental una norma que haya sido tan reiterada e impunemente violada por el legislador ecuatoriano como aquella. ¡Qué “castellano” el que a menudo se lee en nuestras leyes, en nuestros decretos y ni se diga en nuestras ordenanzas, resoluciones y acuerdos...! Ni la Constitución se libra de ese mal. Será, pues, conveniente que oportunamente se constituya una idónea comisión de redacción, o de estilo, para que dé al nuevo texto constitucional una forma definitiva compatible con el respeto que todos le debemos a la lengua de Castilla...y al predicho apartado tercero del artículo 1 de nuestra Carta fundamental.

La Función Judicial ecuatoriana ante la modernización y el miedo

Dr. Miguel Macías Hurtado ()*

Sin un poder que garantice los derechos individuales, dando a cada cual lo suyo no puede existir paz entre los hombres. En los primeros años de la historia humana el equilibrio social se mantenía por aquella bárbara regla primitiva que reconocía la facultad de hacerse justicia por la propia mano y se sintetizaba en el axioma "Ojo por ojo, diente por diente". Pero los grupos humanos evolucionaron y aparecieron en las tribus los Consejos de Ancianos para dirimir las discrepancias, luego en las grandes civilizaciones antiguas, el Estado comenzó a intervenir tanto en asuntos públicos como privados; así en Egipto el Faraón, por ser Dios-hombre juzgaba; con el paso de los años la organización política se desacralizó y los Luises de Francia decidían pleitos no por ser dioses, sino basados en la teoría política según la cual su poder provenía de Dios para gobernar; finalmente, con la Revolución Francesa llegamos a la etapa de los jueces y tribunales investidos de jurisdicción por la soberanía popular.

Pero a lo largo de los siglos y más aún cuando los negocios comerciales comenzaron a expandirse la administración de justicia se volvió más complicada. Hoy el Ecuador, en mi concepto tiene que resolver dos grandes problemas para mejorarla: uno de naturaleza técnica, la reforma judicial y jurídica; y otro puramente humano, el miedo como agente paralizador de la justicia. Los animales no tienen miedo por eso no llevan amuletos.

1.- La conexión entre el sistema judicial de un país y su desenvolvimiento económico es cada día más visible. ¿Pero por

(*) Presidente Subrogante de la Corte Suprema de Justicia

qué esta conexión es importante? Su trascendencia yace en la naturaleza de la liberación económica, sistema en el cual el Estado cede su vocación intervencionista al libre juego de las decisiones privadas. En América Latina este cambio del mercantilismo económico (en el cual el nacionalismo y la formación de Estados fuertes eran elementos trascendentales) a la confianza en el papel del mercado se caracteriza por la privatización de las compañías estatales, el libre comercio entre las naciones o cuando menos con alguna de ellas y la reforma de la política fiscal. Conforme el Estado retrocede la empresa privada da pasos hacia adelante. Pero esa fe en el individuo no garantiza por sí sola el desenvolvimiento de la empresa privada. La crisis de las repúblicas que formaron la Unión Soviética lo ha demostrado. Es menester que los integrantes de cada nación tengan conciencia del cambio y que los gobernantes encuentren fórmulas de convivencia conforme a las nuevas tendencias y prepararen al pueblo y especialmente a los futuros dirigentes políticos, comunicadores sociales y jueces conforme a las nuevas ideas. De lo contrario después de la "revolución blanca" o de la "revolución roja" o de la "verde" vendrá el desencanto. ROBESPIERRE, en Francia, encolerizado apabulla a los franceses, luego de haber hecho funcionar la guillotina centenares de veces: "¿Cómo? ¿Tienen la República y claman por pan?, y GORBACHOV, en la URSS, casi doscientos años después, pregunta admirado: "¿Cómo? ¿Tienen elecciones y pueden hablar libremente y gimen porque la estanterías están vacías?" Y ninguno de los dos personajes históricos se explicaba el desencanto popular después de las revoluciones que cambiaron la organización política y económica del mundo. Es que en verdad no solo de pan vive el hombre, pero tampoco únicamente de democracia o planificación.

Es la relación entre la reforma política y la económica con el cambio social añadido a ambos extremos, advierte RALF DAHRENDORF, uno de los más connotados economistas rusos de nuestra época, la gran tarea de nuestro tiempo.

En el Foro de las Américas que tuvo lugar en Washington en abril de 1992 se incluyó novedosamente un seminario sobre asuntos judiciales, legales y regulatorios. Entre los participantes se encontraban prominentes abogados y hombres de negocios de todo nuestro Continente. Una de las principales conclusiones de ese grupo fue que hoy los sistemas judiciales y legales deben competir a nivel mundial con los de otros países si se quiere que la economía de una nación compita internacionalmente.

En febrero de 1993, el Banco Interamericano de Desarrollo llevó a cabo, por vez primera, una conferencia en Costa Rica sobre la administración de justicia en América Latina.

De otro lado, el Banco Mundial ha realizado estudios recientemente sobre los sistemas judiciales en Chile, Brasil y Perú en relación con cierta clase de disputas.

ROBERT M. SHERWOOD, importante experto en comercio internacional y autor de un interesante libro sobre propiedad intelectual y desarrollo económico -traducido al español hace poco en la Argentina- ha escrito: "El ejemplo que mejor mostrará lo deseable de una reforma judicial, legal y regulatoria en América Latina probablemente no estará basado en aspectos éticos, morales o filosóficos, aunque todos sean por demás loables. Más bien, será aquel que se base en el interés económico propio.

"La conexión entre el tratamiento judicial de una actividad comercial privada y el desempeño económico puede parecer bastante obvia, pero no se le ha prestado mucha atención, en particular donde el Estado ha jugado un papel dominante y la actividad privada ha sido más bien tolerada en lugar de aplaudida".

Y más adelante agrega: "La cuestión vital es la siguiente: ¿cuánto sufre el crecimiento económico de un país que lleva a cabo una liberalización económica por falta de procesos judiciales imparciales y eficaces para apoyar los derechos y las actividades privadas? "Parece claro que algo se pierde y que es lo suficientemente importante para preocuparse por ello. Pero, ¿qué tan importante es?

"Tal vez no sea descabellado asegurar que el impulso de crecimiento de los países que están llevando a cabo un proceso de liberalización económica sufrirán al menos una multa de 15% como resultado de sus sistemas judiciales frágiles".

La naturaleza de la riqueza está cambiando. No se compra ahora acciones de cualquier compañía por los activos materiales de ella. Es imprescindible analizar su equipo de mercadeo y ventas, su organización interna y los problemas laborales que confronta. Recuerdese -en nuestro país- el caso de Aztra. Como observa ALVIN TOFFLER, "la simbólica acción representa en grado pasmoso, nada más que otros símbolos". El capital se vuelve cada vez más irreal. Ahora en Chicago, Londres y Osaka

se contratan millones de dólares en forma de instrumentos llamados "derivados" que son valores basados en índices de compañías o productos en el mercado.

En el Ecuador algunos abogados nos estamos dando cuenta que se hace necesario una reforma judicial que permita la rápida solución de las contiendas civiles y mercantiles, la condena o absolucón penal y reduzca o limite las órdenes de prisión preventiva sin ninguno o con poquísimos fundamentos. El habitante del Ecuador no puede estar expuesto a irresponsables o perversas órdenes de detención, ni a juicios que duran lustros.

Existen en la Corte Suprema hoy aproximadamente 10.000 procesos sin despachar que se han acumulado a lo largo de los años; de esos, 6.500 se han concentrado en la Sala de lo Civil y Comercial, pues el 60% de los procesos que llegan al mencionado tribunal son de naturaleza civil y comercial. Poner al día esos expedientes requeriría probablemente que la Sala se dedicara unos veinte años a esa tarea, sin tomar en cuenta los recursos de casación que llegan quincenalmente en forma exagerada debido ya al desconocimiento que tienen muchos profesionales de la naturaleza de este medio de impugnación, ya por el criticable deseo de muchos colegas de retardar la terminación del juicio.

Ante esta realidad he sugerido insistentemente y vuelvo a pedirlo que se tomen varias medidas:

- a) Se conformen por parte del Congreso tribunales de tres miembros para tramitar únicamente los procesos retrasados;
- b) Que se declare abandonados los juicios en que haya transcurrido un año desde la fecha de la última diligencia practicada, o desde la última petición que hubiese hecho el recurrente;
- c) Que las salas de la Corte Suprema sean conformadas con tres ministros, en lugar de cinco;
- d) Que se estimule el arbitraje comercial como medio de componer conflictos, así como la conciliación prejudicial. De cierta manera esta función la cumplen ahora los Comisarios de Policía y Tenientes Políticos;
- e) Que el juez autor del proyecto de sentencia en un tribunal ponga su nombre en la ponencia para que así el redactor de

un fallo se responsabilice de su redacción y no se esconda en la pluralidad de los miembros del organismo;

- f) Hay que limitar la elevación de juicios a la Corte Suprema, quizá el reciente establecimiento del recurso de casación pueda ayudar a éste propósito. Resulta absurdo que en la década del 80 hayan subido a la Corte Suprema de la República Argentina aproximadamente 4.000 causas, mientras que a la de nuestro país cerca de 6.000; y,
- g) Que se establezca el Consejo de la Judicatura, como órgano administrativo y de gobierno de la Función Judicial. Los propugnadores de esta institución destacan como notas sobresalientes de ella su independencia frente a la propia Corte Suprema; presuponen que el acceso a la Función Judicial e igualmente la promoción se realiza por examen de antecedentes y por oposición; y no están integrados por representantes de partidos políticos.

Pienso que debe ensayarse en el Ecuador la oralidad en la etapa de pruebas y que es necesario, lamentablemente, establecer severas sanciones para los abogados que abusando del derecho de defensa llegan a observar una conducta temeraria y de mala fe.

Creo que Guillermo Ferrero -el notable historiador exagerando afirma que toda civilización es producto de la lucha contra el miedo. Pero pienso que es hipocresía silenciar su papel en la historia de la humanidad. Con franqueza G. Delpierre comenta el sentimiento que se oculta tras apariencias heroicas: "La palabra miedo" está cargada de tanta vergüenza que la ocultamos. Sepultamos en lo más profundo de nosotros el miedo que se nos agarra a las entrañas".

Entre los siglos XIV y XVI -cuando comenzaba a ascender la burguesía gracias al comercio- los libros de caballería, literatura épica, alentada por la nobleza exaltan la audacia como cualidad que denota el ilustre linaje de quien así actúa y justifica su jerarquía en la sociedad, por eso se dice: "Como el leño no puede arder sin fuego, el gentil hombre no puede acceder al honor perfecto, ni a la gloria del mundo sin proezas". El caballero digno debe afrontar los peligros únicamente por amor a la gloria y a su dama. El miedo prueba un bajo nacimiento. Desde la antigüedad hasta hace poco tiempo la literatura y los retratos a pie y estatuas ecuestres han exaltado la valentía de los

héroes que dirigían la nación. Era necesario este revestimiento para justificar el poder de que estaban revestidos y estimular el amor por la Patria.

Desde el libro *La Debacle*, de Zola, en que este autor cuenta la fuga de los soldados franceses ante la ofensiva de los alemanes en la batalla de Sedán, 1870, la literatura coloca al miedo en su verdadero sitio, mientras la psiquiatría lo estudia con atención. Sartre escribe: "Todos los hombres tienen miedo, todos. El que no tiene miedo no es normal, eso no tiene nada que ver con el valor". Muchos hombres valientes se niegan a penetrar a medianoche en un cementerio... El miedo es turbación y asombro del alma que le priva de resistir los males que piensa están cercanos.

Hay actividades como la económica donde el miedo es continuo, pues el interés está constantemente en juego. Lo que se ha ganado en años de abnegado trabajo puede desaparecer por un acto de Dios, un terremoto, o de otros hombres, aquí se produjo el famoso "Jueves negro", 24 de octubre de 1929 en que la Bolsa de Valores de New York sufrió la mayor baja del precio de las acciones por la crisis mundial originada en la Primera Guerra Mundial.

Pero también existe el miedo colectivo, probablemente una reacción multitudinaria, suma de emociones, choques personales, pero como presintió Gustavo Lebón, en su "Psicología de las Multitudes", los comportamientos de una muchedumbre, exageran, complican y transforman los descontroles individuales. Es pues aventurado aplicar a un grupo humano análisis de comportamiento válidos para un individuo. Los mesopotamios de la Antigüedad creían en la existencia de los hombres-escorpiones (alacranes gigantes) cuya vista causaba la muerte. En las clases media y baja de nuestra región, la Costa, se acepta que una persona se enferme o sufra desgracias por haber sido "ojeada" por un brujo.

Lo que está generalizado en nuestra Patria es el miedo a asumir responsabilidades morales. Voy a dar ejemplos. Cuando se iba a constituir esta Corte pedí a cinco distinguidos abogados que me permitieran postularlos para Ministros-jueces, unos aceptaron y luego se excusaron, otros se negaron de plano a colaborar. En lo íntimo todos temían ser calumniados y hasta introducidos por algún rábula en algún juicio penal. Hay jueces que no despachan por temor "al que dirán", otros porque tienen "rabo

de paja", y varios porque temen las informaciones de prensa, en ocasiones equivocadas u originadas irresponsablemente en la versión de uno solo de los litigantes. También hay demoras porque existen juzgadores deseosos de contentar a demandante y demandado.

En el Ecuador tendemos a exagerar la corrupción y ese hábito la favorece. Si todo es corrupto, si todos somos corruptos, ya no hay nada que hacer, solo confiar en que con el paso de los años Dios cambie a los ciudadanos. Pienso que esta es una posición negativa, hay que reconocer la realidad pero luchar por modificarla. La honestidad inactiva sirve muy poco.

Yo me siento contento de no haber contribuido a paralizar un publicado proceso, que estuvo en peligro de legalizar un cúmulo de miserias procesales, por miedo a la conocida temeridad y mala fe del defensor del actor, como Presidente de la Sala de lo Civil y Comercial llegué al extremo de aplicar el olvidado Art. 52 de la Ley Orgánica de la Función Judicial que dice: "Firmarán las resoluciones todos los Ministros y Conjueces que hubieren votado, aún cuando alguno o algunos hayan sido de opinión contraria a la mayoría, bajo pena de destitución si de hecho se resistiere alguno a firmar, en cuyo caso, con la anotación de esta circunstancia en el proceso, la resolución seguirá su curso legal". Y obtuve de esta manera que el juicio progrese, a la par que quedaba sentado un precedente de cómo debe actuar en el futuro un Presidente de la Sala cuando un miembro de la misma rehuya dar su voto o legalizar la resolución dictada por la mayoría.

Como prevé, mi decisión de notificar el voto de mayoría trajo una reacción alimentada por la soberbia de ese abogado y la reducción de algún cuantioso honorario, contra los cuatro ministros de la Sala que habíamos tenido la energía de declarar nula la intervención de dos conjueces llamados arbitrariamente a intervenir por un ministro de sustanciación. Se nos ha acusado de abuso de autoridad, sosteniendo que resolvimos pese a estar recusados, esa impugnación muestra ignorancia o perversidad. En primer lugar, la demanda de recusación se la presentó en el juicio de prohibición de enajenar; en segundo, en tal escrito no se señaló a quiénes se recusaba, grave error del abogado que patrocinaba esta medida; y en tercer lugar, no se tomó en cuenta que con la reforma constitucional la Corte Suprema se convirtió en Tribunal exclusivamente de Casación, lo que imposibilita en los actuales momentos, que intervengan conjueces.

El abogado del perjudicado con la nulidad de varias fojas, pidió a ciertos Diputados que lo ayuden; pero la resolución del Pleno de la Corte Suprema que declara inconstitucional el informe que presentara -a petición de la parte interesada- al Congreso Nacional la llamada Comisión de Asuntos Judiciales, presidida por el diputado Carlos Julio Arosemena, y firmada por unos cuantos titulares de la misma y varios suplentes, para llenar el vacío de los principales, deja las cosas desde el punto de vista jurídico claramente establecido: la Función Judicial es independiente, y cualquier interferencia de otro Poder es inconstitucional. Sin embargo, la pusilanimidad sigue siendo un factor negativo para la justicia.

Reflexiones sobre la Ley Orgánica de la Función Judicial

Franco Sánchez Hidalgo (*)

La doctrina es unánime en determinar a las leyes orgánicas como aquellas que explican o desarrollan un precepto constitucional. En muchos de los países que se rigen con nuestro sistema continental reformar una ley orgánica es casi tan difícil como reformar la propia constitución, para hacerlo se necesita una mayoría parlamentaria calificada, tres quintos suele ser la más aplicada. Se puede deducir entonces que si nuestro sistema legal aplicaría este principio, se necesitarían 42 votos en la Función Legislativa para poder reformar una ley orgánica. Los votos y la doctrina no hacen más que demostrar la importancia de las leyes orgánicas.

Nuestra legislación cuenta con una serie de leyes orgánicas que pese a que no necesitan de un voto calificado para su reforma o derogación, en su contenido se desarrollan principios constitucionales y principalmente de instituciones establecidas en la constitución.

La Ley Orgánica de la Función Judicial (LOFJ) es la llamada a desarrollar las bases para la administración de justicia, a través de su institución, la Función Judicial. La LOFJ establece las reglas generales para el actuar de los jueces y funcionarios judiciales, su designación, sustitución y sanciones; determina, además, la organización mínima de los juzgados, cortes superiores y la corte suprema, así como también de los auxiliares de la administración de justicia.

No podemos desconocer entonces la importancia de la LOFJ en nuestro sistema jurídico procesal, es por esto que amerita una pequeña reseña de su historia y de su situación actual.

1. El presente trabajo es una recopilación de ideas vertidas en la elaboración del proyecto de Ley Orgánica de la Función Judicial auspiciado por la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo.

(*) - Alumno de la Facultad de Jurisprudencia de la P.U.C.E.

- Funcionario de la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo

Antecedentes

La Ley Orgánica de la Función Judicial fue expedida mediante Decreto Supremo No.891 de 2 de Septiembre de 1974, publicada en el Registro Oficial No. 636 de 11 de los mismos mes y año. Han pasado veinte años y doce reformas puntuales se han dado a esta Ley.

Otras reformas sustanciales surgieron con la constitución que en el año de 1979 la dictadura militar promulgó y que fuera aprobada un año antes mediante plebiscito. Aunque sin reformas sustanciales en lo relativo a la organización y funcionamiento de la Función Judicial, tal constitución introdujo ciertos cambios que alteraron la relativa armonía que anteriormente existía entre las normas constitucionales y las contenidas en la Ley Orgánica de la Función Judicial. Esta situación se amplió con las reformas promulgadas el 10 de Septiembre de 1983. Pero el cambio más significativo se dio el 23 de Diciembre de 1992 cuando el Congreso Nacional reformó la constitución exclusivamente en el capítulo relativo a la Función Judicial.

Además de los cambios descritos anteriormente, la Ley Orgánica del Ministerio Público (Decreto Supremo No. 3544 de 20 de Junio de 1979, promulgado en el Registro Oficial No.871 de 10 de Julio de 1979) y el Código de Procedimiento Penal (Ley No.134 de 26 de Mayo de 1983, publicado en el Registro Oficial No.511 de 10 de Junio de 1983) derogaron de la Ley Orgánica de la Función Judicial el capítulo correspondiente al Ministerio Público, han convertido a la Ley en un cuerpo legal desactualizado y anacrónico.

Las constituciones, las reformas puntuales a varias de las normas de la Ley Orgánica de la Función Judicial no se encuentran vigentes, por lo que su aplicación es indebida. Es entonces urgente la promulgación de una nueva Ley Orgánica de la Función Judicial que este de acuerdo con las nuevas ideas de cambio en la manera en que se administra justicia en el Ecuador y que predique una nueva filosofía para la Función Judicial.

Puntos a tomarse en cuenta en la ley orgánica de la función judicial²

Cualquier intento de cambio, a nuestro criterio, tiene que cumplir con requisitos y objetivos mínimos que sirvan a una verdadera estructura dentro de la Función Judicial para que se cumplan los principios básicos de la organización judicial y su fin último, la justicia, a saber:

2. Guarderas Izquierdo, Santiago, objetivos planteados para la elaboración del Código Orgánico de la Función Judicial.

- 1.** Armonizar las disposiciones de la Ley Orgánica de la Función Judicial con las normas constitucionales y con las contenidas en otras leyes secundarias a fin de conseguir una unidad armónica y orgánica de las facultades del poder judicial que permita una vi-gorización del sistema y una eficacia en la aplicación de la ley.
- 2.** Consagrar en sus disposiciones los principios relativos a la orga-nización del proceso y a la gestión judicial sobre todo aquellos principios que se relacionan con la oralidad, la independencia, la unidad jurisdiccional y la responsabilidad.³
- 3.** Implementar un sistema de administración y control dentro de la Función Judicial.
- 4.** Integrar a los auxiliares de la Función Judicial de tal forma que respondan a un solo objetivo dentro del sistema de administración de justicia.
- 5.** Introducir a la Función Judicial en un sistema tecnológico adecua-do a las necesidades actuales de sus usuarios.

La reforma constitucional de diciembre 1992⁴ ha introducido cam-bios importantes en la administración de justicia. La LOFJ debe con-templar y desarrollar estos nuevos principios a través de sus normas.

El Título III de la Constitución en la Sección I establece los princi-pios básicos de la Función Judicial, principios del proceso en sí mismo y la forma de administrar justicia, se consagra la gratuidad de la justi-cia y se define al sistema procesal como un medio para su realiza-ción. Se consagran principios generales sobre la simplificación, la uniformidad y la eficiencia en los procesos judiciales. Se aspira a que el sistema procesal se convierta en oral.

La carrera judicial es otro de los reconocimientos fundamentales para la gestión de la Función Judicial, su aplicación brinda a los fun-cionarios judiciales estabilidad en el ejercicio de sus cargos. Una de las garantías en la selección de personal que complementa a la carre-ra judicial es el establecimiento de los concursos de merecimientos y oposición.

Por último cabe mencionar que la independencia de los jueces y magistrados en el ejercicio de sus cargos frente a los otros organis-

3. Ponce Martínez, Alejandro, Derecho Procesal, Ediciones de la P.U.C.E

4. La reforma a la Constitución fue publicada en el suplemento al Registro Oficial Nº 93 el 23 de diciembre de 1992. Posteriormente se publicó en el Registro Oficial Nº 183 de 5 de mayo de 1993 la codificación de la Constitución Política de la República del Ecuador y que es la vigente.

mos del Estado y la posibilidad de juzgar sus actos desarrolla un principio de balances y contrapesos en el Estado ecuatoriano. Este sistema permite que las diferentes funciones se controlen unas a otras.

De todos los principios detallados anteriormente, que constan en nuestra constitución, ¿cuántos se cumplen?. Como estudiantes del derecho y como usuarios de un sistema judicial, con pena y vergüenza tenemos que decir que ninguno, pese a que la constitución, la ley suprema de nuestro país, lo establece y lo garantiza.

La falta de independencia debido a la politización de la Función Judicial, la falta de celeridad en los procesos, el incumplimiento continuo de las normas procesales e incluso de las normas sustantivas han hecho de nuestra manera de administrar justicia una de las mayores fallas de nuestro sistema democrático.

La nueva LOFJ debe garantizar de manera definitiva el cumplimiento de esos principios básicos establecidos en la constitución. Un estado de derecho es aquel en el que el cumplimiento de las normas jurídicas es un hecho. La LOFJ debe permitir que en lo que respecta la Función Judicial se cumplan los postulados de un estado de derecho.

Por dónde comenzar?

Creemos que la Función Judicial debe concentrar sus principios fundamentales en fortalecer la labor de los jueces, darles poder para actuar y estabilidad en sus cargos. Las normas y su correcta aplicación deben garantizar su independencia, su eficacia y su continua capacitación para desarrollar sus aptitudes como administradores de justicia. A continuación se tratan estos tres puntos: independencia, eficacia y educación.

a. Independencia.- La llamada politización de la justicia se ha planteado como el principal problema que atenta a la independencia judicial; el análisis sobre este punto del tratadista argentino Raúl Eugenio Zaffaroni⁵ sostiene que la forma de elección y designación de los jueces unida a su falta de estabilidad es la fuente del problema. Contra la independencia atacan dos factores, según nos dice Zaffaroni :

— uno interno, que consiste en la falta de independencia dentro de la Función Judicial. Los magistrados de la Corte Suprema, en nuestro sistema, designan a los jueces inferiores. Esta forma de designación

crea una vinculación directa entre el designante y el designado, quien responde a sus criterios o tiene temor de contradecirlos. Se puede entonces catalogar a los jueces o funcionarios que son designados por sus "superiores" como simples empleados de la Corte Suprema.

La falta de independencia dentro de la Función Judicial ha surgido por nuestra forma de entender las funciones del juez. Se entiende que un juez de la Corte Suprema es superior al de la Corte Superior, y éste es superior al de primera instancia. Es esta práctica la que atenta contra la independencia, estamos entendiendo erradamente, pues tomamos las palabras en estricto sentido "superior al otro, jefe del otro". Cuando en realidad lo que significan es que dentro del proceso es el llamado a revisar sus fallos y emitir un nuevo criterio o reafirmarlo, y que su función es diferente.

Tomando en cuenta que el período actual de los jueces de las cortes superiores y de los jueces de primera instancia es de cuatro años⁶, es fácil entonces darse cuenta que los jueces se hallan atados a sus "superiores", pues no gozan de estabilidad en sus cargos; para mantenerlo tienen que contentarlos y obedecerlos.

Si nuestra forma de ver al superior se vincula con la designación hecha por jueces y la falta de estabilidad en los cargos, lo que obtenemos son jueces dependientes de sus "superiores", falta de independencia en sus acciones, falta de poder para actuar y emitir criterios, en definitiva nos faltan verdaderos administradores de justicia.

— otro externo, la falta de independencia frente a los demás organismos del Estado. El Congreso Nacional y el Ejecutivo constantemente influyen en la administración de justicia. El Ejecutivo mantiene jueces bajo su dependencia, estos son: los de instrucción en lo penal, los tribunales de menores y en ciertas áreas como caminos e hidrocarburos. Por principio los jueces deben depender de la Función Judicial, estos jueces deben desaparecer.

Por su parte el Congreso Nacional designa a los magistrados de la Corte Suprema, lo que politiza a la Función Judicial, pues los períodos son cortos y es la falta de estabilidad y los intereses políticos los que priman. La reforma a la constitución de 1992 introdujo cambios en la forma de elección, se estableció la renovación parcial lo que permite continuidad en la Corte, desapareciendo la figura de la "Corte anterior", pues sólo un tercio se cambia cada dos años.

6. Esta no es una disposición legal, pero la práctica nos ha hecho ver que cada vez que se posesionaba la Corte Suprema existía una designación masiva de jueces, funcionarios, notarios, etc.

Estos cambios constituyen un avance, pero falta mucho por hacer, y mientras la forma de ver a la justicia por parte de los otros organismos del Estado, como una cuota de poder persista es muy difícil avanzar.

Muchos de estos problemas se solucionaron en otros países como Italia y España al formar el Consejo de la Judicatura hace más de cien años. Esta institución se encarga de la designación de magistrados y jueces; además, organiza los concursos de méritos y oposición para garantizar la idoneidad de los postulantes. Otra de las funciones del Consejo de la Judicatura es encargarse de la administración de los tribunales y juzgados cumplir las funciones de gerente de la Función Judicial. Esta institución se encuentra en nuestra norma constitucional desde diciembre de 1992, pero aún no se la ha creado efectivamente. La LOFJ debería establecer sus funciones y deberes para que contribuya a la independencia en la administración de justicia.

No importaría tanto que los jueces de tribunales superiores designen a los de tribunales inferiores, si gozaran de estabilidad en sus cargos, si se aplicara la carrera judicial. Un principio interesante en este sentido es el de permanencia, el cual significa estabilidad en el cargo mientras no incurran en impedimento legal o sean destituidos por faltas en el ejercicio de sus cargos. El régimen vitalicio en otros países ha dado mal resultado, la edad constituye un factor importante en el ejercicio de las funciones, debe establecerse un límite para el ingreso y para la terminación, por lo que antes de hablar de períodos vitalicios se debe hablar de períodos permanentes.

Sólo un juez independiente puede ser un juez justo, un juez que no tenga miedo de perder su cargo, un juez que no responda a intereses partidistas, que ejerza sus funciones con pleno poder. Es la aspiración constitucional y la nuestra también.

b. Eficiencia y agilidad.- Nuestro sistema procesal supone términos y plazos, pero la realidad nos hace ver que no se cumplen. La acumulación de casos en las diferentes judicaturas constituye uno de los problemas existentes que se debe solucionar. Mucha culpa en el retardo de la administración de justicia tiene la labor administrativa; el Presidente de la Corte Suprema pasa más tiempo firmando cheques y atendiendo el presupuesto que despachando casos, y lo mismo sucede en las demás judicaturas.

Faltan más jueces, es necesario ampliar las materias y el número de jueces a nuestro sistema y permitir que se de cabida a formas alternativas de solución de conflictos. Jueces de familia, de paz y conciliadores y árbitros permitirían mayor agilidad al sistema.

Primero, antes de pensar en un sistema ágil y moderno debemos enfrentarnos a la realidad. Un juicio demora tres años como promedio y el número de causas acumuladas en el régimen de tercera instancia suma 12.000⁷. No podemos permitir que esta situación continúe, necesitamos una solución, un cambio urgente. En diferentes foros se ha pensado necesario un régimen de transición que no fue previsto en la reforma constitucional de 1992. El régimen transitorio debe involucrar a todos los usuarios del sistema, las facultades de jurisprudencia y los colegios de abogados deben cumplir un papel preponderante en este auxilio a la Función Judicial. Solamente una mancomunada acción traerá como resultado la solución a la acumulación de los trámites. La meta debe consistir en la evacuación de todas las causas pendientes utilizando todos los recursos que sean necesarios, se deben nombrar jueces de transición o itinerantes, en las materias y en el número en que sean necesarios. Los abogados deben contribuir con honestidad a este clamor ciudadano.

Es imposible pensar en un nuevo sistema y una nueva Corte Suprema con la acumulación que tiene, la LOFJ debe contemplar dentro de sus normas este régimen de transición, con la forma de designación de los jueces auxiliares, competencia, etc.

No podemos pensar en agilidad con la acumulación actual y si la forma en que se llevan los procesos continua de la misma manera, basta acudir a un juzgado para darse cuenta del estado de nuestra justicia. El aspecto físico no es más que un reflejo del problema. El juez no alcanza a realizar su trabajo, y no cumple ni las normas que como juez debería, ni representa la investidura que se le ha encomendado.

Fuera del régimen transitorio debe establecerse una nueva organización en las cortes y juzgados, un sistema que permita la agilidad procesal. Deben crearse jueces en nuevas materias, debe dotársele de jueces auxiliares, de personal más calificado. El sistema de reemplazo debe ser más ágil, deben establecerse las etapas orales en los procesos. Para lograrlo debe cambiarse desde el aspecto físico y revisar todos los principios de la administración de juzgados. (administración, finanzas, personal, infraestructura)

Por otro lado, debe involucrarse a la tecnología con la administración de justicia. Muchas de las etapas de los procesos pueden y deben ser tecnificadas. El usuario debe tener un acceso rápido y fácil a sus trámites sin tener que interrumpir en el trabajo a los funcionarios judiciales.

7. Número aproximado, puesto que la Corte Suprema de Justicia no cuenta con estadísticas precisas.

Deben llevarse estadísticas de casos, de etapas y de procesos para planificar el crecimiento de la Función Judicial, e incluso puede medir el desempeño de sus funcionarios para promocionarlos.

Un ejemplo del uso de la tecnología, y de aplicación inmediata, es en el sorteo; un programa de computación puede hacer ese trabajo tomando en consideración el número de juicios, el retardo procesal y muchas otras consideraciones que no se toman en cuenta en la actualidad. De igual manera el archivo de documentos, el acceso a las leyes, reglamentos y demás normas legales, debe ser electrónico. La administración judicial debe tomar este reto si quiere cumplir con el principio de eficiencia en la administración de justicia.

Hemos hablado de métodos alternativos para la solución de conflictos. El arbitraje y los centros de conciliación deben ser contemplados de manera más amplia en la LOFJ. Frente a estas nuevas formas de administrar justicia están también las nuevas funciones del juez. Un proceso oral necesita de otro tipo de funcionarios, el juez debe ser un mediador y sobre todo intentar la solución del conflicto⁸, en las audiencias y juntas de conciliación; en otros países de esa manera se califica al juez de eficiente.

En el literal b. mencionamos la administración de cortes; el Consejo de la Judicatura debe crearse y gerenciar la Función Judicial, de esta manera los jueces tendrán más tiempo para dedicarse a sus labores.

c. Educación continua.- Quienes representan a la Función Judicial deben ser más profesionales para administrar justicia, tanto los jueces como los funcionarios judiciales deben estar en continuo entrenamiento. Se entiende que sus conocimientos sobre el derecho han sido analizados antes de su designación, pero su actuación como jueces o funcionarios de una judicatura supone otras cualidades que deben ser desarrolladas: las relaciones humanas, su actualización en la tecnología, el llevar tareas administrativas de un juzgado o tribunal, dirigir audiencias y llevar un proceso oral son ejemplos de falencias que sufren nuestros jueces, muchas de las cuales no han permitido un cambio en la forma de administrar justicia.

La LOFJ deberá contemplar dentro de su organigrama a centros de capacitación, dirigidos a los jueces que se encuentran en funciones. Los centros de capacitación o escuelas de jueces son lugares en

8. Las posibilidades de conciliación y de mediación no se pueden aplicar en nuestro sistema jurídico al ámbito penal o a las controversias que mantiene el Estado con los particulares.

los que se desarrollan principios de administración de cortes, donde se pueden compartir inquietudes con otros jueces, así como charlas educacionales sobre experiencias impartidas por jueces con mayor experiencia. Como producto, estas instituciones pueden obtener recomendaciones y documentos de análisis que ayuden a fijar políticas que respondan a las necesidades de los funcionarios de la Función Judicial.

Los cursos de actualización deberán ser obligatorios para todos los jueces y funcionarios de la Función Judicial. Se pueden llevar a cabo durante todo el año y alternativamente capacitar a jueces de diferentes niveles y de diferentes partes del país. Los cursos por lo general son de pocos días, pero intensos. La Función Judicial debe elevar el nivel de sus funcionarios, debe invertir en ellos. Muchas otras instituciones del sector público están haciendo lo mismo.

Para concluir, cabe decir que cualquier programa de actualización supone períodos largos de ejercicio en sus cargos, si los jueces duran cuatro años en sus funciones ningún programa de actualización o educación es posible.

Otros puntos de reflexión

Nuestras reflexiones en este trabajo se han basado en el análisis de las necesidades de los jueces para fortalecerse como autoridad. A continuación se hace una sucinta reflexión de otros aspectos que deberían ser tomados en cuenta en la nueva Ley Orgánica de la Función Judicial.

1. Organización de la Función Judicial, la organización judicial vigente no contempla muchos de los cambios introducidos en los últimos años en la administración de justicia. Es necesario establecer los órganos de la Función Judicial, pero se debe dejar libertad y flexibilidad para la creación de nuevos juzgados o cortes donde sea necesario, en la materia y en número que se crea conveniente para una eficaz administración de justicia.

La creación de la Corte de Casación (nueva figura de la Corte Suprema), de los tribunales distritales, del Consejo de la Judicatura en la norma constitucional, y de una serie de judicaturas como aduanas, jueces de paz, coactivas, etc., suponen una diferente organización y priorización de la estructura de la Función Judicial.

La jurisdicción para el juzgamiento de las personas y sus fueros, es otro de los puntos fundamentales en la organización judicial.

La Corte Suprema y su presidente siguen siendo jueces de fuero en ciertas áreas, que se debería pensar en reformar.

La radicación de la competencia y sus principios ha sido alterada en el nuevo orden constitucional especialmente en las materias tributaria y administrativa; asimismo, la Ley de Modernización del Estado contempla cambios importantes en favor del administrado que no pueden escapar a la LOFJ.

Dentro de las facultades del pleno de la Corte Suprema, de las cortes superiores, de los tribunales distritales, de sus presidentes y de sus integrantes, se deberán limitar al ámbito jurisdiccional, dejando de lado el administrativo como excepción.

Un nuevo sistema de nombramientos, designación y reemplazo debe contemplarse en la LOFJ, de igual manera las sanciones civiles, penales y administrativas, así como sus causales legales deben estar específicamente determinadas.

2. Determinación de funciones, los jueces, funcionarios y auxiliares de la justicia necesitan una definición, especialmente la diferencia entre empleado judicial y empleado administrativo.
3. Carrera Judicial, la LOFJ debe establecer en sus normas nuevos parámetros sobre este título. Debe para el efecto emitirse un nuevo reglamento de carrera judicial. Mediante este reglamento se debe garantizar la estabilidad de jueces y funcionarios, pero también se deben contemplar requisitos puntuales para su efectiva ejecución. (Concursos de mérito y oposición)
4. Caja Judicial, el capítulo sobre este tema debe contemplar una nueva forma de manejar el presupuesto y los ingresos de la Función Judicial. La Función Judicial no puede depender económicamente de la Función Ejecutiva para el ejercicio de sus funciones, para el efecto debe analizarse este tema a profundidad. Debe además permitirse a través de las normas el ingreso de otras fuentes de financiamiento sin atentar contra el principio de gratuidad en la justicia.
5. Policía Judicial, la Policía Técnica Judicial debe formar parte de la Función Judicial, específicamente del Ministerio Público; pensamos que es necesario la emisión de otra ley especial sobre esta materia, o incluirla en la Ley Orgánica del Ministerio Público.
6. Defensores públicos, la política sobre los defensores públicos debe ser diferente, debe efectivizarse la garantía constitucional de

derecho a la defensa. En Pichincha con una población carcelaria de cerca de 8.000 presos, de los cuales el 50% aproximadamente no ha sido sentenciado, se cuenta con cuatro defensores públicos, frente a esta situación se debe hacer algo para ayudar a los más necesitados. El Código de Procedimiento Penal también contempla la figura del defensor de oficio, que tampoco se cumple. Mucho se debe mejorar sobre este tema puesto que la situación carcelaria en el Ecuador es cada día peor.

7. Oficina técnica judicial, varios foros a nivel nacional han reclamado de la Función Judicial un departamento técnico de peritos. Al momento no se cuenta con esta oficina; los funcionarios como los síndicos, los depositarios, los liquidadores y peritos son nombrados a discreción del juez o de las partes.
8. Notarios y registradores de la propiedad, las oficinas de los notarios pueden conocer de la jurisdicción voluntaria, descongestionado así a la Función Judicial. Por otro lado la Función Judicial puede ver en estos funcionarios una fuente directa de financiamiento, cobrando porcentajes de las actuaciones y registros. De igual manera, estos no pueden ser designados por las cortes superiores, puede el Consejo de la Judicatura nombrarlos y removerlos.
9. Ética y ejercicio profesional, los abogados constituyen parte de la administración de justicia, y por lo tanto también son responsables de la situación en la que nos hallamos. La LOFJ debe establecer normas claras para el ejercicio profesional, así como sanciones a su mala práctica, se debe revisar la resolución de la Corte Suprema sobre la suspensión al ejercicio profesional. Sería interesante un examen nacional para poder ejercer la profesión como lo es en la mayoría de los países del mundo, incluso se necesitan años de práctica para poder litigar en tribunales superiores.

Conclusiones

Después del análisis de los diversos tópicos de la LOFJ cabe mencionar que la reforma constitucional de 1992 no puede llevarse a cabo sino se emite una nueva Ley Orgánica de la Función Judicial. De igual manera la LOFJ desarrolla principios sobre la organización judicial pero son las leyes y reglamentos, así como, los códigos adjetivos los que permiten la realización de la justicia y su efecto no será posible sin una reforma global.

El Consejo Superior de la Judicatura en la formación de la Rama Judicial

Dr. Pablo Cáceres ()*

Una de las transformaciones que caracteriza la Reforma de 1991 (en Colombia) se refiere a la organización del Aparato estatal en el campo de la justicia. Desde los primeros años republicanos hasta las épocas en las cuales la justicia tomó forma gracias, entre otras causas, a la configuración del sistema jurídico colombiano, los organismos de la jurisdicción y quienes a ellos pertenecían recibían de las otras ramas del Poder Público el derecho a aplicar, la política en él contenida, la estructura de la justicia, el tipo de despacho judicial, la distribución territorial, el perfil del recurso humano, su régimen salarial y prestacional, el sistema de seguridad social, los inmuebles, los muebles, y, en fin, todo lo relativo al contenido dogmático y político del derecho y a los recursos humanos y materiales.

Apenas en la mitad del presente siglo se consolidó la independencia orgánica de la Rama cuando se estableció la cooptación como mecanismo para integrar las denominadas altas corporaciones y derivar de allí una separación de los demás poderes. Se agregó esta calidad a la ya tradicional independencia funcional, sometida, sin embargo, en varias ocasiones, a serios atentados provenientes de los intereses que actuaron en conocidas circunstancias políticas.

En 1991 la decisión constitucional adoptó un criterio de autonomía de la Rama para que sea estructurada como tal, abandonando su conocida dependencia del Ministerio de Justicia. La reciente historia del País explica esta determinación.

La profunda crisis que ha padecido el Estado colombiano en los últimos tiempos es, realmente, de las más graves posibles. La existencia del Estado colombiano ha sido caracterizada por la continua exageración del gasto público unida a su escasa presencia en las

(*) Ministro del Consejo Superior de la Judicatura de Colombia

relaciones sociales. Cada vez, ya se observa físicamente el fenómeno, el Poder público se arrincona más, permitiendo que aparezcan nuevas formas de poder, por supuesto, con los valores, las apetencias, etc. de quienes tienen la capacidad de controlarlas. En torno al narcotráfico y al contrabando, delitos de gran capacidad económica y de efectos indudables en el comportamiento de las gentes, han surgido esas formas que colocan a la sociedad colombiana en una grave crisis. Pero, a la reducción de la gestión del Estado se le agregan elementos corrosivos como el aprovechamiento ilegal de los dineros públicos y varias formas de corrupción, que hoy en día actúan rampantes en muchos escenarios nacionales. Sin analizar los problemas que, en general padece el sistema económico local y mundial y las repercusiones que sus depresiones tienen en los esquemas de poder nacionales, basta considerar las preocupaciones puramente colombianas para comprender que de alguna manera se deberán tomar medidas al respecto.

Las determinaciones sobresalientes ofrecidas como respuesta a la crisis tienen varios contenidos y fines. Se destaca en ellas el criterio de distribuir la responsabilidad en el manejo del problema en los distintos sectores del poder público y, aún, entre la sociedad civil. Se trata de desconcentrar la responsabilidad que antes figuraba, casi con exclusividad en cabeza del Presidente de la República, quien contaba, como únicos instrumentos eficaces y oportunos, los conocidos "estado de sitio" y "estado de emergencia económica". (art. 121 de la Constitución de 1886).

Un primer paso en esa dirección se dió cuando el alcalde municipal fué elegido por voto popular, trasladando a la capacidad del municipio la responsabilidad de atender los problemas locales de servicios públicos, fundamentalmente. Después se trasladaron, poco a poco, al sector privado asuntos, servicios, industrias, etc. que habían permanecido bajo el dominio excluyente de las empresas industriales y comerciales del Estado o en establecimientos públicos que normaban al máximo actividades que, ahora, sin limitación alguna, podrán ser continuadas por la iniciativa y la empresa privada. Muchos de esos sectores en evidente fracaso por la inepta gestión pública, por el aprovechamiento ilegal de sus recursos, por la irracionalidad en la programación de sus objetivos y por otros motivos constituían una seria carga financiera para el Estado. De esta realidad hacen parte todo el sistema de seguridad social, el servicio portuario, las empresas de servicio público de aseo, las industrias reservadas al Estado con diversas explicaciones, etc. Este fenómeno se denominó por algunos "privatización" y recibió una inmensa cantidad de críticas y protestas.

La misma expresión anotada cayó en desprestigio y se le vinculó a todo aquello que simbolizara despidos masivos y abandono de la actividad del Estado bienestar. Al poco tiempo se apuntaló ideológicamente la citada política con las explicaciones que invocaban las corrientes neoliberales y a las políticas antiproteccionistas creadas en el interior de los bloques económicos mundiales para consolidar, dentro de ellos, a sus miembros. Pero ni el neoliberalismo era una corriente aceptada en el mundo, ni tuvo jamás un liderazgo evidente en el comportamiento de las sociedades contemporáneas, ni las aperturas a las cuales obligaban los acuerdos del GATT eran acogidas integralmente por los sistemas comunitarios cada vez más proteccionistas y de mayor presencia del Estado en sus respectivas naciones. Todo lo contrario, fácilmente se observa el rescate de las posiciones nacionalistas aún en el interior de los grupos comunitarios y en las potencias que más simbolizan el sistema económico-político de nuestros días.

Una tercera fase en la distribución de las responsabilidades quedó patente en la Constitución de 1991. En ella se confiere al Ejecutivo importantes facultades para el manejo del poder y el control social, sin que sea necesario acudir a los mecanismos traumáticos de los estados de excepción. La implantación definitiva, en algún sector del esquema legislativo, del criterio material del acto jurídico (ley cuadro - reglamento), la desconstitucionalización y la deslegalización generalizada de muchas materias dejándole, en consecuencia, al reglamento una potencia impresionante y otras técnicas semejantes son muestra de este criterio fundamental. Al mismo tiempo, se encomendaron a otros sectores del aparato estatal responsabilidades en la definición y ejecución de políticas sustanciales, tal como ocurre con el tema de la banca central donde aparece la Junta Directiva del Banco de la República como la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia.

Pero, tal vez el ejemplo más claro de esta redistribución de responsabilidades en el manejo de la crisis está en la solución dada a la estructura de la justicia. Aquí, aparte de la retórica y de las noticias de primera plana sobre crónica roja, protagonismos, falsos o ciertos enfrentamientos y otros hechos de consumo periodístico, se concretaron unos principios que vale la pena sacar en limpio para comprender la empresa de este Consejo.

1º.- El principio de la autonomía.

Sin que se trate de aplicar una separación de poderes de manera formal y absoluta, la autonomía consiste en entregarle a la Rama la responsabilidad de definir un concepto de justicia eficaz y perma-

nente, y de proponer, en unos casos, o de adoptar, en otros, las medidas para que ello sea posible, política, legal y materialmente.

Este punto es básico para comprender la dogmática constitucional y los desarrollos legales y reglamentarios que deben atenderse, pero es más importante tener la claridad suficiente sobre los procesos históricos y políticos que vive el país para que los citados desarrollos sean realmente eficaces y no se conviertan en una nueva colección de reglamentos inaplicables desde el mismo instante de su nacimiento.

Tradicionalmente la organización del aparato de la justicia y el derecho que ella debía aplicar surgían como un *impromptu* propuesto por un iluminado ministro de justicia que, para atender las angustias cotidianas de la coyuntura o de su corto desempeño en el cargo, promovía la construcción un nuevo palacio de justicia, un nuevo código de procedimiento, unos nuevos jueces, acogía una nueva prima, diseñaba otra jurisdicción especializada, redactaba un decreto de estado de sitio para el manejo de la seguridad y las conductas peligrosas, distribuía, a lo largo y ancho del territorio nacional el presupuesto de inversión en multitud de pequeñas obras públicas, en fin, renovaba la legislación por buena o por mala que fuera. En pocas ocasiones las reformas respondían a programaciones y planteamientos sabios de conocedores de estos asuntos, en la mayoría de los casos la lamentable característica es la arriba anotada.

Al encomendarle a la Rama la obligación de diseñar y aplicar la estrategia de la justicia, toma como organismo responsable al Consejo Superior de la Judicatura, con una morfología sustancialmente distinta de aquellos que ya existían en otros países en 1991. Se trata de concebir la Organización Judicial del Estado como una verdadera Rama del Poder Público, estructurada de manera autónoma, capaz de elaborar, formular, adoptar y poner en ejecución una política que torne eficaz la administración de justicia e ingrese en las relaciones sociales con objetiva presencia, superando el lamentable ejemplo de abandono, dejadez e improvidencia que, en buena parte de su historia ha dejado el Estado colombiano en general.

Por tal motivo al Consejo se le confiere la facultad de elaborar el plan de desarrollo de la justicia y, en consecuencia, el presupuesto y su ejecución.

Sin embargo la elaboración de un plan de desarrollo y sus consecuencias en la aplicación supone la infraestructura y los recursos humanos especializados en una materia que, aún académicamente el esfuerzo de sistematización y conceptualización para tales propósitos ha sido bajo. Posiblemente se expongan algunos ejemplos de trabajos universitarios aislados, signados ante todo, por el esfuerzo personal de los investigadores docentes o por el claro interés de vendedores de computadores o de sistemas de información, de novísimos métodos de control de la producción o de la aplicación de las técnicas de la gran industria en los resultados de la justicia, etc. De los estudios, sin duda, se distingue uno recientemente elaborado por el Ministerio de Justicia que emplea algunas informaciones cuantitativas en el campo poblacional para concluir en unas sugerencias sobre redistribución territorial de jurisdicciones. Es un aporte interesante, aunque esté lleno de impresiones y parta de pocas y discutibles variables para el tamaño y el impacto de su propuesta final. Afortunadamente los elementos metodológicos de corrección y crítica que aportan los sistemas modernos de estadística es posible obtener conclusiones más sólidas y objetivas del comportamiento poblacional y no la simple consecuencia de: a mayor población mayor aparato.

No debemos olvidar que el sistema de justicia en cualquier país del mundo se coloca frente al complejo de los conflictos sociales. Muchos de ellos tendrán su solución en el interior mismo de la sociedad civil sin que sea necesario, ni políticamente significativo, que el Estado entre a conocer de ellos para resolverlos. El Estado, deberá partir de una comprensión correcta, o muy aproximada, de la composición de los conflictos, de su naturaleza, de los elementos que los producen y le imprimen dinámica, para poder decidir cuales de ellos son justiciables y sometidos a la decisión imparcial del juez y cuales de ellos se pueden resolver con medidas cautelares, con intermediaciones de los líderes naturales, con la acción más o menos fuerte de las conciliaciones obligatorias como prerrequisitos de la actividad judicial y, finalmente, cuales de ellos escapan a toda solución jurídicamente formal y se remiten a la operación represiva del Estado.

Será imprescindible, pues, el diseño del aparato de justicia necesario, eficaz y funcional para atender los conflictos que han de llegarle, en atención a los componentes sociales de cada categoría o clase de conflicto, una vez aplicada la metodología que conduzca a la identificación del tipo de despacho capaz de lograr ese objetivo, de sus recursos humanos y del territorio que jurisdiccionalmente deba atender. Igualmente, se impone de inmediato la legislación a

adoptar, la dogmática y las soluciones de práctica jurídica indispensables y adecuadas para las previsiones ya hechas. Repugna contra esta definición normativa las propuestas sin estudio previo, las reformas vinculadas a distintas y aún opuestas escuelas jurídicas, al uso inadecuado de la información extraída de la bibliografía que con tardanza llega a los despachos de quienes las elaboran, o, la más lamentable realidad, a las intenciones de quienes tienen interés en las actuaciones judiciales o administrativas y que logran, por cualquier medio, deslizar una idea que ha de rentarles beneficios en sus pleitos privados.

Estas ideas programáticas tienen que reflejarse, necesariamente, en la dinámica de las soluciones a adoptar en estos campos: a) El recurso humano, b) el examen del aparato, c) el examen de la legislación, y d) el examen de la infraestructura física.

El estudio del recurso humano es el más delicado porque atañe al juez y al funcionario en su vida misma. El recurso humano amerita, como ya se ha hecho en la Sala Administrativa del Consejo, el estudio de su formación, de su profesionalización, de sus garantías laborales y del control de su gestión. Es la clase de política de más prudente manejo, porque quien trate el tema por orden legal, no está exento de tergiversaciones de sus opiniones; del aprovechamiento malicioso de quien obra con la intención de entorpecer cualquier avance institucional; de la simple y vulgar calumnia, a veces desembozada, que atribuye conceptos, aún los más evidentemente inconstitucionales; del rumor, que transporta a sabiendas malentendidos porque lleva implícita la mala fé y el designio de causar daño; en fin, porque cualquier decisión en esta materia será siempre controvertible. La situación es más grave cuando, ante la falta de noticias impactantes, los medios patrocinan estas mendacidades y montan toda una tragicomedia de enfrentamiento de poderes que da para cualquier cosa, la más absurda, aún en el interior mismo del poder público.

En esta materia del recurso humano, uno de los trabajos de amplia reflexión e importancia fué el que concluyó con el nuevo régimen salarial de los jueces y empleados de la Rama. Considerando que la Constitución cambió el esquema de competencias de la Carta de 1886 y es al Gobierno a quien le corresponde adoptar la normatividad mediante reglamento y dentro de las reglas y principios de la Ley cuadro ya expedida, la Sala Administrativa propuso una nueva política salarial que decretara un nivel de ingreso salarial considerablemente alto, aún por encima del valor normal de los salarios de los profesionales calificados, reconociendo, con ello, que

el destino del juez es muy diferente al de otro colega suyo que actúe en otras responsabilidades, públicas o privadas. El ejemplo del cambio del juez municipal es bien dicente: de \$227.000,00 se pasó a \$940.000,00. De esta manera el juez queda colocado en la sociedad con las posibilidades que tal remuneración le ofrece, con la tranquilidad de un ingreso que, sin considerar el familiar, le permita vivir dignamente. De la implantación de esta política se obtendrá, además, la transformación del sistema de seguridad social, de las cesantías y la solución del angustioso problema de las pensiones. Son consecuencias de una concepción del ingreso distinta a la que imperó hasta el presente año. Es necesario reconocer que tanto el Ministerio de Hacienda como el de justicia fueron receptivos a estas propuestas que, finalmente, con grandes dificultades quedaron consolidadas en el Decreto 57 de 1993 y, ante todo, en la Ley del Presupuesto Nacional.

Claro que debido al caos del régimen anterior cualquier intento de racionalización debe superar varios tropiezos, desde las lecturas equivocadas del decreto hasta los olvidos legislativos, explicables en un sistema en el cual no existen dos salarios iguales para el mismo trabajo.

Otra política fundamental en este punto consiste en la nueva estructura que ha de dársele al sistema de méritos para ingreso al servicio de la justicia y a la carrera respectiva. A partir de la orden constitucional ya conocida que exige un régimen de carrera para sus funcionarios, salvo las excepciones constitucionales y las que determine la ley, la carrera judicial es considerada por esta Sala, como el sistema de administración de personal que profesionaliza al juez, dispone un método y los criterios de evaluación de su trabajo y, en consecuencia, su permanencia o separación del empleo y, como objetivo general, será el instrumento para alcanzar, progresivamente, una mejor calidad, eficacia y prontitud en la justicia.

La propuesta innovadora, ubicada en el criterio constitucional de la profesionalización del juez, incluye la formación del juez como trabajo académico especializado que ha de aprobar el aspirante a ingresar al servicio a título de requisito para el desempeño del cargo judicial. La formación es un concepto nuevo entre nosotros, considera que el abogado salido de las universidades, aunque tiene una cultura jurídica propia para adquirir el título, carece de los elementos formativos del juez, de los elementos metodológicos, prácticos y de conocimiento jurisprudencial especializados dirigidos a su mejor desempeño en el cargo a que aspira.

La formación, sin embargo, base de todo proceso selectivo y de méritos, debe estar sustentada en una infraestructura bibliográfica y de información actualizadas que posibilite el éxito de esta política sobre los recursos humanos de la Rama. De aquí que el proyecto de los Centros de Formación, Bibliográfico y Documental, de Edición y de Información (telemática) que la Sala presentó al Comité Ejecutivo de la FES, para el aprovechamiento de los recursos de la AID, armoniza con ese concepto de carrera judicial y de sistema de méritos para el ingreso a ella.

El examen del aparato de la justicia es un punto vinculado a las apreciaciones hechas arriba, porque su organización, tamaño, calidad, extensión y competencia debe ser el fruto del conocimiento y el análisis del fenómeno social y de su interacción con la justicia. La planeación es básica como ya queda dicho y ha de sustentarse en trabajos como, por ejemplo, el sistema estadístico de la justicia, el cual no se reduce a la cantidad de expedientes en un despacho ni a las sentencias producidas. Las opciones que dan los modernos métodos de observación, en lo cualitativo y en lo cuantitativo, son muy amplias de la misma manera que los criterios de evaluación de esas informaciones llevadas al mundo de los estadígrafos.

El complejo a examinar no permite producir informes aislados, ni pequeños documentos con ínfulas de planes de desarrollo, porque ellos han de considerar tanto los marcos teóricos que fundamentan sus apreciaciones y sus soluciones, como las determinaciones concretas sobre el uso de los recursos disponibles para la puesta en marcha de los proyectos que esas políticas patrocinen.

El problema no es, pues, un asunto que deba resolverse en la corta duración, menos en un año de existencia de este Consejo y en un sector que jamás ha sido preocupación de los planes de desarrollo. La estructura del aparato de la justicia debe corresponder al concepto de que es una verdadera Rama del Poder Público sin curaduría del Ejecutivo, responsable de la política y de la estrategia que deba conducirla a un desarrollo progresivo en cuanto a su eficacia en la solución de los conflictos y, por supuesto, en la vigencia del orden jurídico y de los valores de su dogmática. Las funciones y el mapa de la justicia deberán ajustarse a la realidad nacional para ofrecer una solución organizativa de la justicia a cada región según sus necesidades, superando la artificiosa forma, de inspiración política, que subsistía hasta la implantación de estos nuevos criterios.

La planeación, por naturaleza, no es inmediatismo, es, más bien, un trabajo de mediana y larga duración que ha de armonizar, en un concepto de justicia, criterios políticos de organización y funcionamiento, soluciones creadas en el desarrollo histórico mismo del sistema jurídico colombiano, planteamientos que vislumbren soluciones a las nuevas situaciones que ofrece un mundo multinacional, multisocietario, que busca unificaciones de derecho cada vez más veloces, etc.

El análisis de la legislación, responde a los mismos conceptos. En Colombia, además, la Rama judicial tiene la oportunidad de plantear, gracias al trabajo diario, constante y permanente de administrar justicia, soluciones en el interior del sistema jurídico que, a partir de su realidad, propongan respuestas claras a las urgencias que las relaciones sociales tienen o padecen a diario en el tráfico jurídico de sus asuntos. La creatividad y el conocimiento que surge de la práctica jurídica, del control de instancia, de la casación y los demás recursos extraordinarios y, en fin del trabajo propio del aparato de justicia, es la fuente más útil para las innovaciones legislativas. Se superarían, con este método, las soluciones coyunturales y pasajeras que tradicionalmente han signado nuestras reformas. En un programa general de planificación, cada sector de la justicia debe trabajar sistemáticamente en la producción y crítica de la dogmática jurídica colombiana. Por eso es indispensable una reflexión permanente sobre los procedimientos y las normas sustantivas.

Por ejemplo, antes de la Constitución de 1991, lo disciplinario pertenecía al mundo exclusivo del manejo administrativo de personal. La función que castiga disciplinariamente es la propia del jefe que vigila y controla a su inferior y que, actuando dentro del Estado, se coloca al lado de la función administrativa, susceptible de todos los recursos y controles contencioso administrativos dispuestos por los sistemas procedimental gubernativo y procesal. De ahí que las decisiones de la Procuraduría tengan su control contencioso en la jurisdicción administrativa, que las decisiones de los jefes de la administración en igual sentido, sean susceptibles de las acciones consagradas en el Código de la materia y que el contenido del código de infracciones y sanciones tenga ese sustento puramente administrativo. Así operaba lo disciplinario antes de la Constitución de 1991. Es de advertir que las determinaciones del antiguo Tribunal Disciplinario no eran justiciables ante lo contencioso administrativo por impedirlo la ley, de la misma manera que las decisiones de las autoridades policivas, es decir, se conservaban dentro del marco administrativo mencionado.

La Constitución de 1991 trae dos modificaciones sustanciales al régimen anterior en cuanto hace a la Rama judicial. En primer lugar, crea una jurisdicción disciplinaria, cuyo contenido no responde al control y vigilancia de la antigua gestión disciplinaria del Tribunal desaparecido. El magistrado del Consejo o del Consejo Seccional es un verdadero juez que, por serlo, sus decisiones, una vez surtidos todos los recursos, se tornarán inmutables e incontrovertibles, por ello mismo, aplicables en toda su extensión y contenido. Tomarán la autoridad de la cosa juzgada, como cualquier sentencia del resto de las jurisdicciones.

No puede explicarse la denominación de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria diciendo, simplistamente, que lo jurisdiccional se debe a que resuelve conflictos de competencia, porque esta es una función que no necesariamente es jurisdiccional, en el fondo no tiene relación con la litis, sino con la administración del proceso, con la definición de una competencia, que bien puede hacerlo cualquier otra autoridad judicial sin que sea necesario un órgano destinado a ello y que por esto se denomine jurisdiccional. La razón es otra y es, precisamente, que lo disciplinario para la Rama judicial, dejó de ser una materia administrativa, un sistema de control y vigilancia ejercido por el superior (como ocurría antes) para convertirse en una materia jurisdiccional con todos sus efectos, ante todo, para que el funcionario competente sea material y formalmente un juez, y para que, vale la pena llamar la atención, se disponga de un nuevo sistema de infracciones y castigos que no concluya con la sola destitución del infractor sino que pueda ir más allá, como ocurre en la justicia penal militar, y ser competente para conocer de una tipología delictual de más impacto en la vida social y, por supuesto, de mayor intensidad punitiva.

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, el régimen de faltas y castigos actual, está concebido para unos valores disciplinarios distintos, sustituidos por la Constitución de 1991, que deben ser desarrollados con todas las consecuencias. Tales consideraciones nos llevan a explicar que aún los funcionarios de la Fiscalía son justiciables en el juicio disciplinario de las Salas de los Consejos Seccionales y de la Sala Jurisdiccional-Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, de la misma manera como su carrera judicial es administrada por la Sala Administrativa de este Consejo y no por otra autoridad. Las expresiones constitucionales son tajantes y clarísimas al respecto, no permiten otra interpretación y nos dejan en la puerta de una transformación en los conceptos disciplinarios que aún no se han propuesto ni llamado la atención sobre ellos.

La dinámica de las soluciones que pueden surgir de los planes de desarrollo y del concepto de justicia que se adopte son, pues, de una elaboración que riñe con el corto plazo, la inmediatez y la improvisación. Lo importante es tener claridad en la temática y en la vitalidad de la situación en que, dentro de los procesos históricos del país, está colocada la justicia.

2º.- El principio de la justicia profesional.

En varios lugares de la normativa fundamental aparece el criterio consistente en que el juez es solo juez, debe ser formado como tal para que su actuación no sea el producto de un abogado que ha llegado a ese destino por el conocimiento que se tenga de él por parte del nominador o por haber pasado con éxito una prueba más o menos académica que demuestra, en un alarde de suerte, que tiene más conocimientos que otros competidores o más habilidad en resolver lógicamente los extensos formularios de preguntas de erudición. Para ser juez se requiere, pues que se le forme como tal, por ello esto tiene continuidad en la carrera judicial. Pero, además el principio se expresa en otra consecuencia sustancial: el juez no puede tener más inquietudes en su trabajo distintas de aquellas propias de la administración de justicia, su especialización y profesionalización únicamente, por expresa excepción, le permite ser profesor de cátedra, con las limitaciones de ley, pero no más. Lejos de él toda preocupación distinta a la de dirimir los conflictos, aplicar la ley, buscar la equidad, decir el derecho, interpretar el sistema jurídico para imprimirle la dinámica que exigen las relaciones sociales. Es un juez integral y así ha de mirársele aún en los trámites de evaluación dentro de la carrera.

Ahora bien, como a la Rama se le asignó la responsabilidad de diseñar su política y su estrategia, la Constitución concibió el aparato ideal para ello y creó un Consejo Superior con una Sala Administrativa de dedicación exclusiva que, con una vocación colateral a la del juez, tiene que pensar solamente en esa administración y no en cosa distinta. Allí está definido su radio de acción y descrita su responsabilidad. Por eso la separación en dos salas que dispone la misma constitución y la especificidad de sus respectivos trabajos.

Otra cosa ocurre con la Ley que le entrega a una Sala Plena del Consejo funciones de política administrativa. Para tratar de armonizar esta realidad de la Sala Plena con la profesionalización y exclusividad del juez disciplinarlo es menester darle un preciso alcance a esas atribuciones cuyo sentido no es otro que el de las definiciones políticas generales en los puntos que la ley señala para que sean

desarrolladas mediante la gestión programática de la Sala Administrativa, la cual tendrá, además de la iniciativa en los temas de esta materia, en los demás aspectos, la plena competencia para ejercer sus funciones. De otra manera la Sala Administrativa desaparece y se convierte en una especie de ponente de la Sala Plena y la Sala Disciplinaria será una Sala Disciplinaria-Administrativa y abandonando el concepto constitucional del juez allí previsto.

Existen, no obstante, otros puntos de contacto, posiblemente de diaria gestión entre ambas salas, que impondrá una metodología de trabajo para la coordinación y éxito de esta gestión. Se trata de parte de la Sala Administrativa, el adelantar el control y vigilancia del rendimiento de las corporaciones y despachos judiciales, de manera total, incluyendo la Fiscalía, con las consecuencias que surgan de tal actividad, como es, por ejemplo, la de dejar en el conocimiento de la Disciplinaria los hechos constitutivos de conductas punibles dentro de su competencia.

Supone la concepción constitucional del Consejo una aplicación muy concreta en cuanto al aparato administrativo de la justicia. En el régimen anterior, una porción de la responsabilidad administrativa, es decir, la que no estaba reservada al Gobierno, pertenecía a las Corporaciones Judiciales Nacionales, cuyos Presidentes, el de la Corte, del Consejo de Estado y el del Tribunal Disciplinario, formaban, con los representantes de los funcionarios y de los empleados, el Consejo de la Administración de Justicia, organismo que actuaba, casi Ad-Hoc, cuando el Director de la Carrera Judicial, lo convocaba para que tratara sus iniciativas.

En ese esquema, la Dirección de la Carrera Judicial, estaba ocupada por un funcionario que debía reunir las calidades de Magistrado de la Corte o de Consejero de Estado, y percibía así la misma remuneración. La responsabilidad de la política administrativa, su concepción en cuanto a la carrera y la ejecución del presupuesto quedaba en cabeza de esa Dirección, los componentes de la Rama actuaban bajo su impulso, aunque teóricamente fueran sus superiores. La realidad es que ni las Corporaciones ni contaban ni cuentan con la infraestructura para producir esas políticas, estrategias y criterios de ejecución.

La actual Dirección Nacional de Administración Judicial es un aparato que debe leerse a la luz de las nuevas disposiciones constitucionales y legales porque en manera alguna puede predicarse duplicidad de funciones entre un organismo creado por la ley como subalterno y de apoyo y una Corporación Nacional como este

Consejo que tiene origen constitucional a la cual se le ha atribuido la responsabilidad de la administración y la política de la justicia. Es una duplicidad imposible. Si existe debe eliminarse en el organismo inferior. Lo contrario es desobedecer la Constitución misma.

El esquema organizativo era útil para la responsabilidad de administrar la carrera y ejecutar un presupuesto para el pago de salarios, cesantías y adquirir bienes muebles. Pero no más allá. Hoy en día se impone su redefinición porque ha de coexistir con otros organismos del Consejo que deben asumir tareas en materia presupuestal, de planeación, de recursos físicos, etc. Sus funciones serán operativas y de apoyo en los temas de ejecución de las políticas de la carrera judicial y demás asuntos de personal y los operativos de orden administrativo. A esto obliga la Constitución.

3º.- El principio de la especialización de la justicia.

La profesionalización del juez corre paralela al criterio de especializar la justicia. Claramente aparecen las jurisdicciones constitucional, disciplinaria, contencioso administrativa, ordinaria, penal militar y la fiscalía en su específico campo de investigación y acusación. Ellas no pueden interferirse entre sí, tienen marcado su destino profesional y armonizan en este nuevo concepto de organización judicial.

Una democracia delegativa no es una democracia

Dr. José Sánchez - Parga ()*

Quizás porque nunca hubo y nunca habrá dos democracias iguales, que actúen de manera similar, porque las historias y formaciones socio-culturales han sido siempre muy diferentes en países y continentes, dando lugar a su vez a formaciones democráticas así mismo muy distintas, se ha tendido o bien, por un lado, a considerar que sólo eran democracias las más perfeccionadas y asimilables a un modelo más ideal que real; o bien, por otro lado, se incurre en la más variada calificación o adjetivación de las distintas formas de democracias "realmente existentes".

Un representante de la primera posición puede ser G. Sartori, para quien "las democracias antiguas no pueden enseñarnos nada sobre la construcción de un Estado democrático" (Teoría de la democracia, Alianza, Madrid, 1988; 345), como si ambos modelos de sociedad y de gobierno no respondieran a los mismos principios. La razón de Sartori para establecer tal diferencia es que la democracia ateniense es una democracia sin Estado, mientras que las democracias modernas son estatales. Lo que en otras palabras, y de acuerdo a sus presupuestos liberales (según los cuales la única democracia realmente posible se fundamenta en el gobierno representativo), significa establecer una diferencia irreductible entre la participación y la representación políticas. Como si aquella no se expresara en esta, y como si la representación no pudiera ampliarse ilimitadamente en formas y procedimientos de mayor participación ciudadana.

Sería necesario comenzar definiendo aquellos principios o hechos fundamentales, que constituyen toda democracia:

(*) Director del Centro de Estudios Latinoamericanos

- a) la soberanía popular e igualdad de todos los ciudadanos ante la ley;
- b) que da lugar a su participación -directa y/o por elección de sus representantes- en un poder político no concentrado ni acumulado.

Un relato legendario de Herodoto (3.142) , que ha servido de mito fundador de la democracia, nos cuenta como Maiandros, nombrado por el tirano Poliarcos para sucederle después de su muerte, arrojó el cetro, símbolo del poder (arje) "en medio" del ágora"(to meson) del pueblo, significando que el poder ya pertenecía a todos los ciudadanos, y declaró su "isonomía" o igualdad ante la ley. Desde entonces, el medio se convirtió en un concepto fundamental en la teoría política de la democracia ateniense, al significar que el poder estaba a disposición de todos los ciudadanos, quienes podían ejercerlo tanto simultáneamente en las Asambleas, como por turno, por elección o por designación. La antigua democracia participativa no ignoraba la representación.

Según sus orígenes, y de acuerdo a su tradicional concepto, la democracia es "el gobierno del pueblo", por el pueblo y para el pueblo, como fue enunciado por Thomas Jefferson en la Declaración de Pittsburg en 1786, pero que Sartori considera más retórico que real. Aunque ni por su sentido etimológico ni por la tradicional práctica y teoría política "demo-cracia" no significa "gobierno" sino "soberanía" del pueblo, lo cual da lugar obviamente a formas de gobierno con participación o representación del pueblo-ciudadano. Los antiguos griegos, hostiles a toda forma de ejercicio del poder ("arquías" monarquías, oligarquías), encontraron en la "demo-cratia" una forma de gobierno que no fuera ejercicio de poder. Cómo la democracia conjuga el doble paradigma de "pueblo" y "ciudadano", constituye un campo importante de la misma teoría de la democracia, que no es el caso de tratar aquí.

Aunque es importante señalar que sólo sosteniendo el principio de soberanía del pueblo es posible fundamentar plenamente los derechos ciudadanos. Si la soberanía pertenece a la colectividad de todos los ciudadanos, de la cual cada uno de ellos participa enteramente, todos poseen el derecho/obligación de participar en la cosa pública.

Pero este ideal democrático plantea el problema de la participación y representación políticas en el gobierno de una sociedad moderna, donde no es posible la participación regular y

directa de todos los ciudadanos en la administración del Estado y gobierno de la sociedad.

Los neo-schumpeterianos

Los críticos de la democracia representativa, que se afanan en adjetivar la democracia adoptan los más variados calificativos. Desde aquellos que la reducen a una supuesta "democracia formal", como si las formas institucionales o no institucionales de la democracia no fueran sustantivas ("No tiene sentido oponer la llamada democracia formal a la que se denomina substancial. La democracia es siempre substancial, en tanto se ejecuta a través de instituciones positivas...": L. Preti, *El desafío entre democracia y totalitarismo*, Edic. Península, Barcelona, 1986:301), hasta quienes la identifican con una clase: la "democracia burguesa". Otros, en cambio, con menos complicaciones conceptuales, y en referencia a las latinoamericanas, en lugar de democracias prefieren hablar de "gobiernos civiles de corte electoralista".

Aunque haya gozado de muy relativo éxito, la versión de R. Dahl, que traduce democracia por "poliarquía", escamotea el tan históricamente incómodo concepto de "pueblo" y sustituye el concepto más político de "gobierno" o "soberanía" (*kratein*), por el más ambivalente de "principio" o "poder" (*arjein*). Esta rara elucubración, con escasos alcances teóricos y políticos, ignora que la democracia no es solo una forma de gobierno, sino también por no decir sobre todo, una forma de sociedad política y que la noción de "pueblo" hace referencia a una igualdad ciudadana, que es fundamental al hecho y proyecto democráticos.

Quizás el defecto común a todos estos y otros intentos de caracterizar las democracias realmente existentes consiste en su pretensión descriptiva, relegando el carácter prescriptivo inherente a toda democracia, la cual (como método o procedimiento político siempre posee una eficacia y eficiencia democratizadoras. De esta manera se pasa por alto el "indeterminismo político" propio de la democracia y de su carácter como proceso.

Es indudable que cualquier intento de conceptualizar la democracia no está exento de una posicionalidad política respecto de ella. Sin embargo, dichas posiciones políticas en lugar de sobrecargar la teoría de la democracia, deberían más bien desplazarse hacia las propuestas prácticas respecto de ella. De lo contrario, aquellas llegan a condensarse y conflictuarse hasta tal punto, que éstas además de relegadas pueden resultar más difíciles

de elaborar. Y lo que es peor: el prolongar tales indefiniciones teóricas, que continuamente conduzcan a interrogarse no ya acerca de qué es democracia sino de qué democracia hablamos (W. Alarcón/C. Franco/ M. Montoya, *De qué democracia hablamos?*, CEDEP, Lima, 1992) no hace más que inmovilizar las decisiones práctico-políticas. Por consiguiente, si no se establecen ciertos acuerdos teóricos, sobre la democracia, difícilmente se logrará fundamentar una práctica política basada en ella (A esta teoría y práctica de la política y la democracia volvemos a referirnos en la conclusión del texto).

El tamaño de las sociedades modernas, la complejidad de sus instituciones, instancias y procedimientos de gobierno, el elevado nivel técnico que requieren las funciones del Estado en sus diferentes niveles políticos y líneas de acción, no permiten reproducir el modelo ateniense de la participación directa de todos los ciudadanos.

En tal sentido, la democracia moderna ha adoptado el modelo representativo de la democracia liberal. Sin embargo, no se debe pensar que la representación política es un modelo alternativo o sustitutivo de la participación política en una democracia. Si por un lado la representación política supone formas de participación (a través de las elecciones), de otro lado, la ampliación de formas de representación abre posibilidades ilimitadas a la participación política. Como sostiene A. Arblaster "la democracia directa podría practicarse más ampliamente de lo que en realidad se practica y (que) el desarrollo tecnológico facilita su instrumentación" (*Democracia*, Alianza, Madrid, 1992: 130; Cfr. Carlos Franco, o.c., p.110ss). Según esto no hay una solución de continuidad entre las posibilidades de participación y las formas de representación en las democracias modernas.

Sobre esta cuestión es fundamental un texto de John Stuart Mill sobre el gobierno ideal: "el único gobierno que puede satisfacer por completo todas las exigencias del Estado social es aquel en el que todo el pueblo participa; cualquier participación, aun en la más mínima función pública, es útil; que la participación debe ser en todos lados tan grande como lo permita el grado general de progreso de la comunidad..." (*Consideraciones sobre el Gobierno representativo*, c. III).

John Stuart Mill, sin embargo, incurrirá más adelante en una falsa deducción, ya que según sus presupuestos "el tipo ideal de gobierno perfecto" no es el representativo sino el participativo; es decir, el que surge de una sociedad y Estado democráticos. Ello significa que,

según el mismo argumento de Stuart Mill, la representación es un mal menor, un limitante para el perfeccionamiento de un gobierno democrático, y por consiguiente, un gobierno sólo se perfecciona democráticamente, en la medida que sus organismos, formas y procedimientos de representación se vuelven cada vez más participativos.

Esto sólo es posible a través de un doble proceso: de transformación progresiva de las instituciones democráticas, y de manera más particular de una democratización del mismo Estado, que comporte una descentralización de todos sus organismos y aparatos; de una progresiva actuación política de los ciudadanos en todo el ámbito público de la sociedad.

Cabría incluso añadir un argumento de orden histórico y de filosofía política. La representación en el pensamiento y práctica liberales tiene un fundamento y alcance muy diferentes a los de la participación democrática. Aquella es una forma de gobierno, que en sus orígenes precedió a la democracia y nada tuvo que ver con ella. Los liberales ingleses de finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX eran radicalmente anti-democráticos, considerando incluso una aberración el sufragio universal o el voto de las mujeres. Mientras que la representación democrática es una forma de participación de todos los ciudadanos en el gobierno de la sociedad, y por consiguiente abierta a ilimitadas formas y posibilidades de dicha participación ciudadana.

No es extraño que la representación política plantee un problema de fondo, objeto de un debate muy actual, protagonizado por los críticos del formalismo democrático, o quienes impugnan lo que llaman "democracia formal". Esta crítica a la representación política particularmente en las democracias latinoamericanas ignora o minimiza las posibilidades de participación.

Todas estas posiciones se resumen en un neo-shumpeterianismo, según el cual por el hecho de ser representativo, ningún régimen democrático actual tiene derecho a considerarse "gobierno del pueblo". Y Shumpeter funda su tesis precisamente en la imposibilidad de justificar por la teoría política y por las Constituciones el mandato imperativo. Aunque sostiene que la responsabilidad de los organismos representativos podría responder a lo que el llama "mandato concurrencial" de los electores o representados (Capitalismo, Socialismo y Democracia, # 23,II,III). Lo que, por otra parte, puede corresponder a complementarse con el "mandato de confianza", de la representación política, que lejos de ser una ficción,

como sostienen sus críticos, actúa de hecho y puede siempre actuar mejor como la única forma seria de mandato (Cfr. L. Preti, p. 308s).

La tesis de O'Donnell

En esta línea se sitúa la posición protagonizada por O'Donnell, su principal teórico, quien sostiene que las democracias latinoamericanas son "democracias delegativas". Lo que O'Donnell entiende por "delegativa" no resulta ni muy claro ni preciso en sus obras recientes.

La otra crítica de la representación política, no muy diferente en sus presupuestos de la formulada por O'Donnell se basa en el concepto de "accountability". Según esta crítica el defecto de la representación política es la incapacidad de los representantes y organismos de representación política de "rendir cuentas" a sus representados/electores. En términos más precisos, la actual democracia representativa no proporciona los instrumentos o procedimientos institucionales, con los que la ciudadanía puede exigir de los organismos representativos una "rendición de cuentas" o un ajuste de cuentas de sus responsabilidades como representantes.

Aunque esta crítica hace referencia a un problema real de nuestras democracias, donde tanto los gobiernos como los representantes elegidos, después de los promesas electorales y planes de gobierno ofrecidos, actúan al margen no sólo de las expectativas sino incluso de los intereses de los electores, sin "responsabilidad" alguna respecto de la confianza depositada en ellos. El pueblo que votó no posee mecanismos para controlar la acción política de sus representantes, de obligarlos a una "rendición de cuentas", que sólo podrán ser cobradas en las siguientes elecciones, al cabo de dos o cuatro años.

Muchas cuestiones se encuentran implicadas en esta situación y fenómeno inherentes a la democracia representativa, desde un régimen político imperfecto o distorsionado hasta la calidad política de partidos y de la clase política.

Pero hay también un ya clásico problema de fondo de legislación constitucional frecuentemente ignorado. El asunto ha dado lugar a uno de los mejores capítulos de la obra - citada - de John Stuart Mill, que lleva por título "Deberían exigirse promesas a los miembros del Parlamento?".

Pasemos a revisar las tesis que O'Donnell presenta, aun defendiéndose de que "my opinions are tentative", en sus dos obras

recientes "Delegative Democracy", Working Paper #172, The Hellen Kellog Institute for International Studies, University of Notre Dame, march 1992, "Estado, democracia y ciudadanía", en Nueva Sociedad, Nov. - Dic. 1993.

El autor establece como "punto principal de su argumentación" que las democracias delegativas no son democracias participativas (1992:2). Su caracterización de la democracia delegativa se refiere en su "premisa básica" al Presidencialismo, que constituye un modelo de poder Ejecutivo, que "gobierna el país como le parece conveniente" (1992:6; 1993:64, nota 5). Con lo delegativo, por consiguiente, significa un modelo de régimen democrático y una práctica del poder y del gobierno ajenos a lo que el mismo autor denomina "responsabilidad horizontal" o "control cotidiano de la validez y legalidad de las acciones del Ejecutivo por parte de los organismos públicos" (1993:ibid.). Como consecuencia, "la democracia delegativa tiende típicamente a despolitizar la población ibid.). La otra característica, que más bien sería una condición extrínseca, es la poca "institucionalidad democrática" de la sociedad, sistema y régimen políticos de las democracias delegativas.

Obviamente que al referirse al modelo presidencialista de las democracias americanas, O'Donnell toma en cuenta el aspecto más limitante de un tipo de representación política, que no participa directamente en el gobierno, cuyo Ejecutivo, además de no representar más que a una mayoría relativa excluye la representación de las minorías. Otro sería el caso, en cambio, del modelo parlamentario, en el que los representantes políticos, ejercen una mayor participación en el gobierno y en su misma conformación.

En tal sentido, lo "delegativo" según O'Donnell no hace más que cuestionar las limitaciones de la representación y participación políticas propias, en primer lugar, de un modelo presidencialista. A ello cabe añadir lo que el presidencialismo suele comportar en cuanto centralismo estatal y centralización de todo el sistema político; aspectos ambos que a su vez reducen los márgenes y eficiencias de la representación y participación políticas de los ciudadanos.

F. Weffort (Cuál democracia? FLACSO, Costa Rica, 1993), que parece secundar la tesis de O'Donnell, sostiene su propia versión de la democracia delegativa, aunque critica sus tesis fundamentales. Distanciándose de O'Donnell, considera que "no debe ser pensada en términos de un contraste absoluto con la democracia representativa" (p.169), lo que sin embargo constituye punto principal del argumento de O'Donnell, y señala además que esta última

"siempre es una mezcla de representación, delegación, participación directa, etc., en cuyo patrón institucional predomina la representación" (ibid.). Aunque lo de "mezcla" resulta muy poco convincente, Weffort propone su propia definición que ya no tiene mucho que ver con las tesis de O'Donnell: "La democracia delegativa es una especie particular de democracia representativa, en la cual hay una preponderancia de comportamientos y relaciones delegativas en el interior de un patrón institucional definido por el sistema representativo" (p. 173).

Según esto, y como analizaremos ulteriormente, resulta incluso más coherente la posición de O'Donnell para quien o hay representación o hay delegación, pero no "mezclas" ni "preponderancias".

No deja de ser relevante, sin embargo, que Weffort preste atención al pensamiento de Rousseau, quien siempre sostuvo la primacía de la participación en lugar de la representación, precisamente porque el autor del Contrato Social excluía la posibilidad de una "delegación de la voluntad" o de su poder político, que el ciudadano nunca puede alienar o delegar.

Si ya Weffort cuestiona que la "democracia delegativa" sea un tipo particular de democracia ("a new animal and not a member of an already recognized family", como defiende O'Donnell), tampoco parece muy convencido de centrar el carácter delegativo al Presidencialismo y a una forma de gobernar el Ejecutivo. De ahí su afortunada referencia a Alfred Stepan, para quien la democracia delegativa solo podría ser considerada como "una de las patologías predecibles del presidencialismo", las cuales pueden, y son de hecho, corregibles por "las múltiples lógicas del parlamentarismo" (cfr. Alfred Stepan & Cindy Skach, "Meta-Institutional framework and democratic consolidation" [an, 1992]).

Respecto al otro aspecto del carácter "delegativo", la falta de "responsabilidad horizontal" y "control cotidiano" del gobierno, nos topamos aquí con la otra crítica particular de la democracia representativa: la ausencia de "accountability".

Al margen del problema de derecho constitucional, que recubre el asunto, hay que reconocer que incluso en nuestras deficientes y frágiles democracias, las instituciones desde el Congreso con sus interpelaciones hasta el Tribunal de Garantías Constitucionales, pasando por la opinión pública y los sectores organizados o grupos

de presión reconocidos de la sociedad civil, todos ellos constituyen organismos relativamente eficaces de control, y respecto de los cuales indirecta o implícitamente se apuesta la "rendición de cuentas" del Gobierno.

Otra cosa es que los diferentes poderes del Estado no actúen con la suficiente autonomía constitucional e institucional, y que la misma sociedad civil no ejerza todas sus posibilidades de participación y todas sus eficiencias políticas. Todo ello será un defecto de nuestras democracias pero una deformación, que obligue a pensar de manera diferente.

O'Donnell desconoce lo que ya J. Stuart Mill había dado por sentado, y que a su manera también Weffort ha intuido (o.c., p.168): que toda representación será siempre adecuada al desarrollo de una sociedad, y que entre la representación y la participación no hay una diferencia sino una diversa morfología y grados de articulación.

En consecuencia, lo que tan impropriamente O'Donnell llama "democracias delegativas" no es más que formaciones democráticas imperfectas, deficientes, distorsionadas, con vicios de funcionamiento, frágiles, inestables, etc., toda una morfología en definitiva que expresa sociedades o formaciones socio-económicas sin tradición, ni institucionalidad, ni cultura democráticas, atravesadas además por profundas desigualdades sociales.

Pero lo que no se puede ignorar, ya que se trata de uno de los fundamentos clásicos del Derecho Constitucional (y que data de la Constitución Francesa de 1791), es que la representación política tiene un carácter absoluto, en diferencia a la representación del derecho privado. En este último, el representante es un delegado y como tal se encuentra sujeto a la voluntad de delegación de su representado: tiene que rendirle cuentas siempre que se le exijan, y en cualquier momento puede ser suspendido en sus funciones representativas, que a su vez pueden estar mediatizadas por un contrato vinculante.

En el caso de la representación de Derecho político ni existe contrato vinculante ni existe tampoco delegación. Tampoco hay rendición de cuentas, y el ejercicio o facultades de la representación no están temporalmente fijadas por la voluntad de los representados sino por la misma Constitución.

Es muy extraño que O'Donnell considere como una de las características de su "democracia delegativa" la falta de "accountability", cuando es precisamente esta "rendición de cuentas",

o el hecho de que los representantes se limiten a expresar y sostener la opinión e intereses de sus representados, lo que precisamente "convierte la representación en una simple delegación". (J. Stuart Mill, o.c., p. 262). Lo cual tendría además un efecto perverso al hacer del Congreso "una legislación de clase para su propio beneficio", perdiéndose así no sólo el carácter corporativo de los organismos de representación sino "el interés público" de todo el país (o.c., p. 267).

La "rendición de cuentas" por parte de los organismos representativos merece una precisión adicional, ya que dicha "accountability" atañe no a la responsabilidad que los representantes tienen con quienes los eligieron, sino a la que contrae con sus funciones o cargo. Lo cual los hace responsables respecto de la voluntad de intereses globales y comunes de toda la sociedad; es decir, incluso respecto de aquellos que no votaron por ellos. Y esta situación es inherente al carácter esencialmente colegiado que tienen siempre los organismos de representación política.

Invirtiendo el argumento de O'Donnell, si nuestras democracias fueran propiamente delegativas, en el sentido contractual del término, el representante quedaría vinculado por la delegación de sus representados, y por consiguiente estaría sujeto tanto a la más intempestiva revocación de sus funciones como a la más errática "rendición de cuentas". Sin embargo, nada de esto tiene que ver con una democracia o gobierno democrático. Incluso en la antigua Atenas, donde las Asambleas contaban con la participación de todos los ciudadanos, los magistrados elegidos por turno duraban irrevocablemente un año (o el bienio de los Cónsules en la antigua República Romana), siendo interpelados sólo en nombre de los intereses de toda la comunidad, y no únicamente de quienes los eligieron.

No es el lugar aquí de desarrollar las razones y sentido de estos principios constitucionales. Basta considerar que una de sus principales funciones era excluir el "clientelismo político" tan nefasto para la antigua República de Roma, y que los constitucionalistas franceses (en la Asamblea Constituyente de 1791) tenían muy en mente. El otro motivo del carácter "absoluto" de la representación política era precisamente transformar la relación particular entre representantes/electos y representados/electores en una relación general, según la cual los representantes políticos en lugar de representar los intereses particulares de sus electores se convertían en representantes de los intereses colectivos de toda la nación.

La Modernización del Estado

Dr. Rodrigo Borja C. ()*

... jóvenes estudiantes.

Dos jóvenes, con grandes perspectivas de futuro, con ganas de vivir, que habían diseñado una agenda vital llena de sacrificios y esfuerzos, pero también de opciones de éxito en el futuro, han desaparecido, son Diego Ponce y Guillermo Albornoz. Hago este recuerdo como un homenaje a las virtudes de la juventud y de los estudiantes también. Reciban los miembros y dirigentes de la Universidad mi profundo pesar por este acontecimiento.

Para un hombre de Universidad, que ejerció transitoriamente el poder político en el Ecuador, es muy grato haber recibido la invitación de los jóvenes estudiantes y de las autoridades de la Universidad para ocupar esta tribuna.

Hoy se conmemora el desembarco de Normandía, que fue probablemente una de las operaciones bélicas más importantes de la historia, y que dió comienzo a la movilización militar que culminó con la derrota del Nazi- facismo en Europa, y creo que es oportuno decirles que el orden internacional que nació de la Segunda Guerra Mundial ha muerto y que clausuró una etapa marcada por la guerra fría, la distribución bipolar del poder mundial, la marginación de dos grandes zonas de influencia sobre el planeta, los países pequeños convertidos en piezas del ajedrez geopolítico jugado por las grandes potencias y la humanidad, en su conjunto, sometida al equilibrio interno.

A partir de los acontecimientos producidos en los años 1989 y 1990, que desde mi punto de vista son dos de los años más significativos y más importantes de nuestro siglo, se ha abierto una nueva era

(*) Ex-presidente de la República del Ecuador

histórica que se caracteriza, en lo político por la democratización de sociedades centralistas y autoritarias; en lo económico por la formación a lo largo del planeta de grandes bloques comerciales, por importantes esfuerzos hechos en el campo de la integración económica, el abatimiento de los aranceles, la apertura de mercados y la libre circulación de personas, bienes, capitales, tecnología y demás factores de la producción; en lo internacional por la distensión y la búsqueda de la paz; en lo militar, por el desarme que ha ganado muy importante espacio, y por el desmantelamiento y la conversión de los dos grandes brazos armados de las superpotencias que fueron el Pacto de Varsovia y la OTAN (la Organización del Tratado del Atlántico Norte).

Estos cambios han sido tan sorprendentes, tan impensados, tan imprevistos, han ocurrido tan rápidamente, que apenas hemos tenido la posibilidad de mirarlos pero no la opción de analizarlos en profundidad y de desentrañar las honduras de la significación que ellos tienen para el destino de la humanidad. Queda mucho todavía que pensar y que observar para dilucidar los arcanos significados de todos esos acontecimientos ocurridos en el orden internacional durante los últimos años.

Lo que me parece muy claro es que la historia cada vez se acelera más como efecto de los avances de la ciencia y de la tecnología. En consecuencia, las épocas históricas son cada vez más cortas. Se podría decir sin exageración que la humanidad cambia hoy en una década más de lo que antaño cambiara en un siglo.

Los grandes sucesos humanos tienen la virtud de constituirse en linderos o en límites de las épocas históricas. La caída del Imperio Romano en el año 476 marcó la terminación de la Edad Antigua y el comienzo de la Edad Media. El descubrimiento de América, que fue uno de los grandes acontecimientos de la historia, señaló el nacimiento de la Epoca Moderna y ella terminó con la Revolución Francesa de finales del Siglo XVIII para dar nacimiento, a su vez, a la Etapa Contemporánea que sucumbió en 1945 con la explosión de las dos primeras bombas atómicas en Hiroshima y en Nagasaki. Se inició entonces la Era Atómica que acaba de culminar en 1989 con la caída del Imperio Soviético, que sin duda ha sido uno de los grandes imperios de la historia, y se ha iniciado una nueva época en el quehacer de la sociedad humana que todavía no ha sido bautizada, pero que yo pienso que debe llamarse la "Era Electrónica" en homenaje y por virtud de los avances pasmosos que se han dado en el en el campo de los microprocesadores, de los ordenadores, de la informática y de los robots, dentro del mágico mundo de la revolución electrónica.

La humanidad vivió en el pasado cercano una época terrible a partir de la última Guerra Mundial. Han sido 44 años de sobresaltos y de angustias incesantes: los corceles imperialistas hegemónicos han recorrido el planeta, la teoría de la "soberanía limitada" entre comillas ha asfixiado el derecho de muchos pueblos a expresarse y autogobernarse.

Los cohetes Pershing 2 y SS-20 con sus cabezas nucleares múltiples, han amenazado la destrucción de todas las conquistas de la civilización. Los dispositivos nucleares estuvieron siempre listos a entrar en acción y la humanidad vivió la angustia de saber perfectamente que el furor de alguien, el complejo de inferioridad de alguien, la imprudencia de alguien, la locura de alguien o el simple error de cálculo de alguien, significaba el holocausto universal.

Repito que 1989 y 1990 son dos de los años más interesantes de nuestro siglo. Se produjo la implosión de la Unión Soviética y la descomposición de su bloque geopolítico. En realidad fue una "implosión" literalmente porque fue la ruptura interna de los andamiajes y de las columnas que sostenían su estructura ideológica y ésta se vino de pronto al suelo. No fue el acosamiento de la CIA, no fue la presión de la OTAN, no fue ninguna fuerza externa la que liquidó este sistema, sino su propia debilidad intrínseca así en los aspectos políticos, porque suprimió la libertad como en los aspectos económicos porque al estatificar todo el proceso de la producción tuvo enormes debilidades económicas que le llevaron a ubicarse en un desnivel frente a las posibilidades de competencia en el mercado mundial.

En todo caso, ha terminado la guerra fría, y esperamos que para siempre, pero no han concluido ni han terminado los problemas de la humanidad por desgracia, porque nuevos conflictos han surgido para reemplazar a los anteriores. Aún cuando ninguno de ellos es capaz de producir una conflagración de escala mundial, son conflictos que están desgarrando a muchos pueblos a lo largo y ancho del planeta, como en el caso del conflicto del Golfo Pérsico, el de la extinta Unión Soviética, de Yugoslavia, Sudáfrica, Somalia, Haití, Burundi, Korea, Rhuanda y Yemen.

Parece que el hombre no estuviera habituado a vivir en paz. La cultura de la guerra y de la violencia ha gravitado tan fuerte y largamente sobre él, que le ha restado posibilidades de aclimatarse a la paz y a la tranquilidad, se aleja un conflicto y busca otro, han surgido expresiones increíblemente trasnochadas de racismo, xenofobia y violencia en la culta Europa. La necesidad de enemigos parece ser un imperativo de la sicología humana, si no hay, se lo inventa. El espa-

cio que dejó el enemigo de ayer ocupa el enemigo de hoy y el espacio que éste dejará será ocupado por el enemigo de mañana. El hombre ve gigantes donde solamente hay molinos de viento al estilo del Quijote, y es lo cierto que la humanidad por este camino no alcanza el remanso.

Hoy mismo con la disipación del conflicto Este-Oeste se ha puesto en evidencia con mayor claridad que antes el conflicto Norte-Sur, que sin duda es el más grande de nuestro tiempo; lo fue ya hace más de 10 años en concepto de Willy Brandt cuando preparó su célebre informe sobre las tensiones Norte y Sur. Las dos terceras partes de la humanidad viven en el mundo subdesarrollado. Hay una creciente dependencia de éste respecto de los países industriales. Las distancias aumentan sin cesar. En el campo tecnológico esas distancias son mayores incluso que en el campo político y que en el campo económico.

El Club de Roma ha señalado que el 95% de la investigación científica y tecnológica se realiza por parte de los países del Norte y solamente el 5% por los del Sur. Esto es realmente preocupante y grave porque nos conduce a un círculo vicioso: no podemos progresar económicamente ni impulsar nuestro desarrollo porque no tenemos tecnología y al mismo no tenemos tecnología porque no tenemos como financiarla, y no tenemos como financiarla porque nuestro aparato productivo no produce los excedentes suficientes.

La ruptura de este punto muerto, es sin duda, alguna uno de los mayores retos de nuestra América Latina en los próximos años y quizás de todo el tercer mundo. Y lo grave es que esa dependencia es un fenómeno global, la dependencia económica no es sino parte de una dependencia mucho más amplia que comprende todos los aspectos del desenvolvimiento de los Estados del Tercer Mundo. Y el germen de la dependencia está sin ninguna duda en las diferencias científicas y tecnológicas que separan los países en el mundo.

Si analizamos con profundidad todos los factores de dependencia tienen naturaleza económica. Qué es el poder militar sino ciencia y tecnología aplicadas al arte de matar al prójimo? Qué es el poder industrial si no la misma tecnología enderezada a la producción en serie y en gran escala? Qué es el desarrollo agrícola sino la tecnología citadina trasladada a las tareas de producción de campo? Qué es la eficiencia en la organización de la administración pública sino tecnología al servicio de la ordenación estatal? Qué es, en fin la capacidad de los países poderosos para difundir sus valores éticos y estéticos por todo el planeta sino tecnología al servicio de la comunicación masiva y planetaria.

Convengamos entonces en que todo se resuelve en una palabra: tecnología. No en vano las dos grandes revoluciones industriales fueron producidas por ella: la revolución de las grandes máquinas del siglo XIX, que reemplazó el esfuerzo muscular y físico del hombre por aparatos mecánicos, y la última revolución, la revolución electrónica de la que somos testigos todos los días, llamada a sustituir ya no el esfuerzo físico del hombre sino su esfuerzo mental por equipos tan sofisticados que pueden casi pensar por él.

Planteadas así las cosas, hay que convenir en que hemos abandonado una estructura bipolar del poder mundial con la caída del Imperio Soviético y el mundo se ha quedado avocado a un sistema de gobernación y de poder unipolar cuya primera consecuencia, entre muchas otras para nuestra América Latina, es la onda expansiva del neoliberalismo en la organización política, económica y social de los Estados. Esta onda expansiva que se ha difundido por toda América Latina se caracteriza por: implantar lo que yo llamo el "estado desertor", porque huye del escenario de sus responsabilidades, la derechización política de las cúpulas dirigentes de todos nuestros países, una privatización indiscriminada, (yo no estoy en contra de la privatización, pero sí de la privatización indiscriminada, que incluye servicios públicos y energía y sectores claves de la economía de un país), por el chauvinismo económico que proclama la supervivencia del más apto en este mundo implacable y competitivo de la economía que naturalmente causa el naufragio de los sectores más pobres, más desafortunados, de la sociedad. La concentración de la riqueza impone en definitiva el imperio de la ley del más fuerte tanto en las relaciones internas, como en las relaciones internacionales.

Ahora bien, las propuestas neoliberales son portadoras de una tesis muy habilidosa que se repite con demasiada frecuencia, que es la de que han muerto las ideologías políticas. Yo creo que esta es una de las grandes falacias de nuestro tiempo. En primer lugar, porque simplemente no es verdad que las ideologías hayan muerto, están tan vivas como siempre y tan vigentes como siempre, y tan presentes como siempre en la conducción de los pueblos. Y ellas mismas, y al mismo tiempo es una tesis peligrosa porque al amparo de ella pueden estimularse dos grandes anomalías de la vida política latinoamericana: el golpismo ideológicamente amorfo, surgido de una aventura cuartelera de media noche, o el populismo, que no es otra cosa que el arrebañamiento de las multitudes en torno a ese hechicero del siglo XX que es el caudillo populista, listo siempre a ofrecer el paraíso terrenal a la vuelta de la esquina.

Yo me declaro abogado de las ideologías, ellas son las diversas maneras de entender la libertad, la justicia social, el equilibrio entre

la autoridad y la libertad que tanto preocupaba a los filósofos de la historia, las formas de organización estatal, si el Estado es un fin en sí mismo como quisieron los facistas, o es apenas un medio, un instrumento al servicio de necesidades humanas, como proclamamos todos los que estamos alineados en las escuelas políticas humanistas. Las ideologías indagan la amplitud del concepto mismo de democracia, es un concepto unidireccional que no pasa de la faceta política? o es, por el contrario, un concepto tridimensional que tiene que ver con lo político, con lo económico y con lo social?.

La indagación de si el voto es, como muchos piensan, un punto de llegada, o como nosotros pensamos apenas un punto de partida para la consecución de muchas otras conquistas ulteriores en favor de los sectores populares.

Todo esto está determinado por las ideologías. Ellas son las brújulas que nos señalan el camino, ellas nos dicen lo que hay que hacer y para quien hay que hacer desde el gobierno, que el cómo y el cuánto nos señalarán los esquemas programáticos que son una prolongación particularizada, concreta de los planteamientos ideológicos.

Naturalmente que las ideologías son siempre perfectibles; yo creo incluso que ninguna de ellas es eterna, que todas están sometidas muy rigurosamente a las leyes de la dialéctica que rigen el quehacer universal porque todos los fenómenos de la naturaleza, del hombre, de la cultura y de la sociedad están sometidos a las inexorables leyes dialécticas del movimiento, de la mutación, del perecimiento, de la transformación. Todas las cosas nacen, prosperan, llegan a su plenitud, declinan y mueren. Y las ideologías políticas, en la medida en que son parte de la cultura de una sociedad, no pueden escapar a estas leyes dialécticas.

Yo pienso por tanto que las ideologías no son eternas, pero esto no da derecho a nadie a afirmar que las ideologías han muerto. Es probable que alguna hayan muerto, que alguna haya perecido pero no todas, porque muchas están recién en su ciclo de crecimiento y tienen todavía mucho que recorrer. La ideología debe estar por tanto en permanente integración, la quietud ideológica no existe, ninguna es eterna, como podemos observar muy claramente con lo que ocurre con la ideología marxista que, a pesar de proclamarse socialismo científico, incurrió en la utopía, porque de lo científico pasó a lo dogmático y de lo dogmático pasó a lo upótico.

El marxismo tuvo una gran debilidad desde el punto de vista filosófico de no comprender nunca que es propio de toda proposición científica el ser revisada, modificada, completada, perfeccionada e

incluso sustituida. Esto es lo inherente a lo científico. No puede un grupo de ideas salirse de esa determinación. Si ellos decían que era un socialismo científico debieron haber asumido todas las calidades, todos los caracteres y los riesgos de lo científico, pero no lo hicieron, y desde luego contradijeron las propias leyes dialécticas que ellos contribuyeron a formular, y finalmente, ante la contradicción de ver un mundo eternamente móvil desde un punto de vista inmóvil, se desplomaron.

Sin embargo, en descargo del marxismo debo decir dos cosas, primero que fue autor de la gran advertencia de la fealdad de un mundo injustamente organizado que obligó a cambiar de rutas y a promover rectificaciones substanciales en la organización económica, social y política de los pueblos. Y segundo, que el marxismo se escribió en el siglo pasado, a mediados del siglo pasado, cuando no había todavía física nuclear ni conquista del espacio, ni electrónica, ni ingeniería bio-genética, ni armas nucleares, ni comunicaciones satelitales y ni se vislumbraba siquiera el fascinante mundo de los micro procesadores, de la informática y de todos estos prodigios que ha producido la revolución electrónica, de tal manera que el marxismo quedó al anca de la ciencia y la tecnología, y esto explica también su desactualización.

Ahora bien, volvamos al problema para cuyo tratamiento me ha invitado la Asociación Escuela de Derecho. Bajo el lema de "Modernización del Estado" lo que se quiere en muchos países latinoamericanos por presiones externas e internas de los grupos de privilegio económico, es impulsar un proceso de privatización indiscriminada, desmantelar al Estado de sus elementales facultades y capacidades de regulación de la economía, entregar el comando de ésta a manos privadas y someter todo el quehacer económico a las fuerzas del mercado. Hay una adulteración realmente de la palabra "modernización". Modernizar es actualizar algo, volver moderno algo y tratándose de ideas, colocarlas en consonancia con los tiempos actuales y con relación al Estado, mejorar sus sistemas administrativos, proveer a las necesidades de la justicia social y de la distribución del ingreso en términos de equidad entre todos los que trabajan en el proceso de la producción. En las áreas gestionadas por él, introducir eficiencia y honestidad en la gestión. Esto en definitiva es, desde mi punto de vista, modernizar. Pero aquí y en otras partes este término se, está confundiendo con privatizar, desde luego con finalidades prácticas perfectamente identificables.

Cuál es el problema de colocar todo el proceso económico en manos de las leyes del mercado?. Estas son insensibles para defender algunos valores que toda mentalidad progresista debe estimar en alto

grado, como la justicia social, la protección del medio ambiente, la defensa de los recursos naturales de un país, la cultura, la salud, el desarrollo humano.

Cuando estuvimos en el gobierno esta fue nuestra idea, modernizar el Estado pero en el buen sentido de la palabra y a esa finalidad obedecieron todas las acciones que nosotros instrumentamos en el período anterior. Impulsamos el proceso de integración económica andina, desplegamos dentro de ese marco la zona de libre comercio, dejamos las cosas listas para la unión aduanera que entrará en vigencia desde el 1 de Enero del próximo año.

En el área petrolera, bajo la idea de modernizar, entregamos al manejo de técnicos ecuatorianos el oleoducto, que estaba en manos extranjeras y esto dio grandes ventajas y utilidades al Estado ecuatoriano; pusimos a manejar el consorcio petrolero al socio mayoritario del consorcio, que era el Ecuador, cosa que ha producido también enormes ahorros de dinero a favor del Estado. Y pasamos dos refinerías, porque siempre consideramos que el petróleo es un material estratégico, que estaban en manos privadas, a manos del Estado con estupendos resultados. Expedimos una nueva Ley de Minería, flexibilizamos las disposiciones del Código del Trabajo a través del sistema de la maquila y de la labor a tiempo parcial, para crear posibilidades y fuentes de trabajo para la población económicamente activa de nuestro país, dictamos una ley de facilitación de exportaciones para impulsar esta zona crucial y muy importante del desenvolvimiento económico ecuatoriano, es decir, hicimos una serie de modificaciones dentro de lo que nosotros consideramos el verdadero sentido del concepto de modernización.

¿Por qué no privatizamos algunas cosas? Porque no queríamos que ocurra lo que acaba de ocurrir en la Cemento Nacional, porque las áreas claves de la economía no pueden entregarse a monopolios privados nacionales ni extranjeros. Ahí está el resultado. Este momento no nos interesa saber quién tiene la razón, ni cuáles son las causas, lo que nos interesa saber es que el monopolio de cemento en el Ecuador, porque produce el 70% de la totalidad de la producción cementera, se ha paralizado y han paralizado con eso la industria de la construcción en el país. Este es el ejemplo de lo que nos puede pasar con el petróleo, con la gasolina, con los teléfonos, con la electricidad, con el agua potable. Entregadas estas áreas de la economía a manos privadas, el momento en que el Estado no les de la razón por alguna cosa o no satisfaga sus demandas, simplemente paralizarán las actividades y nos dejarán sin gasolina o sin electricidad, como nos dejaron sin cemento.

Estos son los riesgos de la privatización aparte de otros asuntos muy importantes desde el punto de vista social. Yo recuerdo que en nuestro gobierno entregamos electricidad a alrededor de 800.000 campesinos que nunca tuvieron este servicio y lo hicimos a pérdida, tomando esos fondos de las tarifas que pagaron los sectores más prósperos de la población ecuatoriana. Me pregunto, la empresa privada va a trabajar a pérdida? La empresa privada va a extender las líneas de transmisión y subtransmisión eléctricas hacia los sectores alejados y periféricos de la geografía ecuatoriana? Yo digo que no, porque la lógica de la empresa privada no es la de perder, sino es la de optimizar sus ingresos y sus excedentes, y lo mismo es aplicable a la telefonía; pusimos 100 plantas telefónicas en pequeñas poblaciones que vivieron siempre incomunicadas, pero lo hicimos a pérdida, con el dinero que sacábamos de otros sectores del negocio telefónico. Pregunto, la empresa privada va a hacer este sacrificio? va a dar teléfono a los sectores populares? donde no sea negocio poner una nueva planta, yo creo que no lo va a hacer, no está dentro de su lógica de utilidades.

Estas son las razones principales por las cuales yo tengo algunas reservas sobre el proceso de privatización que tanto entusiasmo a cierta gente. Aparte del asunto tarifas, ya tenemos experiencia en varios países de América Latina, tenemos experiencia de la gente pobre y de la gente de capas medias inferiores que ha tenido que ir a devolver un aparato telefónico porque simplemente no puede pagar las tarifas señaladas por la entidad privada que asumió el control y la propiedad de la telefonía.

Yo no hice ninguna objeción, al contrario impulsé la privatización del teléfono celular porque ese es un teléfono de la cúpula empresarial, el pobre no va a utilizar el teléfono celular. Las empresas privadas pueden poner cualquier precio, cualquier tarifa por ese servicio que a mí no me importa, pero sí me importa, y mucho, las tarifas que la empresa cobre a los sectores menos favorecidos de los usuarios ecuatorianos. No quisiera ver en el Ecuador el espectáculo que se produjo en muchos otros países, del retorno del aparato telefónico a la empresa, porque simplemente las tarifas eran incompatibles con los ingresos de esos sectores de la población.

Naturalmente que aquí hay problemas de filosofía política y de filosofía de la vida. Los propugnadores de las ideas neoliberales están convencidos de las virtudes del sistema, honestamente convencidos, ellos sostienen que el interés personal desata las iniciativas y eso produce una explosión de la producción, que el libre funcionamiento de las iniciativas privadas equilibra las cosas, que la ley de la oferta y la

demanda produce un estado de armonía entre productores y consumidores y regula los precios, que la libre competencia señala los volúmenes de producción que deben darse, que se desplaza además la mano de obra de los sectores donde ella redundaba hacia otros sectores de la producción y que, finalmente, en un mundo idílico de equilibrios, la utilidad premia el acierto de los empresarios y la quiebra castiga sus equivocaciones. Todo esto, les repito, en un mundo maravilloso de armonía y de ausencia de fricciones sociales. Pero eso no existe. Eso es tener una visión distorsionada de la realidad. El defecto que tiene el neoliberalismo es que no se percata de que las personas llegan al mundo con diferentes potencialidades, con diferencias en riqueza, en posición social, en predisposiciones naturales que al final determinarán una diversa ubicación de ellas en el proceso de la producción y en el proceso social en general.

Si no se toman precauciones y esto se deja así, lo inevitable es que el fuerte someta al débil, que el mejor dotado en un esquema de "chauvinismo económico" se imponga y que al final se amplíen mucho más las distancias entre los sectores dominantes y dominados.

Todo esto me da a mí la impresión de que surge de una falsa idea que ellos tienen respecto del fenómeno social, como los marxistas tuvieron del fenómeno humano. Que el despliegue individual produce como consecuencia la prosperidad de toda la colectividad, simplemente no es cierto. El marxismo, en cambio, tenía una falsa percepción del individuo, creía que él es esencialmente altruista, que primero se preocupa de los demás y que sus intereses están mucho después, cosa que tampoco es cierta, y se demoraron 50 años en establecerla. El dinamismo de la producción de los países marxistas se estancó respecto de los otros países precisamente porque el marxismo no tuvo la precaución de crear estímulos para el trabajo del ser humano como el neoliberalismo no se preocupa de establecer limitaciones a la ambición humana. Yo me declaro partidario de un sistema de economía mixta, ni el Estado megalómano de los marxistas que en su delirio de grandeza acapara toda clase de atribuciones, ni el Estado desertor de los neoliberales que huye del escenario y renuncia a su obligación de regular, de establecer los equilibrios y defender las posibilidades y los intereses de los más pobres dentro del país.

Yo no creo ni en el Estado megalómano, ni en el Estado desertor, yo creo en el Estado, que estableciendo un sistema de economía mixta, promueva la compatibilización de los intereses de la sociedad con los intereses y las responsabilidades de las personas, que combine la planificación estatal y la regulación del proceso económico con las libres decisiones de los sectores privados. Creo en la posibilidad de

que un sector privado dinámico pueda conjugar acciones y compartir responsabilidades en el desarrollo del país con un Estado con amplias facultades reguladoras del proceso económico.

En consecuencia, soy partidario de que el Estado y no las leyes del mercado regule los tres grandes precios de la economía, que son el precio del trabajo que es el salario, el precio del dinero que es el interés y el precio de la divisa que es el tipo de cambio. No pueden dejarse estos precios a las leyes de la oferta y la demanda, no hay posibilidades de equilibrio y de equidad en las negociaciones entre el empresario y el hombre que no tiene trabajo y que pide una remuneración. Si llevamos esto a leyes del mercado vamos a perjudicar evidentemente al sector laboral del país y lo propio puede decirse de la fijación del interés bajo el sistema, la presión o la riqueza del sector bancario o de la fijación del tipo de cambio. Creo que el Estado debe fijar estos tres precios. Hay muchos métodos de hacerlo. Nosotros mismos lo hicimos con mucha flexibilidad. No estableciendo reglas fijas e inflexibles, sino todo lo contrario, un sistema de anclaje en el caso de los intereses que permitía a los bancos cobrar algo y al mismo tiempo servía de referencia para lo que ellos debían pagar a los depositantes.

De esta manera controlamos el interés que se paga por el uso del dinero. Y bien, no nos debemos extender mucho, creo que la moda neoliberal pasará y creo que ya hay síntomas de que está de retirada en varios países de América Latina bajo la presión de los desórdenes sociales y del empobrecimiento general de algunos países y arribaremos a un sistema que sea mucho más sensato. Históricamente siempre se discutieron las atribuciones del Estado sobre la economía. Recuerden ustedes que en el Estado intervencionista y autoritario de la monarquía absoluta el Estado era terriblemente inflexible y reglamentario con las actividades económicas de los particulares. Contra ese Estado opresivo, insurgieron las ideas liberales y sostuvieron "el dejar hacer y el dejar pasar", que cada quien se manejara como quisiera y establecieron un Estado cruzado de brazos frente al quehacer económico del general. El resultado fue la concentración de la riqueza en pocas manos, y una pobreza generalizada. Contra este espectáculo surge un socialismo y se va al otro extremo, al extremo de una estatificación que resultó absolutamente infecunda desde el punto de vista económico y así en los últimos años la humanidad ha pasado de la reglamentación autoritaria de la monarquía absoluta, al dejar hacer y al sistema de inhibiciones estatales del liberalismo y del neoliberalismo y que de allí al otro extremo, a la estatificación marxista, que al fracasar han inducido a volver hacia el extremo del Estado inhibitorio, en una especie de actitud de rencor contra el intervencionismo estatal.

Yo entiendo que en ninguno de esos extremos está la verdad económica, que debe buscársela en la rica gama de posibilidades intermedias que se dan entre los dos extremos y creo que así podemos encontrar el sistema que antes mencioné, el de economía mixta, que pueda darnos un Estado capaz de controlar, de dirigir, de orientar la economía y, al propio tiempo, una empresa privada dinámica que pueda tener todas las garantías de desenvolvimiento para que los dos contribuyan al desarrollo social.

Yo no conozco ningún caso de una economía fuerte en un Estado débil y tengo para mí que todas las grandes hazañas económicas y científicas de los Estados de Occidente se han debido a la participación gubernativa. Me refiero a la recuperación europea después de la Segunda Guerra Mundial a través del Plan Marshal. Ese fue un plan estatal. Y a toda la ola de recuperación y de progreso que vino después. Ahora el Japón está buscando las computadoras de quinta generación, pero con un esfuerzo del gobierno, y si miramos hacia atrás desde el descubrimiento de América hasta el primer hombre en la Luna fueron aventuras extraordinarias promovidas por el Estado, no por la empresa privada, por el Estado.

Hemos olvidado que el sistema de inhibición del Estado, produjo en 1930 la gran depresión mundial. Ahí se demostró que el sistema no es bueno. Lleva a la crisis, a una tremenda crisis recesiva. Por tanto tenemos que alejarnos de los dos extremos, y como dije antes, buscar las soluciones en la rica gama intermedia de posibilidades que pueden presentarse y que de hecho se presentan entre los dos extremos. Yo soy por tanto enemigo de dismantelar el Estado como hicieron los liberales, de endiosar al Estado como pretendieron los fascistas, de eliminar al Estado como propusieron los anarquistas, de llevarlo al museo de antigüedades, como intentaron los marxistas. Soy partidario de democratizarlo y volverlo eficiente para que sirva a los intereses populares.

La esperanza de justicia al final del milenio

Dr. Pablo Cáceres ()*

Hace muchos años, que podemos contarlos en miles, las sociedades humanas se han integrado en torno a diversos fenómenos de Poder expresado éste en formas mágicas, religiosas, familiares, de abierta violencia, de autoridades que surgen triunfantes de las batallas o de soberanías que se ejercen en las discusiones democráticas ya en este período de la modernidad que lleva casi dos siglos. Algunos pueblos, sin embargo, perdieron, por distintas causas el motivo de su cohesión, fueron disueltos o incorporados a otros que los conquistaron o, simplemente, dejaron de pertenecer a los registros de la Historia.

Tal parece que la supervivencia de las sociedad y su progreso dependen de la presencia sustancial en ellas de ese factor integrador que ha sido buscado con persistencia por las naciones y combatido sin tregua por sus enemigos.

En la época precapitalista, cuando la Historia Natural, las luces de la ilustración, la nueva visión de la vida y del hombre burgués aún no habían penetrado por las grietas que abrió la crisis del absolutismo, la cohesión de la sociedad se edificó, ante todo, sobre el cimiento de la Religión. Las grandes estructuras religiosas incorporaron a su estatuto dogmático de Fé las reglas que consolidaron la unidad de la sociedad en un acto que la Humanidad vivió lentamente, por los siglos de los siglos, hasta el momento en que la Ciencia explicó los fenómenos de la Naturaleza por fuera de la Revelación y NEWTON propuso la reflexión fundamental para la comprensión del experimento y la aproximación científica.

Fué tan extensa e intensa la vivencia humana de la Religión que, de pronto, cuando aún las contradicciones de las investiduras no se habían olvidado, el sacramento ocupó un lugar preferencial en la

(*) Ministro del Consejo Superior de la Judicatura de Colombia

administración de la justicia. Allí en la sede del juicio increíble de la tortura se unió al fallo terrenal la condena del purgatorio para continuar en el mundo escatológico la manipulación del destino eterno del desgraciado que recibía la sentencia del antiguo juez señorial. Pero, la preocupación de la vida eterna, la edificación moral de la religión, la decisión inapelable en la voz del ministerio sacerdotal, el orden de esa sociedad plagada de privilegios estamentales y el resto de preocupaciones archivadas en la Historia de las mentalidades colectivas, constituyeron el elemento cohesionador de una época ya vieja, destruida por el cataclismo creador de la modernidad que, probablemente, está viviendo sus últimos años de pragmatismo.

El Estado, engendrado en las contradicciones del absolutismo, amamantado y criado con utopías, utilitarismos, discursos fisiocráticos, mezclas incomprensibles de escolástica e ilustración laica en nuestro acontecer del Siglo XIX, movimientos de protesta obrera, reutilización y aprovechamiento taylorista, fordista y de calidad total de la mano de obra, de reingeniería de los procesos productivos y del resto de la dinámica empresarial, opta por una nueva forma de cohesión social. Hoy en día la misma preocupación de las milenarias culturas de Oriente y de Egipto, del legendario Minos, de los rigurosos espartanos, de los militares romanos, de los reyes absolutistas, sus señores y sus cobradores de impuestos, de los shogunes y, en nuestro armónico y absurdo mundo castellano, los jueces de residencia, etc. se hace presente.

Esa es la gran preocupación de las civilizaciones. Con cual elemento o factor se vertebra ahora una sociedad?. Un acto mágico?, Un Totem?, Un gesto?, Un símbolo? Una liturgia del Templo? Un Babilónico? Un Emperador divino o cuasi divino? Una sangre noble? Una espada o una ropa de nobleza? Un racismo? Una violencia contra el género humano? Un terror constituido y legalizado? Un terror agenciado por los particulares? Una soberanía nacional?

La Historia enseña que la civilización de la modernidad elaboró su forma de ser y de subsistir con la, hasta ahora, insustituible potencia cohesionadora del orden fundamental, de las reglas básicas de convivencia y formación política determinantes explicadas en aquel epifenómeno que la doctrina fundada por SIEYES denominó "Poder constituyente". El sistema jurídico es el factor moderno de la cohesión social. Tengo que afirmar que la forma jurídica es el elemento mismo fundamental, es el basamento insustituible. El derecho se presenta, pues, como una relación social que cohesiona, mucho más si es la normatividad adoptada por el Pueblo o sus representantes. Allí está la axiología que el cuerpo social imprimió a

su acontecer diario, a las posibilidades de permanecer incólume ante las contradicciones, de progreso y desarrollo. Allí, en ese espacio normativo actúan los valores, los criterios, los anhelos y las oportunidades de la felicidad.

En la vida de la sociedad políticamente organizada, la representación democrática, que desarrolla, de todas maneras, la orden constitucional, cumple una función sustancial. Por esto, es la manifestación y el deseo del Pueblo expresado en el acto del sufragio, la orden que debe atenderse por quienes llegan al Poder Público transitando el camino de la elección popular y democrática. Estos deseos se consignan en las oportunidades en que son convocados los electores. Las tesis y programas de los representantes se debaten en un amplio proceso que concluye con el acto electoral donde impera la mayoría. Los deseos del pueblo soberano deben ser comprendidos y ejecutados por quien recibe la investidura de representante popular. Pero estos querer son normalmente coyunturales, variables y, a veces, de inspiración transitoria. Algo nos dice que en tales actividades no pueden otorgar permanencia y cohesión a la sociedad.

Al examinar la vida políticamente organizada de nuestras sociedades occidentales encontramos fácilmente que los actos del legislador y de los gobiernos son examinados en orden a definir su permanencia en la sede de los jueces. Una sentencia, como última palabra, decide si las órdenes del legislador o del gobernante están acordes o no con el sistema normativo más general que impone las condiciones de validez a esas determinaciones de autoridad analizadas por el juez. La justicia emanada de la rama judicial del Poder Público es el punto final del debate y del examen procesal de dichos asuntos. Ningún poder por famoso que sea, ninguna autoridad por importante y publicitada que sea, ninguna organización por legítima que sea, escapa al juzgamiento de sus actos.

Sin embargo, la sentencia no tiene la misma suerte. Ella es el resultado de un proceso judicial que tiene una racionalidad y una dinámica propias, que vincula los intereses y los conceptos de todo aquel que, gracias al debido proceso, deba estar presente en el debate. La sentencia, una vez que asuma la autoridad de la cosa juzgada, cuando ya no pueda ser discutida en el interior de lo jurisdiccional, será cumplida. Los demás poderes carecen de toda posibilidad de enjuiciar las sentencias para revocarlas o confirmarlas. Mientras que el fallo judicial somete a sus determinaciones y precisiones los actos de los demás poderes públicos, la sentencia es intangible e intocable por ellos. Aunque la representación política, las

expresiones de las gestas electorales marquen una conducta a los legisladores y gobernantes, sus actos deben cumplirse pero no son definitivos antes del examen de validez en la sede de los jueces.

Las jurisdicciones constitucional, contenciosa administrativa y ordinaria o judicial, cumplen esa sagrada misión como instrumentos de las determinaciones más definitivas y éticas de las Naciones. Su labor persistente dirigida al mantenimiento del orden jurídico como elemento civilizador de cohesión social, es la que le otorga un sentido de permanencia, de solidez y seguridad en el difícil tráfico de las relaciones sociales. Allí está la respuesta de la modernidad. La cohesión de la sociedad se consigue con un ordenamiento que se hace respetar por la última determinación judicial. Es el juez la institución que mantiene el equilibrio de la sociedad y sus oportunidades de subsistencia. Por esta razón, el juez imparcial no se designa de acuerdo con las voluntades electorales ni con los deseos de las fuerzas o agrupaciones políticas coyunturales. Por esto la política transitoria de los partidos es ajena a la misión de la justicia y por ello mismo, el juez debe quedar al amparo de toda ingerencia de los eventuales triunfos o intereses partidistas. Esto es lo que América Latina aspira cuando proclama una justicia independiente y autónoma.

Es claro que el sistema jurídico se realiza mediante las cotidianas sentencias judiciales. En él actúan los elementos que consolidan la formación social. Allí está nuestra moral y la base de todo futuro y de la realización de toda esperanza. Por estas razones se comprende que el fin del proceso no se logra con la metodología o la estrategia finalística, pragmática o utilitaria que aprecia el derecho como la simple justificación de un interés. Con ese enfoque de la justicia no se alcanzaría la protección efectiva de los derechos y libertades ni los demás beneficios del orden jurídico. Ese camino que conduce del interés concreto y pasa por un tortuoso proceso para formular "ad hoc" el sentido de una normativa aplicable, no es el que sirve precisamente para la subsistencia y progreso de la sociedad. Esto, si esto es el llamado nuevo derecho, se coloca en contravía de la historia, de la vida en civilización, de la paz y del progreso. Porque nadie puede admitir, válidamente, aún en las últimas oportunidades de la post-modernidad, que el esfuerzo gigantescos de la constitucionalidad dependa del deseo políticamente preponderante o de la interpretación arbitraria de los fenómenos sociales, para que sus valores fundamentales sean respetados por el juez, por el gobernante o por los ciudadanos.

Las sociedades piensan y actúan en otra dirección. Una vez conformadas someten a sus prescripciones jurídicas y morales la praxis de los asociados. Pero no justifican los actos con formulas a posteriori, creando un extraño orden jurídico imcomprensible, y objetivamente vago e inexistente que no cohesiona sino que disuelve y destruye.

El sistema jurídico se vertebra con las estructuras morales, científicas y de convivencia que están objetivadas en una normativa cuya dinámica la interpreta y conduce el juez diariamente. El derecho es una relación social, preexistente a todas las pretensiones sometidas a la confrontación judicial. Por ello tiene que responder a la velocidad y complejidad de la exigencias sociales y despojarse del acartonamiento y la inmovilidad propias del atraso para ponerse al día con la realidad de nuestra época. Pero en esta evolución dinámica no hay nuevos derechos, sino nuevas relaciones, todas ellas edificadas sobre la realidad de un sistema que respalda axiológicamente la determinación judicial e inspira la justicia.

El juez asume, por lo tanto, la responsabilidad de realizar la cohesión social porque ese es el destino del orden constitucional. El juez tiene un sitio y una dignidad que recibe el respeto de todos. A su sagrada misión no puede oponerse la acción de las armas clandestinas. A cualquier persona que vive la finalización del presente milenio no le es ajena la importancia del juez en el trasegar cotidiano de la civilización. Por estas razones ante la profunda crisis de la sociedad estatal, cuando los hechos demuestran la creciente corrupción que depreda las estructuras de convivencia, cuando los tradicionales dominadores del acontecer político pierden legitimidad o se comprometen en conductas reprobables, la sociedad vuelve sus ojos al juez, lo aprecia como la última posibilidad de restauración, de paz y de progreso. Siguen siendo estos últimos años de nuestro milenio, y lo serán los primeros del entrante los testigos de la hora de los jueces.

Sin embargo, las condiciones en que supervive nuestra Colombia no son las mejores para la justicia. Debo repetir, porque es el momento de hacerlo, las consideraciones que en la instalación de los Consejos Seccionales de la Judicatura presenté a la consideración de la opinión pública. Ahora, en un ambiente más amplio.

El Estado que en el Siglo XX ha dado muestras de ineficacia, que a diario se arrincona frente a la acción de los grandes delitos que en el sistema económico mundial han logrado un lugar de privilegio, debe optar por la democracia y su presencia soberana con base en

la justicia. La creciente actividad del narcotráfico, estructurado, como un instrumento de acumulación de capital frente al cual las grandes democracias del mundo superdesarrollado, dueñas de la ciencia, de la tecnología y hasta de la creatividad de la ficción para el futuro, no hacen nada eficaz para combatirlo, obtiene a diario espacios en el control creciente de las relaciones sociales.

La persistente acción de múltiples grupos alzados en armas, enarbolando banderas políticas de incierto contenido y desconocidas finalidades, han venido desplazando en la geografía de la Patria la acción pacificadora y civilizadora de la justicia. Nuestros jueces están condenados a la inacción, a observar inermes y amenazados cómo desde el poder físico de las armas ilegales se ordena la suerte de los derechos y las libertades, de las relaciones familiares, de la titularidad de las situaciones jurídicas, en general, de las discusiones de las gentes, sobre las cuales una vez la Humanidad decidió que debía definir las un funcionario autónomo, independiente, imparcial y legítimo que mediante una sentencia impartiera justicia en nombre del pueblo y por autoridad de la ley.

La realidad de una violencia generalizada que no ha encontrado una salida de éxito en los grupos armados porque la democracia es una objetividad insustituible, tiende a paralizar la justicia en muchas partes. Las posibilidades mínimas de un diálogo fueron desapareciendo de la misma manera como se fué extinguiendo, lamentablemente, la Comisión de Paz de alto nivel en la cual los expresidentes de la República aportaban el consejo y la palabra de su experiencia y de su sentido patriótico de concordia ciudadana.

Si quienes portan las armas clandestinas poseen como dicen un pensamiento político sobre el destino de Colombia, no podemos comprender cómo su alianza táctica sea con ciertos grupos de oscuros intereses y no con la paz mediante su desarme para la abierta participación en la democracia y en la configuración de la esperanza de esta patria sacrificada en una violencia sin sentido ni futuro. No entendemos cómo el país con la inmensa riqueza que tiene y la que llega en poco tiempo con los descubrimientos de nuevas fuentes energéticas, se mantengan parte de sus hijos divorciados de la decisión sobre la mejor utilización de esos beneficios de la Naturaleza y, por lo tanto, de la posibilidad de ofrecer soluciones a la creciente brecha entre las necesidades de grandes sectores de la población y el progreso ineludible de la sociedad. No entendemos que los discursos sobre la paz sean unilaterales, intolerantes, egolátricos, sin legitimidad ni asomo de sinceridad alguna y se insista en una lucha que en todos los rincones del mundo ha demostrado su

fracaso. La democracia y la apertura franca y sincera de los espíritus vigente en todos los colombianos, subrayan el derecho y la justa aspiración a una civilización de la concordia y al rechazo de la muerte como alternativa de poder.

Hasta aquí lo dicho en aquella oportunidad.

Pero los esfuerzos del Estado colombiano, para lograr una normatividad y un ambiente de civilidad acorde con las exigencias de estos tiempos, no pueden ser contestados con el secuestro, el atentado, el asesinato, la depredación de la riqueza natural y con el gesto incivilizado de la agresión intolerante.

Este reclamo de la justicia debe ser atendido. Los jueces deben ser respetados y acatadas sus decisiones como expresión democrática de la paz.

A la necesidad planteada, se unen otras consideraciones vinculadas al desarrollo institucional. El Consejo Superior de la Judicatura ha elaborado una idea de justicia y un pensamiento de autonomía que, en el trabajo conjunto de la Comisión Técnica para la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia quedaron expresados con toda claridad. La colaboración armónica de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Fiscalía, de la Procuraduría y del Gobierno Nacional a través del Ministerio de Justicia dieron como fruto ese proyecto que se dejó a la consideración del Congreso de la República. Pero, parece que la agenda legislativa relegó a un segundo plano esa propuesta.

El País debe saber que esta era posiblemente la primera ocasión que en toda su historia el Congreso tenía la oportunidad de conformar su idea de justicia. La historia de nuestra legislación nos enseña que la normatividad que nos gobierna provenía de las facultades extraordinarias, del ejercicio del estado de sitio, de las diversas salidas de excepción que regían con la anterior constitución. En muy pocas ocasiones los códigos, las legislaciones importantes y de gran ambición, surgieron del debate democrático del Congreso. Casi siempre el decreto de urgencia, la norma transitoria, el inmediateismo legislativo de esos decretos, etc. caracterizaron la fuente de nuestro derecho. Rara vez el Congreso estudió la estructura de la justicia, indagó las necesidades de la sociedad en estos campos, se preocupó por la planificación y la pertinencia de los presupuestos y, en fin, todos esos temas propios que conducen a la configuración de una justicia pronta y eficaz.

Ahora, la presente legislatura tuvo la oportunidad de ese debate. El nuevo Congreso surgido de las soluciones constitucionales de 1991 debió pronunciarse. No lo hizo. El atafago legislativo, el pupitrazo rampante y las demás angustias de la representación política aplazaron para que otra legislatura, posiblemente sin los apremios de su reelección, se ocupe del tema. Da pena pero es así. Aguardemos ese momento. Mientras tanto seguiremos adelante con esta empresa de la justicia, de su independencia, de la estabilidad de sus jueces y funcionarios para edificarla cada día con los mejores elementos axiológicos y culturales de nuestro tiempo, y, ante todo con la consulta de la necesidad de justicia que el pueblo colombiano reclama.

Esta condecoración que ahora imponemos es el símbolo del reconocimiento ciudadano a la labor de los mejores servidores de la justicia, a la abnegación en su trabajo y a la fé que cotidianamente deben reiterar por Colombia. Al felicitarlos por este homenaje, debo señalar una vez más, que la opción de la justicia es la opción de la vida y de la paz.

Aunque por razones que no queremos entender se busca que la memoria colectiva flaqueé para que en ella se debilite el recuerdo del holocausto, aunque del holocausto se nos quiera llevar conciente o inconcientemente al olvido, porque en el último aniversario los acusados medios de comunicación no lo registraron y le dieron preferencia a las noticias grotescas del momento, quienes hemos asumido este destino de la justicia tenemos que mantener vivo ese episodio de la historia colombiana para que en esta hora de los jueces, cuando la sociedad espera todo de ellos, se siga el ejemplo de quienes se sacrificaron, en el altar de la violencia, por la redención de la Patria.

Medios alternativos al proceso en la solución de conflictos

Dr. Alberto Wray ()*

El propósito de este trabajo es proponer algunas ideas generales respecto de la contribución que el empleo de soluciones no procesales puede significar para el mejoramiento del sistema de administración de justicia. No se intenta, por lo mismo, un análisis del arbitraje ni de la transacción en cuanto instituciones jurídicas, ni se pretende sostener una tesis doctrinaria específica sobre alguno de los múltiples puntos de controversia en este campo. Se quiere, simplemente, esbozar las líneas generales de una reforma de la legislación nacional aplicable a la solución de conflictos mediante el empleo de medios no procesales.

1. El derecho y la solución de conflictos

La disputa, el conflicto de intereses manifestado en las formas más diversas, dicen los sociólogos, es normal en toda relación, grupo u organización y no necesariamente constituye indicio de un estado crítico.

Lo peligroso, lo que podría acarrear efectos nocivos, no es la presencia del conflicto, sino la incapacidad para controlarlo.

Un conflicto se controla no cuando termina o se extingue, sino cuando su terminación obedece a un propósito racional, puesto en práctica como alternativa al desencadenamiento libre de las fuerzas en juego. Cuando dos fuerzas antagónicas se enfrentan, el conflicto termina con el sometimiento de una de ellas. En este supuesto, el conflicto no ha sido controlado, simplemente, ha concluido como resultado de su propia dinámica.

(*) Profesor de Derecho Civil de la Facultad de Jurisprudencia de la P.U.C.E.

Aunque históricamente algunas de las principales mejoras sociales hayan tenido su origen en conflictos resueltos mediante fuerzas destructivas, la subsistencia de la sociedad, o, para con mayor precisión, la subsistencia de un orden determinado en la sociedad, requiere que los conflictos, o al menos, cierto tipo de ellos, se controlen, es decir, se superen mediante la aplicación de ciertos procedimientos racionales.

Una de las funciones tradicionalmente asignadas al ordenamiento jurídico en el estado moderno, tiene que ver precisamente con la solución de conflictos. Para cumplirla, el Estado ha institucionalizado un método específico de solución de conflictos, el proceso, consistente en la intervención de un tercero imparcial llamado a dar la razón a uno de los contendientes mediante la aplicación de criterios pre-establecidos y siguiendo un procedimiento también establecido previamente. El tercero neutral representa precisamente al Estado y actúa por lo mismo con el respaldo del único poder autorizado para la aplicación de la fuerza. Para que este procedimiento pueda funcionar, el derecho establece reglas con un triple propósito:

- a. Determinar, en primer lugar, qué tipo de conflictos le interesa a la sociedad que alcancen una solución controlada;
- b. Establecer, en segundo término, los mecanismos de solución; y,
- c. Fijar, por último, las pautas para la evaluación de la conducta, llamadas a servir como criterios de solución.

1.1. El doble papel del ordenamiento jurídico

La existencia de criterios de solución previamente establecidos expresados por medio de reglas susceptibles de conocimiento general, permite no solamente el control de los conflictos post-factum, sino, además, disminuir la frecuencia de las controversias explícitas: se trata del efecto conocido como prevención y que consiste en la eliminación de la controversia gracias a la autolimitación de una de las partes en sus pretensiones posibles, basada en la predicción de un resultado final desfavorable.

1.2. Alternativas frente al proceso: autocomposición y heterocomposición

El proceso, entendido como la secuencia de actos que conduce a la sentencia y por ésta, a la cosa juzgada, no es la única forma de solución de conflictos. Ni siquiera es la única reconocida por el ordenamiento jurídico. Es solamente una de formas posibles de heterocomposición.

ALCALA ZAMORA clasifica a las formas de composición en dos grupos generales: aquellas en las cuales el conflicto se supera gracias a la acción de los propios contendientes, como la transacción, el desistimiento y el allanamiento, a las cuales llama formas de autocomposición, por un lado, y, por otro, aquellas otras en las que la solución se alcanza gracias a la intervención de un tercero, como en la mediación, el arbitraje y el proceso, a las cuales denomina formas de heterocomposición.

La legislación procesal, al tiempo que regula el desenvolvimiento del proceso, abre también la puerta a la posibilidad de que el conflicto termine o concluya por medios distintos de la sentencia: el Código de Procedimiento Civil regula la forma y los efectos del desistimiento (arts. 382 a 399), del allanamiento (arts. 401 a 403) y del arbitraje (arts. 956 a 992). El Código Civil, por su parte, reconoce a la transacción y la define como un contrato en cuya virtud las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual (art. 2372) para regular a continuación su forma y efectos (arts. 2373 a 2390).

1.3. La prevalencia cultural del proceso

Comparado con las otras formas de composición, el proceso tiene la ventaja de su funcionalidad aun bajo el supuesto de un desacuerdo absoluto. En efecto, todos los otros medios de solución de conflictos requieren en alguna medida de una concesión voluntaria de las partes: en el desistimiento y el allanamiento, uno de los contendientes cede, gracias a lo cual prevalece el interés del otro; en la mediación, la aproximación y las fórmulas de arreglo deben ser aceptadas por ambas partes y en el arbitraje, éstas deben tener acuerdo al menos en la intención de poner fin al conflicto mediante el acatamiento mutuo del parecer del árbitro.

Aunque no solamente esta funcionalidad ante la ausencia total de acuerdo, es lo que condujo a la difusión y a la prevalencia cultural del proceso, de entre los múltiples factores cuya concurrencia advierte a este propósito la Sociología Jurídica, interesa mencionar dos: la exigencia de racionalidad, como elemento necesario del cálculo económico, por un lado y la consolidación del poder estatal, por otro.

Refiriéndose a las transformaciones sociales producidas con el surgimiento y ascenso de la burguesía, observaba WEBER que la prevalencia del derecho romano, como resultado histórico, no provino de una adecuación mayor del derecho romano sustantivo a las necesidades del capitalismo en emergencia, sino que fue debido "a su forma

racional y a la necesidad técnica de poner los procedimientos en manos de especialistas racionalmente formados", porque "la naturaleza compleja de los asuntos producidos en una economía cada vez más racionalizada, no podía ser enfocada con las toscas técnicas de los antiguos juicios por ordalías o por juramentos, sino que requería una técnica racional de investigación de los hechos". De esta manera, aunque el conocimiento de las técnicas alternativas como el arbitraje y la mediación es históricamente más antiguo que el proceso, la prevalencia de este va consolidándose con el Estado moderno y se constituye, precisamente, en una de las características de éste. El arbitraje se mantiene como una práctica destinada a dirimir las controversias inter pares, dentro de un grupo que, como defensa, desarrolló desde el renacimiento tardío variados mecanismos de cohesión y fortalecimiento de la solidaridad interna: el de los comerciantes. La conciliación, como propósito, queda reducida a una incidencia dentro del proceso. Ambos procedimientos florecen, sin embargo, en un ámbito que estuvo tradicionalmente caracterizado por la ausencia de una autoridad con poder para imponer formalmente su criterio o decisión: el de los conflictos internacionales.

2. La crisis de eficacia del proceso

El proceso requiere de ciertas condiciones para que pueda manifestarse como un mecanismo eficaz en la solución de conflictos. Es clásico el análisis desarrollado por FULLER a partir de un caso hipotético en el que caricaturiza, llevándolos al extremo, siete defectos cuya presencia limita la eficacia de cualquier sistema de administración de justicia. Los defectos examinados por el profesor de Harvard corresponden a la ausencia de alguna de esas condiciones, que aquí se agrupan, con fines analíticos, en torno a tres aspectos: la posibilidad efectiva de instar, la oportunidad de las respuestas y el grado de aceptación social de las soluciones.

2.1. Las condiciones de eficacia:

Estas condiciones no son necesariamente normativas. La bondad de los contenidos normativos o, en otras palabras, los valores que las normas generales reconocen, limitan o proscriben, tienen incidencia solamente indirecta, porque sus efectos están mediatizados por la forma en que tales contenidos sean entendidos y efectivamente aplicados por los jueces al resolver los casos concretos.

Todavía más: hay factores extranormativos cuya incidencia puede ser definitiva. En el ejemplo de FULLER, la inadecuada distribución de los jueces, concentrados geográficamente en relación inversa con la densi-

dad de la población, conspira contra la eficacia del proceso si, además, el desarrollo de las comunicaciones y el transporte es deficiente.

a. Acceso abierto

Para que el sistema funcione, tiene que ser asequible a los individuos. El acceso abierto supone, en primer lugar, ausencia de limitaciones formales. En este sentido, no caben normas discriminatorias mediante las cuales quede limitada la capacidad de instar en demanda de justicia a solamente cierto género o clase de individuos y proscriba o vedada para los demás. Si bien el carácter discriminatorio de este tipo de normas es bastante evidente, no siempre aparece con la misma claridad la función limitativa de otro tipo de exigencias formales, como las relativas al cumplimiento de requisitos adicionales a la mera formulación del pedido, aunque tal exigencia se proponga en condiciones de igualdad. Uno de los ejemplos más claros de este tipo de limitación, puede ser el de las normas mediante las cuales se exige un número mínimo de peticionarios, como el que la Corte Suprema requería en su célebre Estatuto de Control Constitucional para legitimar la instancia en contra de las leyes inconstitucionales. Hay sin embargo requisitos adicionales cuya exigencia puede considerarse justificada por la necesidad de precautelar otros bienes: cuando las normas procesales establecen la obligatoriedad del auspicio profesional de un abogado, lo que buscan es precisamente que los intereses del peticionario se hallen mejor protegidos. Pero no por ello dejan de constituirse en limitaciones a la posibilidad de instar: establecerlas o no, será una cuestión de prudencia política antes que de consideraciones puramente abstractas.

Esto conduce a que el análisis aborde necesariamente los aspectos fácticos. La disponibilidad de abogados, la distribución de éstos y la de los jueces en relación con la población; el costo de los servicios legales frente al nivel de ingresos, harán que el acceso a la justicia en un determinado sistema sea más o menos abierto, con independencia del grado de perfección intrínseca de las normas o de las virtudes de los jueces.

b. Oportunidad de la respuesta

El sistema formal de administración de justicia debe emitir sus respuestas antes de que los conflictos se hayan extinguido como resultado de su propia dinámica, o hayan degenerado en otros. La mala distribución del trabajo entre los jueces, el escaso número de éstos frente al de las demandas, la falta de agilidad en los procedimientos son las circunstancias que de ordinario generan el retardo y producen la congestión en el trabajo judicial.

c. *Legitimidad de la respuesta*

Aunque la respuesta sea oportuna, la población dejará de acudir al sistema formal en demanda de justicia si las soluciones se presentan ante los ojos de la opinión ciudadana como arbitrarias.

La sensación de que las soluciones judiciales son arbitrarias se produce ordinariamente como consecuencia del tratamiento judicial desigual. Cuando los jueces ofrecen para casos idénticos respuestas distintas, la creencia de que tanto el juez como el ciudadano están obedeciendo al mandato impersonal de la ley, aparece contradicha por los hechos.

La falta de motivación explícita en las decisiones, puede conducir al mismo resultado.

2.2. El carácter marginal de la justicia formal

Cualquier caracterización del sistema de administración de justicia en el Ecuador, pondrá en evidencia dos tipos de problemas:

- a) Los que afectan a la calidad de la respuesta, es decir, al grado de legitimidad social de las decisiones judiciales: preparación técnica de los jueces, su integridad y honestidad.

Las soluciones para estos problemas dependen de variables poco susceptibles de modificarse en el corto plazo, tales como la calidad de la educación y la combinación adecuada de incentivos y mecanismos de selección. La circunstancia de que no se puedan esperar resultados inmediatos, lejos de justificar la inacción, vuelve más urgente la adopción de medidas correctivas, tanto porque aluden a cambios profundos y, por consiguiente, de efecto más duradero, como porque solo al atacar estos problemas se producirán cambios cualitativos apreciables.

- b) Las limitaciones en el acceso a los servicios de justicia dependen, en general, de factores más flexibles: costos, duración del proceso judicial, aspectos cuantitativos en la distribución de los servicios de justicia.

Una exploración estadística de la realidad judicial en el Ecuador mostrará que la gama de casos sometidos a la decisión judicial se ha reducido, aunque en números reales, haya cada vez más demandas que esperan ser resueltas por los jueces. Esta aparente paradoja, ob-

dece a consideraciones económicas y, fundamentalmente, al fenómeno inflacionario.

En efecto, del lado de los pobres, la caída del salario real hace que sea menor el número de los que pueden cubrir el costo de la justicia: abogados, transporte y gastos conexos. Además, el valor de las cosas objeto del eventual litigio, aunque sea significativo para ellos, estará siempre muy cerca de la recuperación negativa, es decir aquella en la cual el valor de lo que se obtiene es menor de lo que se gastó para obtenerlo. Para este grupo -en el que cabe la mayoría de la población nacional- el sistema judicial es, actualmente, inexistente, porque aunque la ley no los restrinja de manera expresa, las posibilidades reales de acceso a la justicia son nulas.

Esta deficiencia ha obligado a que los conflictos de la mayoría de la población se solucionen por medios informales: la intervención de tenientes políticos y comisarios de policía en asuntos que no son de su competencia, a más de ilegal y proclive a todos los abusos conocidos, será inevitable mientras no se ponga al alcance de la población un medio formal adecuado.

La justicia formal ha quedado casi reducida a la condición de un servicio marginal.

La lentitud en la administración de justicia obedece, en gran medida, al crecido número de casos que cada juez debe atender. Cualquier intento que busque solucionar el problema solamente mediante el incremento en el número de jueces, resultará insuficiente en el corto plazo, porque el incremento en el índice de conflictividad será siempre superior a la capacidad fiscal para incrementar el número de judicaturas. Además, el mejoramiento circunstancial del sistema, producirá un aumento en la confianza del público y, consiguientemente, un incremento adicional del índice de conflictividad: mientras entre nosotros la deficiente calidad de los servicios de justicia, actúa como disuasivo, en Estados Unidos, por ejemplo, el congestionamiento de las cortes obedece al exceso de confianza del público en la eficacia de su sistema de justicia.

Ante la imposibilidad de que el problema pueda solucionarse mediante el simple aumento en el número de judicaturas, en muchos países se han promovido y establecido programas para descongestionar el trabajo judicial a partir de medidas orientadas a disminuir el número de casos sometidos a la decisión de los jueces. Estas medidas consisten en general en la aplicación de mecanismos alternativos de solución de conflictos, tales como la mediación y el arbitraje.

3. El auge internacional de los medios alternativos de solución de conflictos

La preocupación actual por los llamados medios alternativos para la solución de conflictos proviene, en Estados Unidos, de la propuesta formulada por el profesor Frank Sanders en el seno de la conferencia convocada en 1976 para conmemorar el famoso discurso de Pound sobre "Las causas de la insatisfacción popular con la administración de justicia". Ante abogados, jueces y académicos, Sanders presentó una ponencia titulada "Variedades de solución de conflictos", en la cual desarrolló la idea de una "corte de múltiples puertas" (multidoor courthouse). La idea central es que en toda pretensión subyace el interés por alcanzar solución a un conflicto, siendo el juicio y la sentencia solamente medios para lograrlo. Si lo que importa es la consecución del fin, resulta legítimo sustituir el medio por otro más eficaz o más idóneo, de manera que la demanda, luego de un somero análisis por expertos, podría remitirse, según las características del caso, a un procedimiento de mediación, al conocimiento de árbitros, a distintas modalidades de juicio abreviado (mini trial, fact finding process) o a un juicio regular. La idea, recogida por la poderosa entidad gremial de los abogados (American Bar Association), germinó y condujo a que se estableciera el procedimiento con fines experimentales primero, y se generalizara después, llegando a ser adoptado como obligatorio en muchos estados. Hoy, es frecuente que los jueces ordenen a las partes a participar en procedimientos conciliatorios o arbitrales o a someter su diferencia al dictamen de un perito o de un experto. Todas las facultades de derecho han incorporado a sus planes de estudio no solamente cursos, sino también programas especiales de entrenamiento y se han multiplicado las personas y organizaciones que se dedican profesionalmente a diversos aspectos relacionados con la solución no judicial de conflictos.

Es interesante observar que el proceso ha conducido también a la implantación y desarrollo de modalidades inéditas, como la llamada evaluación neutral (Early Neutral Evaluation) establecida en 1985 con fines experimentales en una corte federal de California y extendida rápidamente a otros distritos. Consiste en que un abogado experto, designado por la propia corte, luego de oír a las partes y de examinar sus pruebas, hace una evaluación del caso, para mostrar a cada uno de los contendientes los puntos débiles y los peligros de su tesis, así como los aspectos de coincidencia o aproximación y facilitar una solución negociada.

Otra innovación interesante es la relacionada con el establecimiento de centros de conciliación tanto en zonas urbanas de alta con-

flictividad como en áreas rurales de difícil acceso. La eficacia de estos establecimientos ha llegado a niveles tan altos y su prestigio se ha incrementado tanto, que las propias cortes les remiten los casos: estadísticamente, solamente uno de cada cinco vuelve a la corte para continuar el proceso normal.

En Colombia, la Ley para la Descongestión de los Despachos Judiciales (Ley 23 de 1991), ha previsto el establecimiento de centros de conciliación a cargo de organizaciones no gubernamentales, siendo tal establecimiento obligatorio para las Facultades de Derecho.

Los programas de reforma judicial que impulsan en América Latina el BID y el Banco Mundial, contemplan segmentos orientados a difundir el empleo de medios alternativos para la solución de conflictos.

4. Los medios alternativos para la solución de conflictos en el Ecuador

En la legislación nacional parece estar implícita la idea de que los medios para la solución no procesal de conflictos, tienen un carácter más bien marginal.

En efecto, tanto la legislación como la formación de los abogados, parecen haberse concebido como si el proceso fuera la única puerta de salida. Esto responde a la creencia de que la conciliación es un resultado más o menos espontáneo de la relación inter partes y de que, salvo el arbitraje, los otros medios alternativos son idóneos para controversias de poca monta. Esta es la manera en la que se ha concebido la propuesta de establecer una justicia de paz, por ejemplo.

Estas ideas deben ser superadas. Cuando se habla de formas alternativas al proceso, de lo que se trata es precisamente de lograr que la mayoría de los conflictos no llegue a la instancia procesal, volcando hacia ese propósito a los mismos jueces, tanto como a los abogados y al público. Esto supone, por cierto, reconocer la posibilidad de que la solución alternativa de conflictos pueda ser aplicada a una gama muy amplia de controversias.

El principio según el cual pueden ser susceptibles de transacción solamente los derechos respecto de los cuales cabe renuncia, deja fuera de las posibilidades a una gama demasiado amplia de conflictos. En la realidad, muchas de esas controversias se solucionan por medios informales: así ocurre por ejemplo con los conflictos familiares, aun los de naturaleza no patrimonial.

En materia penal, también podría modificarse el régimen de muchas infracciones, particularmente aquéllas de contenido patrimonial que afectan intereses individuales, y que no denotan especial peligrosidad, de manera que la reparación del daño o el acuerdo con la víctima pongan fin al conflicto.

a. La mediación

Aunque la legislación procesal vigente contempla como obligatoria en todo tipo de litigio una instancia de conciliación, la eficacia de ésta es prácticamente nula, porque no existe ningún elemento que actúe sobre el ánimo de las partes, de ordinario alterado por una controversia que apenas comienza. Nadie propone fórmulas conciliatorias, nadie se empeña en mostrar a cada una de las partes las alternativas posibles y nadie les ayuda a evaluarlas.

El adecuado desempeño de todas estas tareas, supone el dominio de ciertas técnicas, ajenas al conocimiento ordinario del personal judicial y extrañas a la mentalidad de la mayoría de los abogados, formados pensando en la confrontación y el litigio, antes que en el acuerdo. De otra parte el juez, supuestamente llamado por la ley a buscar la conciliación, se ve impedido de cumplir esa tarea, porque de ordinario la mira como incompatible con su papel en el juicio. En efecto, el acuerdo entre las partes no se alcanza sino al cabo de un proceso de negociación que debe ser conducido por un tercero, ajeno al conflicto: un mediador.

No es realista la pretensión de que el juez, a más de los conocimientos, dotes y habilidades propios de su cargo, sea experto en técnicas de mediación. La propuesta de Sanders tiene la ventaja de permitir que los jueces impulsen la conciliación, sin involucrarse personalmente en el trato continuo con las partes.

Específicamente podría abrirse el camino a dos medidas: el establecimiento de oficinas especializadas de mediación, para que trabajen en coordinación con la Función Judicial, por un lado y, por otro, la creación de centros comunitarios de conciliación, a semejanza del modelo colombiano, para que sirvan directamente en las zonas de la comunidad más conflictivas o menos asequibles. Para que estos centros funcionen, debe modificarse el carácter de la transacción, dándole cierta fuerza ejecutoria si aparece refrendada por un mediador autorizado.

b. El arbitraje:

Las posibilidades de que las partes sometan sus diferencias, parti-

cularmente en el campo contractual, a la decisión arbitral, se ven seriamente limitadas por dos factores: en el orden normativo, las exigencias inadecuadas de las leyes procesales vigentes para la validez y eficacia de la cláusula compromisoria en ámbitos distintos al comercial; y, en el orden práctico, la falta de conocimiento acerca de las ventajas del sistema y de la forma de manejarlo, por parte de la mayoría de los abogados.

5. Cambios en la educación legal

El efecto de las reformas legales y de los cambios en la práctica judicial será limitado, mientras no se produzca un profundo cambio en la cultura legal: la formación de los abogados no puede seguir centrada en el litigio y, lo que es peor, en un conocimiento meramente descriptivo del litigio. Semejante orientación, confrontada con la práctica profesional, resulta todavía más absurda: una encuesta entre los egresados de la Universidad Católica, reveló que el 42.8% de los abogados graduados en los últimos 10 años, jamás ha litigado. De los que lo han hecho, apenas el 10.7% tiene al litigio como parte de su actividad profesional habitual.

La formación universitaria debe orientarse hacia el desarrollo de habilidades específicas relacionadas con el manejo de conflictos, tanto como a la técnica y la estrategia procesales. La negociación legal y el tratamiento de los temas inherentes a los medios alternativos de solución de conflictos, así como el entrenamiento en las técnicas especiales que requiere su adecuado manejo, deben introducirse de inmediato en los programas académicos.

El Sistema penal Norteamericano

Dr. Ramiro Avila Santamaría ()*

Un juez magnánimo, serio, sabio, con toga. Un grupo de personas, de todos los colores y formas, que escuchan el juicio con atención. Un abogado que acusa y otro que defiende, que interrogan sagazmente al testigo y que se mueven por todo el estrado. Un acusado que tiene la mirada perdida. Un público curioso y expectante. «Objeción!», «No ha lugar», «acérquense los abogados», «el jurado declara culpable», dos martillazos, «todos de pie»...

Esta es, más o menos, la imagen que nos exportan los norteamericanos a través de las películas. Películas como JFK, Kramer vs. Kramer, Caja de música, el Veredicto, despiertan una fascinación especial para los que se relacionan con el Derecho. En la universidad, en cambio, cuando se refieren al derecho anglosajón, nos hablan de los precedentes, del juicio oral y del derecho consuetudinario.

Cuando uno se aproxima al procedimiento penal ecuatoriano y latinoamericano y trata de establecer semejanzas con el norteamericano es cuando surgen innumerables interrogantes: ¿cuáles son las características de este sistema penal? ¿cuál es el rol de los sujetos procesales?, ¿cómo se negocia la pena?, ¿cuáles son las etapas del proceso?, ¿qué es el jurado y cómo se conforma?, ¿qué efectos tiene la decisión del jurado?

Este artículo pretende dar una visión panorámica, con datos objetivos y también impresiones personales, del sistema penal norteamericano, centrado en sus características y en una síntesis de tres de sus instituciones: sujetos procesales, etapas del proceso y la ejecución de las penas.

(*) Profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE

1. SISTEMA ACUSATORIO GARANTISTA

El sistema penal norteamericano, a pesar de que existen notables diferencias entre los procesos y los procedimientos de los Estados y del Estado federal, existen ciertos principios y características comunes:

- 1.1.** Principio de oportunidad o discrecionalidad por el que no existe la obligación de ejercer la acción penal y, en casos en los que se ha ejercido, se puede suspender la sustanciación del proceso por voluntad de ciertos sujetos procesales. Por este principio, no toda infracción cometida implica un juicio.
- 1.2.** El titular de la acción penal es exclusivamente el Ministerio Público. Actúa por iniciativa propia, a instancia de parte o por la noticia que le transmite la policía.
- 1.3.** La función judicial es un verdadero poder, imparcial e independiente. Están sometidos a la Constitución y la Ley. Los jueces y magistrados son personas de gran prestigio y son sumamente respetados.
- 1.4.** El poder ejecutivo, a través de los fiscales y de la policía, es el encargado de investigar los delitos. En otras palabras, en los Estados Unidos no existe el concepto de un juez investigador y su papel en la investigación, en consecuencia, es limitado. Sin embargo, el juez, en ciertas actuaciones durante la investigación, es el único que puede autorizar ciertos actos, como el allanamiento.
- 1.5.** La oralidad y dinamismo del proceso penal es, quizá, el rasgo más notable. Por este sistema, que demanda agilidad mental y especiales dotes de oratoria, los juicios son rápidos y, en estrictamente lo necesario, escrito. En los Estados Unidos el porcentaje de presos sin sentencia en las cárceles es mínimo. Oral es la formulación de cargos, la presentación de la prueba, los alegatos y el pronunciamiento de la sentencia.
- 1.6.** Las garantías procesales o, en otras palabras, los derechos humanos de los enjuiciados son plenamente garantizados tanto en la Constitución como en la práctica. Por ejemplo, no se admite la prueba mal actuada en el juicio ni tampoco se le priva de la defensa a un acusado desde el inicio del proceso hasta la sentencia definitiva.

- 1.7.** El juzgamiento, que se realiza en audiencias continuadas y contradictorias, es potestad del jurado y/o del juez (a elección del acusado). Las pruebas se presentan ante la presencia del juez y el jurado, garantizando de esta manera el tan anhelado principio de inmediación procesal. La sentencia es impugnabile.
- 1.8.** El sistema histórica e ideológicamente es democrático. Históricamente porque es el que más se acerca al sistema acusatorio de la democracia de Atenas y al de la República en Roma. Ideológicamente porque se puede apreciar, en varias instituciones, la participación de la ciudadanía, como por ejemplo, en la conformación del jurado, la publicidad de los juicios y la elección de determinados sujetos procesales.

2. LOS SUJETOS PROCESALES

2.1. EL JUEZ.-

Existen dos sistemas judiciales: federal y estatal.

El federal es el que ejercen los jueces a nivel nacional. Creada por el Congreso, bajo la autoridad de la Constitución de los Estados Unidos. Existen tres instancias: primera instancia (juez), corte de apelaciones y la Corte Suprema. Son nombrados por designación del presidente o gobernador con aprobación del senado. Son vitalicios en sus cargos.

En cambio, el estatal lo ejercen los jueces a nivel de cada Estado o localidad. Establecida bajo la autoridad del gobierno estadual, que es completamente autónomo. Generalmente existen tres instancias. Agotadas las instancias, excepcionalmente, puede conocer la Suprema Corte de los Estados Unidos. La designación y la duración en los cargos varía según el Estado. En la mayoría de los Estados se eligen a los jueces.

Los jueces federales conocen los casos que se presentan en relación a una ley dictada por la Función legislativa de los Estados Unidos, tratados internacionales, leyes relativas a navegación y comercio entre Estados. También conoce sobre controversias entre dos Estados, controversias en las que se encuentren implicados funcionarios públicos del gobierno nacional y misiones diplomáticas.

Los jueces estatales conocen los conflictos relacionados a una ley del estado. Resuelven casos "cotidianos", desde infracciones leves penales (MISDEMEANOR) hasta infracciones graves, sancionadas con pena de muerte (FELONY).

A pesar de que el Congreso puede y tiene que determinar qué casos deben ser tratados en las Cortes, no pocas veces existen conflictos entre la ley federal y la estatal y, consecuentemente, entre Cortes federales y estatales. Además de la competencia por la materia (las cortes federales conocen los "FELONY" que son los delitos graves como el tráfico de drogas, delincuencia organizada, grandes fraudes, delitos financieros y, en general, delitos donde hay un interés especial del gobierno), existe la competencia por la cuantía (es caso federal si excede de los cincuenta mil dólares).

Los jueces estatales, más próximas y más frecuentemente utilizadas por los ciudadanos, están localizados virtualmente en todas las ciudades, condados y pueblos. En cambio, las Cortes federales están localizadas en las principales y más pobladas ciudades.

2.2. EL FISCAL:

Los agentes fiscales (PROSECUTE) son designados. El Fiscal General (ATTORNEY GENERAL) es designado por el Presidente de los EEUU y tiene el encargo de presidir el Departamento de Justicia del país. Este a su vez designa un representante para cada Estado y, finalmente, este designa tantos fiscales cuantos se necesiten en los juicios penales (CRIMINAL DIVISION). Por lo tanto, los agentes fiscales son parte de la función ejecutiva.

La función principal del fiscal, en el sistema penal, es investigar. La investigación tiene como objetivo, una vez que ha conocido la noticia criminis, el lograr una "causa probable" o un "motivo fundado". El fiscal es, pues, un sujeto activo, de vital importancia en el proceso.

El fiscal tiene amplios poderes de discrecionalidad. Por ejemplo, el fiscal puede abstenerse de acusar a una persona por considerar que los cargos no son suficientemente serios y, por lo tanto, no ejercer la acción penal; o puede acordar con el acusado una compensación a las víctimas y suspender el

proceso penal. Más aún, siendo los cargos graves y no teniendo suficiente evidencia para probar en juicio, el fiscal puede abstenerse de continuar el proceso.

2.3. EL DEFENSOR.-

El derecho a la defensa está garantizada en la Constitución. Existen los defensores particulares y, cuando el acusado no lo nombra, el Estado le proporciona uno. En algunos Estados los defensores públicos son elegidos. Tienen una partida presupuestaria distinta a la de la función judicial. Son, por lo tanto, independientes. Un juez -que es garantizador del debido proceso- tiene la facultad de cambiar de abogado defensor si considera que no está actuando eficientemente.

2.4. También, como en todo proceso, existen SUJETOS SECUNDARIOS que actúan temporalmente y que, si se consideran indispensables, pueden ser compelidos a actuar, como los testigos o los peritos.

3. ETAPAS PROCESALES

Se podría dividir al proceso, sólo con fines ilustrativos, en cuatro etapas: Investigativa, negociación, la del juicio y la de impugnación.

3.1. Investigativa:

Cuando llega la noticia criminis a conocimiento de la policía, el fiscal o el juez, inmediatamente se le encarga al fiscal para que organice la investigación sobre la infracción. En los procedimientos federales, la noticia del delito es transmitida por las agencias federales de investigaciones.

El objetivo de la investigación será el determinar si la causa es probable o no. Si la causa es probable, se formulan cargos y comienza la siguiente etapa; y si no lo es, se archiva el caso. El fiscal tiene facultades dispositivas en esta etapa y, por otro lado, el fiscal es el único sujeto procesal que puede ejercer la acción penal. El fiscal, entonces, tiene la facultad de desestimar el caso o, si lo considera necesario, puede disponer que continúen con las investigaciones.

Para detener o arrestar a una persona se requiere de un mandamiento. El fiscal demanda del juez una orden de

arresto basada en una declaración jurada de un agente de policía, que describe los hechos esenciales del delito que se acusa. La denuncia y la declaración jurada tienen que contener suficiente evidencia para creer que el delito pudo haber sido cometido por esa persona. En las causas federales, la decisión sobre el arresto es tomada por el Gran Jurado (de 16 a 23 ciudadanos), a menos que sea urgente la medida.

Concluida la investigación, se formulan los cargos (INDICTMENT). En los casos federales el Gran Jurado tiene la obligación, después de escuchar y revisar la evidencia, de tomar votación sobre la propuesta del fiscal y emitir los cargos (tiene que haber por lo menos 12 votos en contra del acusado). En esta etapa no hay determinación de responsabilidad del acusado.

Inmediatamente después el acusado es llevado ante un juez.

La primera intervención judicial se denomina audiencia preliminar o audiencia de lectura de cargos (ARRAINGMENT). En esta audiencia se realizan varios actos jurídicos:

- a) designación de abogado defensor, si no lo tuviere;
- b) resolución sobre la libertad del acusado. Todos los casos admiten fianza, salvo casos graves que puedan ser condenados con cadena perpetua o pena de muerte, en los que en el historial delictivo del acusado conste como varias veces reincidente y casos en los que se pueda presumir el peligro de fuga; y
- c) el juez le informará al acusado de los cargos contra él y le preguntará si se declara culpable o inocente de los cargos.

3.2. Negociación:

En esta etapa se realiza lo que se denomina PLEA BARGAINING. El objetivo de esta etapa será el evitar al máximo la realización del juicio. En los Estados Unidos el 93% de los casos se resuelven a través de esta negociación; es decir, sólo el 7% de los casos se resuelven mediante juicio.

En la mayoría de los Estados la negociación se la hace entre el fiscal y el defensor del acusado. El defensor, siempre que el acusado se declare «culpable» (GUILTY) de uno o algunos de los cargos, propondrá una pena al fiscal, el fiscal dará su opinión y podrá aumentar o disminuir lo propuesto. Cuando llegan a un acuerdo se lo pone en consideración del juez. La declaración de culpabilidad siempre se la hace ante el juez. El juez puede negar el acuerdo y establece una posible pena. También el juez puede anticipadamente, a petición de uno de los sujetos procesales, dar los lineamientos de la sentencia, sin que este acto sea prevaricato. Si uno de los sujetos procesales no está conforme, entonces el caso va a juicio. El juez si acepta el acuerdo debe preocuparse que la declaración de culpabilidad sea absolutamente libre y voluntaria; para ello interroga al acusado sobre su decisión y le insiste en su derecho al juicio.

Es motivo de acuerdo o negociación: aceptar todos o uno de los cargos propuestos por el fiscal, rendir testimonio en el juicio, aportar con nuevas pruebas (otros actores en el hecho delictivo); a cambio, el acusado puede beneficiarse del archivo de la causa, desestimación de varios cargos, concesión de inmunidad, recomendación al juez para que la sentencia sea atenuada. En todo caso, el resultado de la investigación no es vinculante para el juez.

Sin la negociación el sistema de administración de justicia no funcionaría. Las razones que motivan su existencia son múltiples: el exceso de casos, el poco tiempo que tiene el fiscal para investigar sobre un caso (180 días), la dificultad para practicar la prueba, el lograr conformidad entre los sujetos procesales y el obtener un sentimiento de justicia pronta y eficaz.

Las penas, a pesar de existir leyes, no están “talladas en piedra”. Para la negociación tienen gran flexibilidad y es aquí donde entran los precedentes. El fiscal y el defensor tendrán en cuenta resoluciones anteriores dadas por el juez para asegurar su negociación. Es difícil pero no imposible el lograr penas poco comunes (cadena perpetua al marido y absolución a la madre embarazada).

3.3. El juicio:

Superada la etapa anterior, por no haberse llegado a un acuerdo y por existir causa probable, se procede a juzgar oral y contradictoriamente al acusado.

El acusado tiene derecho, según la Constitución, a ser juzgado por el juez o por un jurado de conciencia. Si el acusado ha escogido ser juzgado por un jurado, se procede a seleccionar a sus miembros. Pueden ser miembros de un jurado todos los ciudadanos del Estado, si es una corte estatal, o de los Estados Unidos, si es una corte federal. En la práctica, una computadora designa a cien ciudadanos que constan en los registros de licencia o de votación, que son la mayoría. De los cien, el fiscal y el defensor eligen conjuntamente doce o, si es un delito grave reprimido con cadena perpetua o pena de muerte, se conforma el Gran Jurado. El fiscal y el defensor por separado pueden entrevistar a los posibles jurados. Una vez designados los jurados, el juez se despoja de su facultad para juzgar la responsabilidad del acusado. Para declarar la culpabilidad se requiere de mayoría absoluta; es decir, todos los miembros del jurado deben estar de acuerdo.

Si el acusado ha renunciado a su derecho de ser juzgado por un jurado, entonces, el juez es el que evalúa la prueba y pronuncia la sentencia.

Durante el juicio, el fiscal tiene la carga de la prueba y tiene que probar más allá de una duda razonable. Toda la prueba se practica ante el jurado y el juez, que es el controlador de la legalidad. Si una prueba es inconstitucional o ilegal, el juez manifiesta al jurado que no debe tomar en cuenta para la resolución. Los sujetos procesales tienen la facultad de interrogar a los testigos; el acusado tiene derecho a guardar silencio y a llamar a testigos de descargo. Practicadas las pruebas, el fiscal y el defensor tienen derecho para realizar sus alegatos verbales que tendrán como objetivo el lograr convencer a los jurados para tener una decisión favorable. Finalmente, el juez instruye al jurado en los principios legales que tienen que aplicar durante su deliberación y el jurado, en secreto, delibera. El veredicto tiene que ser unánime. Si no se logra unanimidad, se designa un nuevo jurado.

Si la sentencia es absolutoria, no hay poder humano que logre modificarla. El fiscal, representante del Estado y de la sociedad, pierde el juicio y no tiene derecho a apelar. El juez, por más convencido que esté sobre la culpabilidad, no tiene acción alguna sobre la sentencia.

Si la sentencia es condenatoria, entonces, el juez determina la pena. Las penas están determinadas en las leyes de cada Estado o en las leyes federales, por ello existe una variedad impresionante entre las penas por los mismos hechos en los diferentes Estados. Actualmente, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha designado una comisión para que realice directrices para las sentencias, con el propósito de unificar los criterios para las penas.

3.4. Impugnación:

En el caso de que la sentencia sea condenatoria, el acusado tiene derecho a apelar a la Corte de Apelaciones del Estado, a la Corte Suprema del Estado, a la Corte Federal de Apelaciones y, excepcionalmente, a la Corte Suprema de los Estados Unidos. Es decir, una sentencia condenatoria puede tener hasta cinco instancias y el juicio puede durar varios años (siete y hasta diez años).

4. EJECUCION DE LAS PENAS

4.1. Probation:

Es una sentencia que consiste en una alternativa a las penas privativas de la libertad, en la que el condenado se somete a medidas de supervisión bajo ciertas condiciones.

En los casos en que el condenado, ya por juicio o por declaración libre de culpabilidad, sea primario (o sea, es la primera vez que ha sido procesado y condenado), entonces, generalmente, no va a la cárcel sino que se le otorga libertad condicional. Los encargados de reportar y vigilar el cumplimiento de esta institución son los agentes de probation. Existen diversas modalidades, que puede consistir en prohibición de ausentarse o acudir a determinados lugares, en la obligación de dormir en un lugar determinado, en realizar temporalmente servicios comunitarios, etc.

Lo positivo, además de evitar la criminalización y las consecuencias nefastas del encierro, es que, una vez concluida satisfactoriamente la probation, borra todo antecedente criminal.

El sistema funciona si es eficiente la supervisión. En cifras, uno de cada diez habitantes sometidos a probation reincide o se fuga.

4.2. Sistema carcelario:

En los Estados Unidos existen múltiples cárceles con diversos sistemas (abiertos, semiabiertos, cerrados). En general, me atrevería a decir que siguen una pauta conductista. Los presos ganan créditos por buen comportamiento, por cada 30 días de buen comportamiento se les rebaja cinco días de encierro. El juez determina un máximo y un mínimo a cumplirse. El sheriff (director de la cárcel, elegido popularmente) tiene la facultad de reducir la pena hasta el mínimo señalado por el juez.

Las cárceles modernas tienen todo el servicio de la tecnología para hacer de la privación de la libertad un suplicio: torres de control con equipos audiovisuales, todo se ve y todo se oye al interior, los registros de ingreso son computarizados y están conectados a un sistema nacional, los encarcelados violentos sometidos a juicio son juzgados por un sistema de circuito cerrado, no existe contacto directo con sus familiares (para evitar el tráfico de drogas, armas o licor); los presos se comunican a través de un teléfono (durante media hora cada semana, en algunos Estados). Las horas de recreación son determinadas (una hora al día, en algunos Estados).

En los Estados Unidos, en el sistema federal, existen 925.000 personas privadas de la libertad. De éstos, 800.000 tienen sentencia condenatoria. Cada preso le cuesta a los Estados Unidos un promedio de 18.000,00 dólares.

En ciertos Estados, se da importancia y un rol a la comunidad, a través de las ONGs. Por ejemplo, la American Correctional Association establece las normas del establecimiento carcelario en Detroit. En Memphis, los encargados de establecer y supervigilar los servicios a la comunidad en los casos de jóvenes infractores, es la comunidad organizada.

La Casación Penal en el Ecuador

Ricardo Vaca Andrade (*)

I. Consideraciones preliminares

Desde cuando se discutía en la entonces Cámara Nacional de Representantes el Proyecto de nuevo Código de Procedimiento Penal, allá por el año 1982, nos pareció inapropiado que se pretendiera alterar la tradicional estructura del proceso penal ordinario en el Ecuador, constituida por las dos etapas tradicionales: el sumario y el plenario. Y no por haberse incluido a la intermedia como etapa independiente del sumario, de la cual formaba parte en los anteriores códigos de procedimiento penal, si no por el contenido del actual Art. 166 del CPP vigente que considera que, "Por regla general el proceso penal debe desarrollarse en las etapas siguientes: del sumario, la intermedia, del plenario y de la impugnación", esto es, incluyendo a la impugnación como parte constitutiva del proceso penal ordinario. No creemos que la impugnación sea consustancial a todo proceso penal hasta el punto de que todo proceso penal deba, necesariamente, desarrollarse también con esta etapa incluida. La experiencia nos enseña que, en la práctica, gran cantidad de procesos se tramitan y culminan sin que ninguna de las partes haya hecho uso del derecho a recurrir de las decisiones judiciales de los jueces o tribunales inferiores; y esto no porque los que formamos parte de la sociedad ecuatoriana estemos convencidos, ni de lejos, de la infalibilidad de nuestra incipiente justicia, sino porque el interponer un recurso de apelación, de nulidad o de casación demora eternamente el trámite de los procesos, de por sí interminables, por inobservancia de los plazos legales, de quienes deben ser los primeros llamados a cumplirlos.

Por la razón anotada, antes que hablar de "etapa" de la impugnación, más apropiado resulta referirse a la "actividad impugnativa y los recursos", como lo hace el tratadista argentino RUBIANES¹. Esta

(*) Profesor de Derecho Penal y Derecho Penal Ejecutivo - PUCE

1. RUBIANES Carlos, Manual de Derecho Procesal Penal t. III, pág. 277, Ediciones Depalma, Bs. Aires 1980.

se fundamenta en el hecho de que los actos procesales son también actos humanos emanados de las partes o del órgano jurisdiccional, y, como tales, sujetos a posibles irregularidades o injusticias, si algún sujeto procesal así lo considera. Por ello, la ley procesal reconoce a las partes el derecho de impugnar las decisiones del juez o tribunal que sean consideradas defectuosas, erróneas o injustas, tendiendo a su corrección o eliminación jurisdiccional mediante la interposición oportuna de recursos.

A decir del autor citado, los recursos son “medios de impugnación que la ley concede a las partes que han sufrido un gravamen, con motivo de una resolución judicial desfavorable que contiene, a su entender, un error de juicio o un error formal, siendo, pues, injusta o irregular, con la finalidad de obtener, mediante un nuevo estudio de las cuestiones resueltas, su revocatoria, modificación o nulidad, de modo más favorable a su interés, por el mismo tribunal o uno superior en grado”. Según COUTURE² la expresión recurso significa “literalmente regresar al punto de partida. Es un recorrer, correr de nuevo, el camino ya hecho. Jurídicamente la palabra denota tanto recorrido que se hace nuevamente mediante otra instancia, como el medio de impugnación por virtud del cual se recorre el proceso”.

En definitiva, se trata simplemente de volver a juzgar, previo el cumplimiento de ciertos requisitos comunes a todos los recursos, que son:

1. que se trate de una resolución judicial previa;
2. que cause gravamen a quien pretende deducirlo;
3. que la impugnación se fundamente en un error que se atribuye a la resolución, sea “in iudicando” o “in procedendo”;
4. que quien lo interponga sea parte o su representante; excepcionalmente un tercero es autorizado por la ley expresamente (como en el caso de recurso de revisión que se interpusiere cuando el reo ha fallecido, Art. 391 CPP);
5. que se deduzca en el término perentorio y breve que fija la ley.

Los recursos se clasifican en ordinarios y extraordinarios. Los primeros, a decir de RUBIANES, (en la obra citada, pág. 283), son aquellos que “están previstos en la ley procesal penal para los casos corrientes, tendientes a reparar cualquier error que se estime aparece en una resolución judicial, sin necesidad de que ese motivo sea indi-

2. COUTURE Eduardo, Fundamentos de Derecho Procesal, pág. 340.

cado expresamente en la ley. Por estos recursos se impugnan tanto las cuestiones de hecho como de derecho, en el juicio del juez, o cualquier irregularidad o vicio de procedimiento... En cambio, los extraordinarios se otorgan con carácter excepcional, con referencia a lo expresamente contemplado en la ley procesal. O sea, no con relación a cualquier error en el juicio o en el proceder, sino solamente a lo taxativo de la ley. En los recursos extraordinarios, salvo algún caso excepcional, no se vuelven a examinar todas las cuestiones, sino sólo las de derecho, porque sobre los hechos y su apreciación son soberanos los tribunales de la instancia ordinaria. No cabe reexaminar las circunstancias de hecho establecidas por los tribunales ordinarios, sino estudiar si corresponde o no la rectificación del juicio de derecho contenido en la sentencia recurrida. Solamente es impugnable, en instancia extraordinaria la que se estime contiene errónea interpretación de la ley. Estos recursos extraordinarios sólo se regulan contra sentencias definitivas que ponen fin al proceso, impidiendo su continuación". El de casación es el recurso extraordinario por excelencia.

II. Concepto genérico del recurso de casación

La casación, es un recurso extraordinario que permite la impugnación de un fallo de última instancia ante un órgano judicial supremo, y que tiene por finalidad anular las sentencias que contienen errores de Derecho. Por ello se afirma que la casación supone la existencia de un tribunal que está en el vértice del poder judicial que examina y decide únicamente sobre cuestiones de Derecho, contenidas generalmente en las sentencias que contienen un error de derecho en la resolución de mérito³. En palabras de MOREL, es "un recurso extraordinario que tiene por objeto hacer anular por la Corte de casación las sentencias dictadas en violación de la ley"⁴.

Un concepto más amplio y suficientemente explicativo en cuanto a la finalidad del recurso es el que da el tratadista argentino SARTORIO, para quien la casación "es función jurisdiccional confiada al más alto tribunal judicial, para anular (sistema francés), o anular y revisar (sistema alemán), mediante recurso, las sentencias definitivas de los tribunales de mérito que contengan una errónea interpretación de la ley. Es un control jurídico sobre los jueces (nomofilaquia), a fin de mantener la unidad del derecho y de la jurisprudencia nacional. Asegura al propio tiempo la igualdad de la ley para todos"⁵.

3. CALAMANDREI, La casación civil, t. 2, número 278, pág. 376, Edit. Bibliográfica Argentina, 1945.

4. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, num. 96, pág. 101, 1949.

5. Citado por RIVAROLA Enrique E., *Enciclopedia Jurídica Omeba*, T. II, pág. 785.

Como se puede observar en las expresiones de los tratadistas, el recurso es, en primer lugar, uno de carácter extraordinario que tiene características especiales tanto porque es un remedio judicial que solo se puede utilizar acudiendo ante el órgano jurisdiccional más alto, como también porque mediante él se puede impugnar los fallos de última instancia dictados por los jueces inferiores en resoluciones de mérito, es decir, en aquellas que deciden sobre lo principal de la controversia judicial. En segundo lugar, se busca corregir o rectificar los errores de Derecho que suponen una equivocada o falsa aplicación del Derecho Positivo a las situaciones sometidas a resolución del órgano jurisdiccional en los niveles correspondientes y que se recogen en el fallo de última instancia. Y, finalmente, el fallo recurrido puede ser anulado, o bien, anulado y revisado, produciéndose, en cada caso, situaciones y consecuencias diversas. Más adelante analizaremos este tema cuando nos corresponda comentar las disposiciones del Código de Procedimiento Penal ecuatoriano.

III. Antecedentes históricos

Creada por la Asamblea Constituyente francesa mediante acta de 27 de noviembre y sancionada el 10 de diciembre de 1790, en su primer artículo se disponía la creación de un Tribunal de Casación y se señalaba como su misión la de anular "todos los procedimientos en los cuales las formas hubiesen sido violadas y toda sentencia que contuviera una contravención expresa al texto de la ley" (Art. 30.).

Posteriormente y conforme la institución procesal se extendió por los países de Europa y América se fue perfeccionando y transformando tanto en la estructura como en su finalidad lo que produjo como resultado que, en la práctica, haya llegado a variar sustancialmente de su antecedente primitivo por obra directa de la jurisprudencia en el decurso del siglo XIX. Sin embargo, como tantas instituciones que obtuvieron su partida de nacimiento en la Revolución Francesa, ésta tampoco fue el fruto espontáneo del culto a la racionalidad o de las ideas políticas imperantes al momento desvinculadas de una nueva concepción del Estado o del pasado histórico inmediato. Tal parece, según investigaciones realizadas por CALAMANDREI⁶ sobre el tema y que no han sido superadas hasta fecha reciente, cuales son los precedentes remotos, llegando a determinar su desarrollo y la gravitación que tuvieron en el derecho de la Revolución, gravitación que bien pudo ser subconsciente, pero de indudable importancia. Tan importante estudio histórico sobre los precedentes también permite descubrir el lugar que la casación ocupa en la evolución sufrida por diversas instituciones a ella vinculadas, en el derecho romano, en el germánico, en el estatutario y en el derecho moderno.

6. Obra Citada

Siendo cierto que el Tribunal de casación de 1790 creado por la Revolución Francesa solo puede comprenderse en función de las ideas filosóficas que animaron a tan importante evento, también es verdad que "en el derecho antiguo y medieval y en las instituciones del ancien regime se advierte que el sentido político de la ley francesa está vinculado al que tuvieron en el pasado las facultades reales, ya fuesen ejercidas por el monarca personalmente o por medio de un Consejo"⁷.

Al parecer, desde un primer momento, o al menos en la época feudal, el recurso aparece como un mecanismo para asegurar la supremacía del poder central frente a los poderes feudales; posteriormente, lo que se quiere es asegurar que la voluntad se cumpla de manera efectiva y que no sea distorsionada en las decisiones judiciales. Por ello es que durante el siglo XIX, en que se desarrolla, se señalan como fines específicos los siguientes: unificar la jurisprudencia, y propender a alcanzar la seguridad de los derechos y la igualdad de la ley para todas las personas. El primero sería el fin inmediato y, los segundos, mediatos.

Siendo el fin esencial de la casación la rectificación de los errores de derecho consignados en la sentencia, resulta de primordial importancia distinguir entre las cuestiones de hecho y las de derecho, fácil labor en la elaboración de la sentencia romana. En efecto, en ella se puede identificar el silogismo "que la doctrina considera implícito en la estructura lógica del acto jurisdiccional" y con la cual las decisiones judiciales en el Ecuador están familiarizadas ampliamente más por práctica que por estudio científico o razonamiento filosófico. Dentro de todo proceso y con más claridad en el penal, de lo que se trata es de investigar el "factum" que integra la premisa menor, y que, en términos concretos, es la realización de actuaciones o conductas sobre las que versa la litis por intereses contrapuestos de los contendientes; la premisa mayor, en cambio, está dada por el "ius", o norma de derecho, en la que debe subsumirse la conducta juzgada; y, finalmente, la conclusión, es la decisión judicial pronunciada por el juzgador.

Teniendo presente este panorama resulta muy claro que en el Derecho romano la validez o invalidez de una sentencia puede cuestionarse desde un doble punto, bien sea por una falsa o equivocada apreciación de los hechos, o por una indebida o errónea aplicación del derecho, como se produciría, por ejemplo, cuando se ha prescindido de una norma vigente o se ha aplicado una que no tiene vigencia, con lo que se habría expedido un fallo (contra "ius constitutionis")

7. RIVAROLA Enrique E., Obra citada.

considerado inexistente. En cambio, en el primer caso, la sentencia sería, en principio, válida, "aun cuando el error sea también de derecho, como el que versa sobre el alcance o sentido de la norma o sobre las cualidades jurídicas que revisten las circunstancias integrantes de la premisa menor. Con más razón aún, cuando el error atañe al "factum," o a la conclusión (el error de lógica). Para el caso de estas sentencias, no afectadas de nulidad, pero fundadas en el error (sentencias contra ius litigatoris), aparece el remedio de la l'appelatio" y el de la "supplicatio"⁸.

En la evolución histórica del proceso resulta interesante descubrir que la concepción romana de la sentencia influye sobre los pueblos bárbaros, que luego modifican profundamente la configuración del proceso con la introducción de la investigación previa de los hechos, para, posteriormente, reconocer a los litigantes el derecho de recurrir ante el superior en virtud del recurso de apelación. Más tarde, cuando el derecho deja de ser consuetudinario para convertirse en escrito, aumentan los poderes del soberano quien expide leyes, y, al mismo tiempo, se le presenta como una necesidad vital para el ejercicio de su poder, el contar con un órgano que se encargue de vigilar que los jueces no desvirtúen el sentido de las normas expedidas, aplicándolas en forma indebida o inapropiada. Más aun, siguiendo esta línea de razonamiento, los medios procesales de impugnación de las sentencias, se presentan como indispensables no solo por el beneficio que representan para los particulares, facultados para recurrir al superior por una sentencia injusta, sino también como un eficaz mecanismo de control del rey, sobre los jueces que actúan en su nombre y por delegación de su poder soberano. Este es el antecedente medieval de la futura casación que vio la luz en la Revolución Francesa, encomendada a un consejo real, con la función de juzgar en última instancia, mas no como un juez común, sino como órgano juzgador soberano delegado por el rey debido a la complejidad de los asuntos estatales a su cargo; no obstante, integrante del Parlamento pero con la calidad de tribunal supremo con función jurisdiccional.

Con posterioridad la Asamblea Constituyente transformó a este organismo político-judicial en Tribunal de casación con el encargo de anular "los procedimientos en que las formas hubieran sido violadas y las sentencias que contuvieran una contravención expresa al texto de la ley", bajo el criterio filosófico-político de que el soberano ya no era el rey sino el pueblo, siendo indispensable asegurar y precautelar que la verdadera voluntad ciudadana expresada por el cuerpo legislativo, representante directo del pueblo, pueda ser burlada y dejada de lado

8. RIVAROLA Enrique E., obra citada, pág. 784.

por los jueces al aplicarla a los casos concretos. Esta intención sea hace evidente cuando descubrimos que el Tribunal de casación es concebido como "órgano de control destinado a vigilar que el poder judicial no violara, en daño del legislativo, la separación de poderes".

Pero, el primer problema a resolver era el de a cuál de los tres poderes del Estado debía pertenecer este nuevo órgano de control. Ciertamente no al judicial cuya actividad iba a vigilar; por ello fue originalmente creado como órgano del Poder legislativo pero con carácter autónomo aunque confiándole el control de la actividad jurisdiccional, y con el encargo de asegurar la aplicación estricta de las leyes a todos los ciudadanos. Fue la desconfianza popular de la actuación de los jueces y el temor a que invadan la actividad legislativa o cuando menos desvirtuen el sentido de las leyes al interpretarlas erróneamente para favorecer a alguien, lo que dio origen al Recurso de casación. Nótese que los recelos y temores de la época revolucionaria llegaron a considerar a la "interpretación" de la norma como una actividad impropia y ajena a la específica de los jueces, quienes, según el pensamiento de entonces debían limitarse a aceptar la expresión de la voluntad popular que debía ser acatada en sus términos literales, pues sólo al Poder legislativo le estaba facultado aclarar su sentido.

Hay que tener presente que en los años inmediatamente siguientes al de la Toma de la Bastilla (1789) y la instauración del nuevo régimen, la delimitación de funciones encomendadas a cada uno de los tres Poderes no estaba suficientemente definida; más aun, celos de los constituyentes respecto a los jueces, hacía temer la vuelta a la monarquía, torciendo la voluntad popular expresada en las leyes y que los jueces debían limitarse a aplicarlas a la solución de casos específicos. Solo así se explica el inmenso prestigio que alcanzó en forma inmediata el sistema de codificación de las leyes, aunque antes ideas semejantes inspiraron codificaciones pretéritas como la de Justiniano, quien, al proclamar la perfección de su obra legislativa pretendió que la actividad de los jueces debía ser meramente mecánica, pues solo el Emperador tenía la facultad de aclarar el significado de las mismas; las codificaciones de José II de Austria y la de Federico II de Prusia también contenían disposiciones que limitaban el poder de los jueces. En este punto es importante recordar que la Constituyente Francesa tomó como base el pensamiento de MONTESQUIEU⁹, para quien "los jueces de la Nación no son más que la boca que pronuncia la palabra de la ley..., de la que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor". "En el gobierno republicano- decía Montesquieu- es propio de

9. MONTESQUIEU, *Espíritu de las leyes*, Lib. XI, capítulo VI.

la Constitución que los jueces se atengan a la ley literalmente... Si los tribunales no deben ser fijos las sentencias deben serlo a tal punto que no importen otra cosa que un texto preciso de la ley. Si representaran una opinión particular del juez, se viviría en una sociedad sin saber precisamente los compromisos que en ella se contraen". Siguiendo esta concepción doctrinaria es que los constituyentes franceses consideraron como atribución propia del legislador no solamente la de dictar leyes, sino también la de interpretarlas, hasta el punto de facultar al juez la posibilidad de suspender el trámite y resolución de una causa, si es que previamente consideraban indispensable que el cuerpo legislativo debía interpretar una ley o expedir una nueva debido a cuestiones dudosas o no previstas en el texto vigente.

De acuerdo con esta corriente de pensamiento resultaba inaceptable que la "jurisprudencia" pudiera tener un sentido creador o cuando menos complementario de la ley, hasta el punto de llegar a considerarla como "la más detestable de las instituciones", pues, a decir de Robespierre, "En un Estado que tiene una Constitución y una legislación, la jurisprudencia de los tribunales no es otra cosa que la ley...". Solo cuando en el Art. 40. del Código Napoleón se establece que el juez no puede dejar de juzgar bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, se consagró definitivamente el abandono de esta concepción¹⁰. No obstante, con las debidas diferencias, es oportuno aclarar que este principio civilista no puede aplicarse ni siquiera con reservas al ámbito penal, en el que la ley existente es la única y exclusiva fuente del derecho; no habiendo norma escrita vigente ni la conducta es delictiva ni la pena aplicable, principio básico del Derecho penal sobre el cual volveremos más adelante.

Ya en el Derecho contemporáneo, en el siglo XIX, el Tribunal de casación se transforma en Corte de Casación. Pasa a formar parte del Poder judicial y conoce no solo de las "contravenciones expresas al texto de la ley", sino también de su violación o aplicación equivocada, con lo que su competencia se extiende a todas las cuestiones de derecho, dejando de lado la finalidad inicial por la que fue creada, como órgano encargado de velar por el cumplimiento de la voluntad popular expresada en la ley por el órgano legislativo, por ésta que ahora aparece y que tiende a unificar la jurisprudencia, buscando la claridad del derecho y la aplicación igual de la ley a todos los ciudadanos

En lo atinente a los antecedentes históricos del recurso de casación en el Ecuador, aunque aparece por primera vez en el Código de

10. MOREL, Obra citada.

Procedimiento Penal de 1938, como institución procesal "está vinculada a la evolución general de la legislación procesal penal ecuatoriana, desde el siglo XIX. Es decir, la casación llega a su plenitud en este Código, pero tiene antecedentes previos y ha sufrido también una evolución posterior"¹¹. El recurso de casación solo podía interponerse para ante la Corte Suprema de Justicia de las sentencias dictadas por los entonces llamados Tribunales del crimen, integrados para juzgar los delitos reprimidos con reclusión, en la etapa del plenario, que, básicamente, consistía en una audiencia oral. Este Tribunal del crimen estaba integrado por el juez titular que había sustanciado el sumario, el juez suplente y tres abogados más. Los delitos reprimidos con prisión, en cambio, eran juzgados en el plenario por el propio juez del sumario, quien pronunciaba sentencia de la cual solo era posible interponer los recursos de apelación y tercera instancia.

Así se mantuvo el sistema hasta el año 1975, cuando la dictadura militar reformó el sistema procesal penal ecuatoriano (R.O. 763 de 17 de marzo de 1975), decidió eliminar los Tribunales del Crimen, unificar el trámite del plenario para los delitos reprimidos con prisión y reclusión, restablecer el sistema totalmente escrito, unificar los recursos, eliminado el de casación, manteniendo los de apelación y de tercera instancia. Con la expedición del actual Código de Procedimiento Penal el 10 de junio de 1983 se restablece el recurso de casación, tal como lo tenemos hasta estos días.

IV. Características

Las principales son:

a) En virtud de este recurso que lo pueden ejercer las partes interesadas o el Ministerio Público, los tribunales pueden conocer las sentencias dictadas por los jueces o tribunales inferiores. En la mayoría de las legislaciones este recurso tiene efecto suspensivo.

El Art. 375 del Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano expresa que "El recurso de casación podrá ser interpuesto por el Agente Fiscal, el procesado o el acusador particular".

b) Es un recurso extraordinario, vale decir, que solo se puede recurrir en casación de las sentencias que no son impugnables mediante los recursos ordinarios. Esto significa que sólo procede este recurso para impugnar las "sentencias dictadas en último grado de las instancias ordinarias o contra las dictadas en instancia única".

11. ALBAN GOMEZ Ernesto, Notas sobre la evolución de la Casación en Materia Penal, LA CASACION, pág. 67, Corporación Editora Nacional, Quito, 1994.

Es cierto que según el sistema procesal penal ecuatoriano es posible que se interpongan los recursos de nulidad y de casación en forma conjunta; sin embargo, de conformidad con el texto del Art. 384 del CPP, en tal caso, deberá resolverse primeramente el recurso de nulidad por parte de la Corte Superior, luego de lo cual y si se desechare éste, pasará el proceso a la Corte Suprema para que resuelva el de casación. En todo caso la característica se mantiene porque el recurso que se conoce en último término siempre será el de casación.

c) El fundamento del recurso no puede ser otro que la supuesta violación de la ley en la sentencia, esto es, porque se considera que la sentencia contiene errores de Derecho. En el Art. 373 del CPP encontramos las tres formas en que podría producirse tal violación: 1) por contravenirse expresamente a su texto; 2) por haberse hecho una falsa aplicación de la misma; 3) por haberla interpretado erróneamente.

El Prof. Enrique E. RIVAROLA¹² dice que "al sólo efecto expositivo, como algo ya consagrado en la praxis, hemos de señalar las diversas maneras de cometer el error iuris:

- 1) Construyendo la sentencia dentro del marco de una norma general no vigente.
- 2) Prescindiendo de una norma vigente.
- 3) Excediendo el marco de los sentidos posibles de la norma (error de interpretación).
- 4) Haciendo una subsunción inadecuada del hecho en la norma general (falsa aplicación).
- 5) Calificando erróneamente las cualidades jurídicas que revisten las circunstancias de hecho".

En lo que al recurso de casación en lo penal se refiere, resulta claro que el objetivo que se busca es el de rectificar el error de derecho, por más que la palabra Casación sea una voz francesa que viene de "casser", que significa "anular", "romper", "quebrantar".

d) La violación del derecho no solo se entiende en el sentido formal de infracción a la ley, sino en el más amplio de infracción a toda norma jurídica, bien sea sustantiva o procesal; así ha de entenderse la disposición del Art. 373 del CPP que no limita el recurso de casación

12. Obra citada, pag. 789.

a la violación de la ley penal sustantiva en particular, cuando se afirma que el mismo procede "...cuando en la sentencia se hubiera violado la Ley", en sentido general, incluidas expresas normas de carácter estrictamente procesal, con lo que, de alguna forma, algunas de las causas que fundamentan la procedencia del recurso de nulidad, previstas en el Art. 360 del CPP, bien podrían también servir de base a una sentencia que, aceptando el recurso de casación, deje sin efecto una sentencia recurrida y en la que se hubiere adoptado una decisión luego de producido algún vicio de procedimiento. En tal evento tendrían que aplicarse la disposición constante en el Art. 358 del CPC, según los casos, a base de lo dispuesto en el inc. 20. del Art. 453 del CPP, que determina el carácter supletorio de ese Código en relación con el de proceder en lo penal. De otro lado, conviene aclarar que las tres posibles formas de violación de la ley, expresamente mencionadas en el Art. 373 del CPP, no son las únicas que podrían existir, desde el momento en que el legislador ha utilizado la conjunción distributiva "ya", que, en tal caso, es ejemplificativa y, de ninguna manera, taxativa, concluyente o limitativa. Esta opinión tiene su apoyo en la definición que del Recurso de Casación Penal ha dado el tratadista español Miguel FENECH¹³ cuando dice: "Entendemos por recurso de casación el acto de impugnación que tiende a provocar un nuevo examen limitado de una resolución de carácter definitivo recaída en un proceso penal para conseguir su anulación total o parcial, con o sin reenvío a nuevo juicio, fundado en una infracción del derecho material o del Derecho procesal positivo taxativamente establecida en la Ley".

e) En cuanto al destino del proceso, luego de casada la sentencia, se pueden descubrir dos sistemas: el primero que es el francés, seguido por algunos países europeos, según el cual, después de haber pronunciado la nulidad de la sentencia impugnada se remite el proceso a un tribunal inferior para que rectifique el error y dicte la sentencia que corresponda, resolviendo el fondo del asunto; este tribunal puede ser el mismo que dictó la sentencia casada u otro semejante, dando así lugar al llamado juicio de reenvío¹⁴; y, el segundo, llamado alemán y practicado en su pureza en España, seguido ampliamente en los países de América Latina, permite que el Tribunal Supremo juzgue sobre el fondo mismo del asunto al detectarse que el tribunal inferior ha cometido un error de Derecho en la elaboración de la sentencia.

13. FENECH Miguel, *Derecho Procesal Penal*, T. II, Pág. 465, Editorial Labor, Barcelona, 1952

14. El reenvío está previsto en el Art. 15 de la Ley de Casación, (R.O. 192, 18 de mayo de 1993), pero aunque muy limitado en otros ámbitos, no es aplicable para el trámite en lo penal

El segundo sistema, que es el que se sigue en el Código de Procedimiento penal ecuatoriano, permite que la Corte Suprema de Justicia, de estimar procedente el recurso, pronuncie sentencia enmendando la violación de la Ley, en tanto que si lo estimare improcedente, lo declarará así en sentencia y devolverá el proceso al Tribunal Penal para que ejecute la sentencia. (Art. 382). Una de las críticas a este sistema es el de que permite que subsista una tercera instancia, a lo cual responden los tratadistas¹⁵ argumentando que, en todo caso, sería una tercera instancia extraordinaria, "por ser limitada en el conocimiento de las cuestiones controvertidas", pudiendo distinguirse en la función de la Corte Suprema una doble fase: la primera, de verdadera casación, reconociendo el error de Derecho en que se ha incurrido; y, la segunda, de apelación, cuando se dicta el fallo definitivo.

V. Finalidad

En cuanto a la finalidad que se persigue con el recurso de nuestro estudio en el Derecho Procesal Penal, los estudiosos¹⁶, puntualizan dos: "1o.) mantenimiento del orden jurídico penal por el tribunal único que en definitiva aplicará el derecho; 2o.) defensa de los derechos individuales y afianzamiento de las garantías de libertad y de igualdad".

Como en el Ecuador el Recurso de Casación está en plena vigencia desde el 10 de junio de 1983, fecha en que se expidió el actual Código de Procedimiento Penal, no encontramos en el articulado pertinente una base explicativa que nos permita descubrir la finalidad que se persigue con esta vía de impugnación, acostumbrados como estamos los ecuatorianos a que se expidan leyes de mucha importancia sin la debida explicación de motivos. Por esta razón no puede argumentarse en contra de la doble finalidad que señala el autor citado, aunque la segunda resulta de incuestionable evidencia; en cambio, con respecto a la primera, siendo también plenamente válida, no se distingue significativamente del ánimo que puede guiar las decisiones de los magistrados de las distintas salas que ahora conforman la Corte Suprema de Justicia como exclusivo Tribunal del más alto grado para conocer y resolver los recursos de casación en las distintas materias¹⁷, porque el "mantenimiento del orden jurídico", es un deber de todo magistrado, ciudadano común y funcionario público, y más aún de los que deben administrar justicia aplicando la ley vigente a los casos concretos.

15. RIVAROLA Enrique E., obra citada, pág. 790.

16. CLARIA OLMEDO Jorge A., Enciclopedia Jurídica Omeba, T. II, Pág. 808.

17. El inciso primero del Art. 102 de la Constitución Política dice: "La Corte Suprema de Justicia actuará como tribunal de casación en todas las materias".

VI. Sujetos

Siguiendo al tratadista FENECH (ob. cit. pág. 467), pueden distinguirse tres clases de sujetos:

1. Sujeto activo

Es el que interpone el recurso porque se considera agraviado por la sentencia dictada por el tribunal penal. Según el Art. 375 CPP pueden ser el Agente Fiscal, el procesado o el acusador particular. Es el sujeto activo de la pretensión, el recurrente que busca que se realice un nuevo examen de lo impugnado.

2. Sujeto pasivo

Según el autor citado sería, "normalmente, la parte que en el proceso en que recae la resolución impugnada no se siente gravada por la misma, es decir, aquella frente a la que se interpone la pretensión impugnativa y a quien interesa que la resolución permanezca invariable". Este sujeto sería la contraparte en relación con el recurrente, que bien podría ser el Agente Fiscal o el acusador particular, si es que el recurrente es el procesado, aunque la situación no se presentaría con mucha claridad si es que todos interponen el recurso, como en un caso reciente en el que intervenimos profesionalmente patrocinando a la acusación particular: la procesada fue condenada a dos años de prisión por tentativa de homicidio mediante sentencia dictada por el Tribunal Penal de Pichincha, mas, curiosamente, ella interpuso el recurso de casación porque consideró que se había violado la ley en el fallo, pues, en su criterio, solo se la debía condenar por lesiones; sin embargo, previamente, tanto la acusación particular como el Ministerio Público, representado excepcionalmente por responsable abogada enterada de su oficio, también interpusimos el recurso porque, a nuestro juicio, la condena debía ser a una pena mayor y sin atenuantes por tratarse de tentativa de asesinato.

Es posible que, en muchas ocasiones, este sujeto pasivo no tenga intervención alguna en el trámite del recurso; por ello no ha sido específicamente mencionado en el CPP ecuatoriano, salvo la relación que de él se hace en el Art. 381, si concurre a la audiencia y desea intervenir, a continuación del recurrente.

3. Sujeto destinatario

Es a quien se dirige el recurso con el propósito de que lo resuelva y rectifique la violación de la Ley. El Art. 373 del CPP dice: "El recur-

so de casación será procedente para ante la Corte Suprema de Justicia...". Antes de la transformación de la Corte Suprema de Justicia en Corte de Casación, cualquiera de las cinco salas podía conocer y resolver de una causa penal que subiera en grado mediante este recurso, previo sorteo; en la actualidad solo puede hacerlo la Sala de lo Penal. Por esta razón, aunque la agilidad nunca ha sido una de las virtudes de la Corte Suprema, ésta al menos existía en grado aceptable antes de las reformas de mayo de 1993, casi tanto como el acierto, porque eran cinco salas integradas cada una por tres magistrados; pero ahora, con una sola sala conformada por cinco, a la que confluyeron todas las causas pendientes en las otras cuatro, se ha perdido hasta lo poco de bueno que antes se tenía. Sobre su eficacia actual, salvo honrosas excepciones, preferimos callar.

VII. Objeto

Objeto del recurso de casación solo puede ser la sentencia que hubiera sido dictada por el Tribunal Penal, y cuyo examen se busca para enmendar o corregir la supuesta violación de la Ley. En nuestro sistema procesal penal es posible que también dicten sentencias los jueces de lo penal, en los procesos especiales por delitos perseguibles solamente mediante acusación particular (Art. 428); los jueces de tránsito en los procesos por delitos de tránsito; y, los jueces policiales o militares en los procesos penales por delitos cometidos por aquel personal que goza de fuero y previstos en esas leyes penales especiales. Sin embargo, esas sentencias no pueden ser objeto del recurso de casación, porque parece que la intención del legislador ecuatoriano fue la de permitir que el recurso de casación se interponga solo en los procesos penales ordinarios por delitos comunes, bien entendido que el derecho a la impugnación se lo puede ejercer ya sea a través del recurso de apelación de los autos de sobreseimiento definitivo o provisional, del de apertura del plenario, de las sentencias que se dicten en los procesos que se sustancien en procedimientos especiales, como los de tránsito o por delitos de acusación particular, etc. de conformidad con el Art. 348 del CPP, o a través del recurso de nulidad, previsto en el Art. 360 y siguientes. En ambos casos, le corresponde conocer y resolver a una de las salas de la Corte Superior. En cambio, las sentencias que dicten los Tribunales Penales solo pueden ser impugnadas a través de los recursos de nulidad, casación o revisión, pues no existe recurso de tercera instancia, aunque, en la práctica, éste ha sido sustituido desde siempre por el de casación que se lo viene interponiendo a voluntad de los interesados, como una forma de demorar el proceso o de probar suerte ante la Corte Suprema de Justicia, que, por ello mismo, deniega sistemáticamente la mayoría de ellos bajo el argumento de que no se fundamentan sobre errores de

Derecho, sino que tienen su base en errores de apreciación o interpretación de actuaciones probatorias, como lo prueban la mayoría de resoluciones o sentencias aue se han dictado a partir de junio de 1983.

VIII. Procedimiento¹⁸

Según el CPP ecuatoriano, en el procedimiento a seguirse en caso de interposición del recurso de casación, pueden distinguirse los siguientes pasos:

1.- Plazo para recurrir

Pronunciada la sentencia por parte del Tribunal Penal la parte que se considere agraviada puede interponer el recurso dentro de los tres días posteriores a la notificación. El escrito de impugnación debe estar dirigido al Presidente del Tribunal Penal, quien es el magistrado que sustancia la causa cuando se encuentra en ese nivel. El, sin más consideración que la oportunidad, remitirá el proceso a la sala de lo penal de la Corte Suprema de Justicia. Art. 374 CPP.

2.- Plazo para fundamentar

Puesta en conocimiento de las partes la recepción del proceso en la Sala de lo Penal, el recurrente debe presentarse dentro de los diez días siguientes para pedir plazo dentro del cual debe fundamentar el recurso. La fundamentación del recurso en sí no es sino la determinación de los motivos que, a juicio del agraviado, tornan aceptable la impugnación de la sentencia y la consecuente rectificación del supuesto error de Derecho que ha originado la violación de la Ley. Los motivos del recurso de casación constituyen, más que el límite, el presupuesto inexcusable determinante del examen que se lleva a cabo por el Tribunal de Casación, porque al menos su hipotética fundamentación en uno de los motivos establecidos en la Ley es necesaria para la admisión del recurso, esto es, para que subsista el derecho al examen y ulterior decisión del Tribunal de Casación¹⁹. Si el Art. 373 CPP señala en qué forma podría haberse violado la ley en la sentencia, en términos generales: por contravenir expresamente a su texto, por haberse hecho una falsa aplicación de la misma, o, por haberla interpretado erróneamente; el Art. 376 exige que en la fundamentación se puntalice en qué forma, de qué manera, se ha producido la falsa, errónea o equivocada aplicación del derecho en la sentencia.

18. El procedimiento del Recuso de casación en materia penal varía sustancialmente del previsto para el mismo recurso en otros ámbitos, de acuerdo a la vigente Ley de Casación, publicada en el R.O.192 de 18 de mayo de 1993.

19. FENECH, ob. cit. pag. 472.

Si el recurrente no comparece para solicitar plazo para fundamentar el recurso dentro de los diez días, "se declarará, de oficio o a petición de parte, la deserción del recurso". En este evento, la sentencia recurrida se ejecutoriará definitivamente, debiendo devolverse al inferior para su ejecución, salvo el caso previsto en el Art. 383 CPP, que permite una casación oficiosa, si la Corte Suprema observa que, en efecto, existe violación de la Ley; se cumpliría así el objetivo básico del recurso: permitir que el órgano juzgador del más alto nivel se preocupe de manera activa porque la Ley y el Derecho se apliquen en debida forma, evitando así que se cometan injusticias que afecten a los ciudadanos

Si comparece para solicitar plazo se le concederá el de veinte días para fundamentar el recurso.

Si el recurrente es el Agente Fiscal, una vez recibido el proceso en la Sala de lo Penal de la Corte Suprema, inmediatamente se pone en conocimiento del Fiscal General para que insista o no en el recurso y lo fundamente; por tanto, en este solo caso no hace falta que comparezca a fin de solicitar plazo para tal propósito. Art. 378 CPP.

3.- Fundamentación

El Art. 377 del CPP, dice: "El recurso se fundamentará por escrito y deberá contener la exposición precisa de los hechos que, según la sentencia, son constitutivos del delito, así como la cita de la Ley violada y los fundamentos jurídicos en que se basa el recurso". En la norma encontramos los requisitos que deben cumplirse al fundamentar el recurso, y que serían: a) la determinación de los hechos constitutivos del delito, según la sentencia; b) la cita expresa de la Ley violada; y, c) los fundamentos jurídicos en que se basa el recurso.

a) En cuanto al primer requisito, la disposición transcrita es cuestionable porque su texto parte del supuesto equivocado de que toda sentencia será siempre condenatoria, desde el momento en que se dice que en la fundamentación deben hacerse constar los hechos "que, según la sentencia, son constitutivos del delito". En la práctica, bien puede suceder que la sentencia absolutoria viole la Ley al considerar que los hechos comprobados en el decurso del sumario no constituyen delito, como cuando, por ejemplo, el Tribunal Penal aprecia los hechos de tal manera que termina por resolver que la muerte de una persona se produjo en legítima defensa, no existiendo, por lo tanto, delito²⁰. Nada impediría que, en tal evento, quien se considere agraviado por la sentencia absolutoria, que bien podría ser el Agente Fis-

20. Obsérvese que el Art. 19 del Código penal, dice "No comete infracción de ninguna clase, el que obra en defensa necesaria de su persona..."

cal o el acusador particular, interpongan recurso de casación, pero con el inconveniente de no poder determinar los hechos constitutivos del delito que no existe a ojos del juzgador.

b) Siguiendo los consejos de una sana lógica la fundamentación jurídica del recurso, que aparece como tercer requisito, debería, en realidad, ser previo a la cita de la Ley violada. Sea lo que fuere, podría creerse que el cumplimiento del segundo requisito no presenta dificultad alguna, pues, un conocedor del Derecho en general y del Penal en particular, sin mayor problema podrá llegar al punto medular del recurso puntualizando en forma muy concreta los artículos de la ley que se estima se han violado. Pero, según nuestra opinión, esto representará, en la mayor parte de casos, un complicado problema de apreciación, de evaluación y de presentación de argumentos en el escrito de fundamentación, como para llevar a los magistrados al convencimiento de que la Ley ha sido violada. Sin embargo, luego de una inteligente exposición que contenga la fundamentación del recurso fluirá con sana lógica la puntualización de las normas legales que se han violado, a juicio del recurrente.

c) Con respecto a los fundamentos jurídicos en que se basa el recurso,- requisito, sin lugar a dudas, el más importante,- sin olvidar que el mismo es de puro Derecho, y por tanto supone la violación de la Ley en la sentencia, no se puede pretender distinguir, con fines de separación y menos de manera absoluta y radical, los asuntos que son de derecho de aquellos que se estima son simplemente de hecho, tanto más que en "la llamada cuestión de hecho se comprende todo lo que se refiere a la declaración material y a la valoración moral del hecho, que queda a la libre convicción del juzgador (aunque entre nosotros tendríamos que decir, 'al sano criterio lógico', según el Art. 64 CPP), y no solo el hecho principal, sino las circunstancias del mismo, entendiéndose por declaración del hecho no solo el aspecto positivo, sino también el negativo: de tal manera, la exclusión de un hecho o de una circunstancia vale tanto como la declaración expresa de la no existencia del hecho o la circunstancia excluida de la declaración"²¹.

Es verdad que los asuntos de derecho comprenden aspectos eminentemente legales, positivos o adjetivos, pero siempre y en todos los casos aplicados o interpretados en referencia a los elementos constitutivos del delito, a sus circunstancias modificatorias o eximentes, agravantes o atenuantes, etc. todo lo cual aparece de la actuación probatoria que obre de autos. Es por esta razón que no estamos de acuerdo con el criterio generalizado de algunos magistrados según el cual,

21. FENECH, obra citada, pág. 473.

en virtud del recurso de casación, no se debe analizar, examinar o valorar nuevamente en modo alguno las actuaciones probatorias. Tal posición supone una irracional limitante que jamás estuvo en la mente del legislador, aunque ciertamente es mucho más cómoda y expedita para descartar el conocimiento de causas que no conllevan alguna importancia destacada; para muestra léanse todos los fallos publicados en las Gacetas Judiciales en los que se encuentra idéntica redacción: "Por el mencionado recurso, la sala no tiene facultad para volver a hacer un nuevo análisis, de la prueba examinada y valorada por el inferior, sino, de manera exclusiva, la sentencia a fin de establecer si el juzgador ha procedido en forma coherente, con los hechos que sirven de base al juicio, aceptados como verdaderos, y si fueron aplicadas correctamente las correspondientes disposiciones legales"²².

Debe tenerse presente que, a decir de MANZINI²³, al menos en la doctrina procesal penal italiana se ha intentado "establecer los momentos característicos del proceso intelectual que da como resultado la resolución judicial, reduciéndolo a tres etapas conceptuales", que serían: a) Determinación del hecho en su elemento físico y psíquico, a los fines de aplicación del derecho, distinguiendo la asunción y valoración de la prueba, de las deducciones lógico-jurídicas que el juzgador obtiene de tales pruebas; b) Calificación Jurídica, "en la que el juzgador determina sobre la norma de derecho en la que reputa comprendido el hecho, operación que tiene un evidente carácter jurídico, esto es, de mero derecho"; y, c) Aplicación de la norma al hecho ya calificado.

Siguiendo esta línea de razonamiento nada raro sería que, según las actuaciones probatorias, - testimonios o documentos, por ejemplo, - que son las únicas con que cuenta el juzgador para adoptar sus decisiones, se llegue a la conclusión de que no existe delito porque no hay antijuridicidad, o no hay tipo legal que sancione la conducta; o que es imposible determinar la culpabilidad de una persona porque las declaraciones obtenidas por personal de la policía ecuatoriana son, como casi siempre, arrancadas con violación de las garantías constitucionales, y, por consiguiente, ilegales, no aptas para fundamentar un fallo condenatorio. Obviamente, para rectificar el error de derecho en la sentencia no puede dejar de analizarse y valorarse los testimonios, documentos o informes periciales, vale decir, la prueba. Podríamos multiplicar los ejemplos para demostrar que en casi todos los casos la violación de la Ley en la sentencia no será sino la conse-

22. Gaceta Judicial Serie XV, No. 13, pág. 3927.

23. Citado por Fenech, Ob. Citada, pág. 473.

cuencia de una falsa o indebida apreciación de la prueba, porque el error de derecho se comete cuando "dados los hechos que se declaran probados en las resoluciones impugnables se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que debe ser observada en la aplicación de la Ley penal"²⁴. El mismo autor citado, cuya opinión ha sido tan invocada por la jurisprudencia ecuatoriana, pero casi siempre tomada fuera de contexto, analiza con mucho detenimiento esta situación y las distintas posibilidades que pueden presentarse cuando afirma que "se entenderá que ha sido infringida una ley, para el efecto de que pueda interpretarse el recurso de casación, cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de hecho, si éste resulta de documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador, y no estuvieren desvirtuados por otras pruebas"²⁵.

Por todas estas consideraciones y otras más en las que no podemos detenernos dada la naturaleza de este trabajo somos del criterio de que la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia debe cambiar criterios tradicionales que si bien es verdad facilitan en algo su tarea, en cambio la limitan en gran extensión en el ámbito jurídico hasta el punto de poner en peligro el verdadero sentido, el objeto y la finalidad que se persigue con el recurso de casación: evitar que el juzgador a quo aplique injusta e indebidamente la norma vigente.

4.- Actuación del Ministerio Público

Si el Agente Fiscal que intervino en la Audiencia del Plenario es el recurrente, una vez que se pone en conocimiento del Fiscal General la recepción del proceso, éste tiene el mismo plazo de 20 días para insistir en el recurso y fundamentarlo en la forma ya estudiada. Si no insiste o no lo fundamenta dentro del plazo indicado, se devolverá el proceso al inferior, sin otra sustanciación, para que se ejecute la sentencia. Art. 379 CPP. Creemos que esta actuación del Ministerio Público está entre las más nobles pues, de lo que se trata, es de precautelar los intereses de la sociedad a la que se representa; pero no cuando se buscan intereses mezquinos, (como en un caso que conocimos), en que el Agente Fiscal exigió dinero de los supuestos narcotraficantes absueltos en sentencia a sabiendas de que por la interposición del recurso la recuperación de su libertad se prolongaría por mucho tiempo más.

24. FENECH, ob. citado, pág. 476.

25. FENECH, ob. citado pag. 479.

5.- Traslado al Fiscal General

Presentado el escrito de fundamentación por parte del recurrente se correrá traslado al Fiscal General, por el plazo de veinte días, mas, aunque el Art. 379 CPP no lo dice, se entiende que es con la finalidad de que exponga en derecho sobre el asunto en discusión o punto de controvertido. Pero, si no lo hace y guarda silencio, ello no produce otra consecuencia que la de privar a los juzgadores de una importantísima opinión de quien es llamado a precautelar los intereses de la sociedad evitando distorsiones en la aplicación de la ley penal a los que la ofenden en sus derechos fundamentales y, primordialmente, en el de juzgar y sancionar adecuadamente a los delincuentes.

6.- Fijación de fecha para la Audiencia

El Art. 380 CPP dispone que si el recurso se hubiere fundamentado en el plazo legal de veinte días, la Corte Suprema señalará fecha para la audiencia. Si no se hubiere cumplido este requisito previo el recurso se declarará desierto y se devolverá el expediente al Tribunal Penal para que se ejecute la sentencia.

En razón de la acumulación de causas, dichoso podrá sentirse un abogado si es que el señalamiento de fecha para la realización de la audiencia se cumple dentro del año siguiente a la recepción del proceso.

7.- Audiencia

El Art. 381 CPP señala la forma en que se desarrollará la audiencia ante la Sala de lo Penal. Luego de instalada, el Presidente dispondrá que el Secretario lea las piezas procesales pertinentes (sentencia impugnada, escrito de fundamentación del recurrente, escrito del Fiscal General y de las otras partes, si hubiere). Luego concede la palabra al recurrente, y a las otras partes, si hubieren concurrido, pero en el orden que señale el Presidente, debiendo, en todo caso, ser el defensor del procesado el que hable en último lugar, disposición que recuerda el desarrollo de la audiencia del Tribunal Penal.

Al respecto solo caben dos observaciones: la primera, que lamentablemente, ni el Fiscal General ni su delegado concurren a este tipo de audiencias, a menos que se trate de algún asunto de carácter trascendental, llevado a ese plano por la opinión o el escándalo que generan algunos periodistas; posiblemente se argumente que consumen mucho tiempo, lo cual es verdad por la lectura, a veces innecesaria, de tantas piezas procesales, mas es una obligación del Fiscal General

que debe cumplirla personalmente o por delegación. La segunda observación es relativa a la inasistencia, o a la pobre preparación de algunos abogados que, por la razón que fuere, exponen en forma confusa, desordenada, incoherente, desperdiciando así, de manera lamentable, la mejor oportunidad de argumentar verbalmente ante los juzgadores para convencerles del acierto de sus criterios apoyados en la doctrina y la jurisprudencia; sin embargo, éste es un problema de conciencia personal, de ética profesional y de responsabilidad frente al cliente y a la sociedad.

8.- Resolución

De acuerdo con el Art. 382 CPP si la Sala de lo penal estima procedente el recurso pronunciará sentencia enmendando la violación de la Ley; si no, lo declarará así en sentencia y devolverá el proceso al Tribunal Penal para que se ejecute el fallo del que se hubiere recurrido.

Obsérvese que la disposición no fija plazo dentro del cual debe resolverse el recurso de casación; tal vez por esta razón es que la resolución demora años en la mayoría de casos. De todos modos, si el Código de Procedimiento Penal hubiera fijado plazo, éste jamás se cumpliría, como todos los demás que constan en esa ley procesal pero que simplemente la "adornan"²⁶.

9.- Conclusiones

Para terminar, resumimos los aspectos más importantes y sobre los cuales son pertinentes los cuestionamientos que hemos formulado a lo largo de este estudio:

- a. Las reformas constitucionales que convirtieron a la Corte Suprema de Justicia del Ecuador en Tribunal de Casación afectaron de modo muy serio y grave el trámite del recurso de Casación en materia penal, puesto que, anteriormente, existían cinco salas, integrada cada una por tres magistrados, para conocer y resolver de las causas que llegaban a su conocimiento, en tanto que en la actualidad hay una sala integrada por cinco magistrados, a la que han confluído todas las causas que estaban pendientes de despacho en las otras cuatro salas. La consecuencia ha sido, simplemente, desastrosa, como era fácil de vislumbrar. La falta de oportuno des-

26. El lector estará de acuerdo con nosotros en que el único plazo procesal penal que se cumple en el Ecuador es el que se da al acusador particular para que formalice su acusación; Ministros, jueces y fiscales simplemente los ignoran.

pacho seguirá siendo un grave problema que ya ha producido intranquilidad y molestias en quienes sufren las consecuencias directas, al encontrarse privados de la libertad por tiempo indefinido, en especial los procesados por tráfico de estupefacientes.

- b. Si la finalidad de recurso es muy clara, ésta tiene que buscarse en la resolución de la causa en última instancia, sin recurrir a la infundada pero cómoda afirmación de que la Sala solo puede conocer el texto de la sentencia para concluir si se ha violado o no la Ley, ya que tal violación puede estar directamente vinculada con una indebida apreciación de las actuaciones probatorias. Creer que la Sala de Casación solo debe limitarse a leer la sentencia para de ello concluir si se ha violado o no la Ley es infantil e inaceptable.
- c. Debe buscarse un mecanismo que permita escoger qué causas deben ser realmente conocidas por la Sala de Casación, a base de un análisis previo de los escritos de interposición del recurso y de fundamentación, que bien pueden fundirse en uno solo. Todo esto para evitar que se desvirtúe la naturaleza del recurso convirtiéndolo en un recurso de tercera instancia, desaparecido en 1983, pero que, en la práctica en ello ha devenido por errónea actuación de algunos profesionales del Derecho. Posiblemente una comisión de dos o tres magistrados podría analizar si es o no procedente el recurso antes de someterlo a conocimiento de la Sala; de este modo se perdería tiempo y esfuerzo, y se ganaría en agilidad judicial. Por lo demás, recurriendo a esta especie de filtro previo, se podría admitir que también las sentencias que dictan los Jueces de lo penal, en los procesos para sancionar los delitos perseguibles solo por acusación particular, y las sentencias de los Jueces de tránsito, o los jueces especiales en razón del fuero, puedan ser conocidas por la Sala de lo penal de la Corte Suprema en virtud de este recurso, ya que también en esos fallos se puede violar la Ley.

Signos registrables y signos no registrables

Dr. Santiago Guarderas Izquierdo ()*

De conformidad con la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y su Reglamento, son susceptibles de registro como marcas los signos bi o tridimensionales que sean lícitos, perceptibles, suficientemente distintivos y susceptibles de representación gráfica.

1. Un signo es perceptible cuando las impresiones del signo se las puede recibir por uno de los sentidos. "La perceptibilidad del signo se refiere a los sentidos que impresionan"¹. Nótese que la ley no exige que el signo sea visible sino perceptible. Esto significa que son susceptibles de registro los signos auditivos, olfativos, gustativos y táctiles. En el caso de los signos auditivos o audibles, la posibilidad de ser registrados como marcas es mucho más clara que en los otros puesto que pueden ser representados con notas musicales en el pentagrama. En los demás, este asunto es sumamente complejo puesto que aquellos serían admisibles sólo en la medida en que sean susceptibles de representación por medio de una fórmula química y/o física.
2. Un signo es suficientemente distintivo cuando es, por un lado, novedoso y, por otro, especial.

Es novedoso cuando tiene la capacidad intrínseca para identificar un producto o un servicio. "No tiene tal carácter aquel signo que se confunda con aquello que va a identificar, es decir que sea el nombre de lo que se va a distinguir o de sus características"². Por ejemplo:

(*) Profesor en la Facultad de Jurisprudencia de la P.U.C.E.

1. Bertone, Luis Eduardo y Cabanellas, Guillermo, *Derecho de Marcas*, Tomo I, Editorial Heliasta S.R.L., Argentina, 1989, pág. 281.

2. Otamendi, Jorge, *Derecho de Marcas*, Abeledo-Perrot, Argentina, 1989, pág. 108.

mueble, vajilla, el sabor del coñag, el automóvil perfecto, etc. La marca puede dar una idea clara sobre alguna propiedad del producto o servicio que va a distinguir (es lo que en la doctrina se conoce como marca "evocativa", por ejemplo la marca ESPEJO para proteger cera para pisos) pero no puede describir o designar al producto o servicio pues se torna en irregistrable, por ejemplo: delicioso, concentrado, pan bueno, etc.

Es especial cuando es inconfundible con otras marcas registradas o solicitadas con anterioridad, es decir cuando está disponible. La Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena prohíbe el registro como marcas de aquellos signos que sean idénticos o se asemejen no sólo a otras marcas, sino también con respecto de otros signos distintivos, tales como nombres comerciales, lemas comerciales, siempre que dadas las circunstancias pudiere inducirse al público a error. De igual modo, prohíbe el registro de signos que constituyan la reproducción, la imitación, la traducción o la transcripción, total o parcial, de un signo distintivo notoriamente conocido en el país en que se solicita el registro o en el comercio subregional, o internacional sujeto a reciprocidad, por los sectores interesados y que pertenezca a un tercero. En este último caso, inclusive con independencia de los productos.

La distintividad es, pues, esencial ya que precisamente el objeto de la marca es distinguir los productos o servicios producidos o comercializados por una persona de los productos idénticos o similares de otra persona.

3. Un signo es susceptible de representación gráfica cuando es capaz de ser referido o declarado a través de las palabras, notas, fórmulas, etc, esto es, en términos generales, por medio de una descripción.
4. Finalmente, un signo es lícito cuando no contraviene las disposiciones legales sobre la adopción de los signos. Así no son susceptibles de registro como marca:
 - a) Los que consistan en formas usuales de los productos o de sus envases, o en formas o características impuestas por la naturaleza de la función de dicho producto o del servicio de que se trate. En otras palabras, "lo que la ley no permite es que la forma necesaria del producto (o del envase) pueda ser registrada como marca, debiendo entenderse como "forma necesaria" la forma usual y corriente de aquél o bien la impuesta por la propia naturaleza del producto o servicio por su función industrial"³. Así un teléfono

3. Fallo de la Excm. Cámara de Argentina, citado por Otamendi, Jorge, Derecho de Marcas, Abledo-Perrot, Argentina, pág. 77.

usual y corriente no podría ser objeto de marca pues es la forma o figura necesaria del producto teléfono a ser registrado. De igual modo una simple bolsa de papel, una ordinaria lata, no podrían registrarse puesto que son la forma usual de los envases, finalmente, las cuchillas de afeitar tampoco serían susceptibles de registro puesto que su forma está determinada por la máquina (ejemplo citado por el Dr. Manuel Pachón).

Los envases de acuerdo con nuestra Ley son susceptibles de registro como marca de fábrica. Naturalmente los envases deberán tener algo característico, salirse de lo común y habitual para ser registrables, un ejemplo de ello es la botella Old Parr. "El envase como marca distingue el producto que cubre y aquellos otros para los que se obtuvo el derecho y éste es su límite". Podría suceder que un mismo envase fuere registrado como marca para distinguir productos de diferentes clases, como frutas, leche, agua de colonia o nafta".⁴

- b)** Los que consistan en formas que den una ventaja funcional o técnica al producto o al servicio al cual se aplican. La prohibición se justifica pues son objeto de protección a través de los modelos de utilidad que tienen un tratamiento jurídico distinto al de las marcas. De conformidad con el artículo 54 de la Decisión 344 se considera patente de modelo de utilidad a toda nueva forma, configuración o disposición de elementos de algún artefacto, herramienta, instrumento, mecanismo u otro objeto o de alguna parte del mismo que le proporcione alguna utilidad, ventaja o efecto técnico que antes no tenía.
- c)** Tampoco pueden inscribirse los que consistan exclusivamente en un signo o indicación que pueda servir en el comercio para designar o para describir la especie, la calidad, la cantidad, el destino, el valor, el lugar de origen, la época de producción, u otros datos, características o informaciones de los productos o servicios para los cuales ha de usarse. En definitiva, no son susceptibles de registro las denominaciones genéricas y las denominaciones descriptivas.

Las denominaciones genéricas son aquellas que designan los bienes o servicios que se intentan proteger con la marca por registrarse. Estas marcas "...en caso de ser apropiadas por un empresario privarían a sus competidores de servirse de un término conocido y emplea-

4. Otamendi, Jorge, *Derecho de Marcas*, Abeledo-Perrot, Argentina, 1989, Pág. 42.

do por el público o los medios comerciales para designarlos"⁵. Tal es el caso por ejemplo de motor, mueble, mesa, ternos de casimir, etc. Las denominaciones genéricas no se admiten porque sería constituir un monopolio sobre el lenguaje que es de uso común, limitando la libertad industrial y comercial de algunas personas, lo que va contra la razón y la justicia"⁶.

En cambio, denominaciones descriptivas son aquellas que definen los bienes o servicios que se pretende amparar con la marca cuyo registro se solicita. Así: "Enfriadora" para refrigeradoras, "Oral" para remedios, "Cremosa" para leche, "Confortable" para sillones, etc.

La definición o descripción puede tener relación con la especie, la calidad, la cantidad, el destino, el valor, el lugar de origen, la época de producción u otros datos, características o informaciones de los productos o de los servicios para los cuales ha de usarse. Por lo tanto, quedarían incluidos en esta norma aquellos nombres geográficos que fueran indicativos de un lugar de fabricación siempre que dicho lugar resultare conocido como origen de esos productos por diversos fabricantes.

La prohibición establecida con relación a las denominaciones descriptivas no debe extenderse, conforme lo hemos señalado, a las llamadas marcas evocativas, es decir aquellas que dan al consumidor una idea clara y cierta sobre alguna propiedad o característica del producto o servicio (una montaña de sabor y con filtro para proteger cigarrillos). El signo descriptivo también designa estas mismas características, funciones, destino, origen, calidad, componentes, etc. "La diferencia está en que la designación descriptiva es la necesaria o usual para aquello que se describe. La evocativa siempre tendrá en su conformación algún elemento que la hará, en menor o mayor grado, de fantasía. Al concederse una marca evocativa no se quita del dominio público ninguna palabra que se use para describir característica alguna de productos o servicios. No sucede lo mismo si se registrase una denominación descriptiva."⁷

La razón para no permitir el registro de marcas descriptivas es que no admite individualizar el producto o servicio.

5. Pachón, Manuel, *la Propiedad Industrial en el Acuerdo de Cartagena*, Editorial Temis, Bogotá, 1975, pág. 84.

6. Carrillo, Jesús y Morales, Francisco, *la Propiedad Industrial*, Editorial Temis, Bogotá 1975, pág. 240.

7. Otamendi, Jorge, *Derecho de Marcas*, Abeledo-Perrot, Argentina, pág. 70.

La Primera Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en fallo expedido en el juicio PROESA vs. Director Nacional de Propiedad Industrial resolvió que la denominación "El Americano más Famoso" solicitada para proteger artículos comprendidos en la clase internacional No. 34 no era una denominación genérica ni descriptiva, como erróneamente lo sostenía el Director puesto que tal denominación no tenía relación directa con el producto pues bien podía proteger a cigarrillos como a zapatos, licores, etc. Del mismo modo la Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en fallo expedido en el juicio SOLIETE DES PRODUITS NESTLE vs. MICIP, resolvió que la denominación PRESTIGIO para proteger sustancias usadas como alimentos no era una denominación descriptiva o genérica.

- d)** Los que consistan exclusivamente en un signo o indicación que, en el lenguaje corriente o en el uso comercial del país, sea una denominación común o usual de los productos o servicios de que se trate. Se refiere a aquellas marcas que originalmente no eran genéricas o descriptivas, pero que, por diferentes circunstancias, se convirtieron en la designación usual del producto o del servicio. Ante la creciente popularidad de la marca se produce una desnaturalización y pasa al derecho público. "Son las palabras que no encontraremos en los diccionarios con las acepciones que éstos les atribuyen pero sí en el lenguaje de todos los días, tal vez de mucha gente, tal vez de unos pocos cuando se trata de términos más técnicos"⁸. A este fenómeno se le conoce en la doctrina como vulgarización de la marca. Tal es el caso de "chicle", "yogurt", "DDT", "aspirina", "xerox", etc.

Este fenómeno, que se produce en forma espontánea y natural, inicialmente puede ser local pero puede ampliarse a otros territorios que inclusive tengan otra lengua.

- e)** Otros signos que no se pueden inscribir son los que consistan en un color aisladamente considerado, sin que se encuentre delimitado por una forma específica. Es preciso destacar que las combinaciones de colores son registrables en cuanto sean suficientemente distintivas.
- f)** Los que sean contrarios a la ley, a la moral, al orden público, a las buenas costumbres. Se prohíbe registrar marcas formadas con imágenes obscenas o que aludan a representaciones escandalosas o que representen la burla de cualquier institución, etc.

El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena al interpretar el literal a) del Artículo 58 de la Decisión 85 que contenía esta misma norma estableció que a través de esta prohibición se precautela: 1) La moral social pues se impide el registro de signos que contraríen o

8. Otamendi, Jorge, *Derecho de Marcas*, Abeledo-Perrot, Argentina, 1989, pág. 68

afecten a las buenas costumbres; 2) Vela por los intereses de paz, estabilidad y justicia al proscribir las menciones atentatorias contra el orden público; y, 3) Finalmente defiende los intereses generales contra estos abusos.

- g)** Los que puedan engañar a los medios comerciales o al público, en particular sobre la procedencia, la naturaleza, el modo de fabricación, las características o cualidades o la aptitud para el empleo de los productos o servicios de que se trate. Se refiere a los signos que aplicados a determinados productos o servicios inducen al público a creer que aquellos tienen determinadas características. En la doctrina se conocen como marcas engañosas. Si bien la norma da varios ejemplos respecto a la materia sobre la que puede versar el engaño, se trata de una numeración enunciativa; esto significa que bien puede producirse respecto de éstos como de cualquier otra característica de los productos o servicios. Tal es el caso de medalla de oro, diploma de honor que pueden inducir al público a error respecto a que el producto o servicio ha sido objeto de distinción con medalla de oro o diploma de honor.

“La marca debe ser clara en su expresión, a fin de no producir engaños ni directa ni indirectamente en los consumidores. Este principio de la veracidad en las marcas no se refiere a otros competidores, sino que atañe a la expresión marcaria con el producto por cuanto llegará al conocimiento del público”⁹.

- h)** Los que reproduzcan o imiten una denominación de origen protegida, consistan en una indicación geográfica nacional o extranjera susceptible de inducir a confusión respecto a los productos o servicios a los cuales se aplique; o, que en su empleo puedan inducir al público a error con respecto al origen, procedencia, cualidades o características de los bienes para los cuales se usan las marcas. Respecto de esta prohibición es preciso hacer las siguientes consideraciones:

- 1.** Las denominaciones de origen están reguladas por la propia Decisión 344 y tienen un régimen jurídico especial. Son definidas como indicaciones geográficas constituidas por la denominación de un país, de una región o de un lugar determinado, o constituidas por la denominación que sin ser la de un país, una región o un lugar determinado, se refieren a un área geográfica determinada, utilizada para designar un producto originario de ellos y cuyas

cualidades o características se deben exclusiva o esencialmente al medio geográfico en el cual se produce, incluidos los factores naturales y humanos.

Al referirse a las denominaciones de origen Otamendi dice: "se trata de un nombre geográfico que ha venido a ser el nombre de un producto, producto este que por provenir de esa zona geográfica tiene características propias y por ende distintas de todas las mismas especies provenientes de otros lugares".

2. El nombre geográfico, a pesar de su claro contenido conceptual, es registrable, por ejemplo DE PARIS¹⁰. Así expresamente lo ratifica el Artículo 86 de la Decisión 344 cuando prescribe que cuando la marca conste de un nombre geográfico, no podrá comercializarse el producto sin indicación en éste, en forma visible y claramente legible, el lugar de fabricación del producto. El nombre geográfico no es susceptible de registro cuando da la idea de un origen específico. En otras palabras, las denominaciones que denotan procedencia no pueden ser registradas como marcas si son susceptibles de producir confusión en cuanto al origen de los productos.
- i) Los que reproduzcan o imiten el nombre, los escudos de armas; banderas y otros emblemas; siglas; denominaciones o abreviaciones de denominaciones de cualquier Estado o de cualquier organización internacional, que sean reconocidos oficialmente sin permiso de la autoridad competente del Estado o de la organización internacional de que se trate. En todo caso, dichos signos solamente podrán registrarse cuando constituyan un elemento accesorio del distintivo principal. Estas marcas no pueden admitirse según Pachón, porque darían una falsa idea de que existe un nexo entre los productos o servicios de se trata y el Estado u organización cuya bandera, emblema o nombre se reproduce o imita. Se trata, de defender al consumidor quien al ver esos signos puede pensar que tienen el respaldo de los países que ellos representan. Si tales signos son solicitados y usados por los mismos organismos, pueden ser susceptibles de registro puesto que no habría ni engaño al público ni piratería.

El Convenio de París tiene normas que se refieren a este tema. El Artículo 6 establece que los países de la Unión acuerdan rechazar o

10. La Primera Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en el juicio INDELUECA vs MICIP declaró ilegal el acto por medio del cual rechazó la solicitud como marca de fábrica la denominación DE PARIS (Abril 24, 1985).

anular el registro o prohibir, con medidas apropiadas, el uso, sin permiso de las autoridades competentes, bien sea como marca de fábrica o de comercio, o bien como elementos de las referidas marcas, de los escudos de armas, banderas y otros emblemas del Estado de los países de la Unión, signos y punzones oficiales de control y garantía adoptados por ellos, así como toda imitación desde el punto de vista heráldico. El párrafo 1 de este mismo artículo extiende a los escudos de armas, banderas y otros emblemas, siglas o denominaciones de organizaciones internacionales intergubernamentales.

- i)** También por protección al público se prohíbe el registro de los signos de conformidad con normas técnicas a menos que su registro sea solicitado por el organismo nacional competente en normas y en calidades en los Países Miembros y aquellos que reproduzcan monedas o billetes de curso legal en el territorio del país, o de cualquier país, títulos, valores y otros documentos mercantiles, sellos, estampillas, timbres o especies fiscales en general.
- k)** Los que consistan en la denominación de una variedad vegetal protegida o una esencialmente derivada de la misma. Esta disposición concuerda con la contenida en el artículo 13 de la Decisión 345 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que dispone que la denominación adoptada para una variedad vegetal no puede ser objeto de registro de marca.
- l)** Los que consistan en el nombre completo, apellido, seudónimo, firma, caricatura o retrato de una persona natural distinta del petionario o que sea identificado por la generalidad del público como una persona distinta de éste, salvo que se acredite el consentimiento de esa persona o de sus herederos, de conformidad con las formalidades establecidas por la legislación nacional correspondiente. La ley protege a quien eventualmente puede verse afectado por el uso como marca de su nombre o retrato y a sus herederos. Por ello, la ley subordina el registro de estas marcas al consentimiento dado por el interesado o sus herederos. "Al mediar autorización se considera que el interesado no tiene inconveniente para que se utilice como marca algo personal suyo"¹¹.
- m)** Los títulos de obras literarias, artísticas o científicas y los personajes ficticios o simbólicos que sean objeto de un derecho de autor correspondiente a un tercero salvo que medie su consentimiento. Dichos elementos forman una sola unidad con la obra y, por lo

11. Pachón, Manuel, *La Propiedad Industrial en el Acuerdo de Cartagena*, Editorial Temis, Bogotá, 1975, pág. 92.

mismo, afectarían los derechos de autor. Es preciso recordar que las creaciones intelectuales son objeto de protección por el derecho de autor.

Utilidad de la búsqueda

Como lo dicen los tratadistas Carrillo y Morales, "Cuando se elige una marca, quien lo hace halla tres posibilidades relativas a su novedad, y son las siguientes: o elige una conocida, que ha caído en el dominio público y que no se puede registrar, ni representa lo que se busca con la marcación de los productos; o escoge una marca en uso debidamente registrada (o sin registro, en algunos casos) y se comete una usurpación; o toma una marca con los atributos de especialidad y novedad"

Es de suponer que quien solicita una marca lo hace bajo la creencia de que ella es novedosa y está disponible. Con frecuencia ocurre que en efecto el signo es novedoso pero no está disponible.

Uno de los mecanismos que una persona tiene para asegurarse que la marca se halla disponible es efectuando una búsqueda de disponibilidad. A través de ella se pretende identificar todas las marcas tanto registradas como solicitadas con anterioridad, de productos idénticos o similares, que, eventualmente puedan obstaculizar el registro de la marca deseada.

No hay duda que siempre que se recurra a este mecanismo las posibilidades de que una marca sea observada disminuirán notablemente.

Procedimiento de registro

El registro de una marca se efectúa de acuerdo con el siguiente procedimiento:

Solicitud

La solicitud de marca se presenta en la Dirección Nacional de Propiedad Industrial, la misma que debe contener:

- 1.** La identificación del peticionario, Comprende:
 - a) Los nombres y apellidos, en caso de que el solicitante sea persona natural, o la razón social si es persona jurídica,
 - b) El domicilio,
 - c) La nacionalidad, y

- d) El estado de constitución, exclusivamente para el caso de personas jurídicas.
2. La descripción clara y completa de la marca que se pretende registrar. Las marcas pueden ser denominativas (palabras, vocablos o denominaciones de fantasía), figurativas (dibujos, diseños, logotipos, franjas de colores, emblemas, etc.), mixtas (formadas por la fusión de marcas denominativas y figurativas) y marcas constituidas por formas materiales, (envases, envolturas y botellas). La descripción es muy importante puesto que delimita el derecho marcario.
 3. La indicación de los productos o servicios de la clase en la que se solicita el registro de la marca. Nótese que la ley exige la indicación de los productos o de los servicios; anteriormente sólo se exigía la indicación de la clase.

Respecto de este requisito se debe aclarar que una solicitud de registro no puede referirse sino a una clase de productos o servicios. Para registrar una marca en varias clases se requieren solicitudes separadas para cada una de ellas.

La omisión de cualquiera de los requisitos enumerados anteriormente ocasiona que la solicitud sea considerada por la Dirección Nacional de Propiedad Industrial, como no admitida a trámite y no se le asigna fecha de presentación. Se debe aclarar sin embargo, que la Dirección en ningún caso puede rechazar la presentación de la solicitud.

Anexos a la solicitud

La solicitud debe ir acompañada de los siguientes documentos:

1. El nombramiento, si el solicitante fuere una persona jurídica ecuatoriana y el poder, si fuere extranjera.
2. El extracto de la solicitud para efectos de publicación.
3. Reproducciones de la marca, si fuere del caso.
4. Comprobante de pago de la tasa de publicación.

En el caso de que se reivindique prioridad también se debe adjuntar copia de la solicitud respectiva, conferida por la autoridad competente del país de origen y debidamente legalizada por los funcionarios consulares del Ecuador.

Verificación y examen formal

Presentada la solicitud con sus anexos, la Dirección Nacional de Propiedad Industrial, en el término de 48 horas, verifica la solicitud con el objeto de determinar si ella contiene o no los requisitos señalados anteriormente. En caso de ausencia de alguno de ellos notifica al peticionario que su solicitud no ha sido tramitada. De lo contrario procede al examen externo de la solicitud. La Dirección dispone de 15 días hábiles para este efecto.

Si del examen resulta que la solicitud no cumple con los requisitos formales notifica al peticionario para que, en un plazo de 30 días hábiles contados desde su notificación, prorrogables por una sola vez, subsane las irregularidades. Si dentro de ese término no lo hace la solicitud será rechazada; aunque se debe aclarar que mientras no se notifique este rechazo la solicitud se mantendrá pendiente y, en consecuencia el solicitante podrá completarla.

De la publicación de la solicitud y llamamiento a observación

Si la solicitud de registro no merece reparos o si, habiéndolos merecido fuere completada debidamente, la Dirección Nacional de Propiedad Industrial ordena la publicación de un extracto por una sola vez en la Gaceta de la Propiedad Industrial, con el efecto de que cualquier persona que tenga legítimo interés, pueda observar el registro de la marca.

Del trámite de observaciones

Dentro de los 30 días hábiles siguientes a la publicación tanto el titular de una marca idéntica o similar para productos o servicios, respecto de los cuales el uso de la marca puede inducir al público a error, como quien primero solicitó el registro de esa marca en cualquiera de los Países Miembros, pueden presentar observaciones al registro de la marca solicitada.

Una vez que la observación ha sido admitida a trámite y siempre que esta no fuere presentada extemporáneamente o se fundamente en una solicitud de fecha posterior a la petición del registro de la marca a la cual se observa, la Dirección notifica al peticionario para que, dentro de 30 días hábiles contados a partir de la notificación haga valer sus alegatos, de estimarlo conveniente. En el evento de que el peticionario no contestare la observación se declara abandonada la solicitud. Dentro del término señalado tanto al peticionario como el

observante pueden presentar los documentos que consideren necesarios para justificar sus aseveraciones.

Las partes pueden llegar a transacciones las que serán obligatorias para la Dirección Nacional de Propiedad Industrial, siempre que naturalmente, no sean ilegales o afecten derechos de terceros.

Concluido el término, el Director decide sobre las observaciones y sobre la concesión o denegación del registro de marca.

Examen de registrabilidad

Si no se hubieren presentado observaciones, el Director procede a realizar el examen de registrabilidad y a otorgar o denegar el registro de la marca. La denegación es comunicada al interesado mediante resolución motivada. La Dirección dispone de 15 días para este examen.

Otros aspectos a ser considerados en la tramitación

1. El peticionario puede modificar su solicitud inicial pero únicamente con respecto a aspectos secundarios. Puede eliminar pero no ampliar los productos o servicios.
2. La solicitud de registro de una marca es transferible por acto entre vivos.
3. No se requiere solicitar el cambio de domicilio del propietario de la marca.
4. Las resoluciones definitivas del Director Nacional de Propiedad Industrial y aquellas que impiden, en cualquier forma, la continuación del trámite solicitado, causan estado y en consecuencia, son susceptibles de impugnación ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente.

Vigencia

De conformidad con el artículo 98 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena el registro de una marca tiene una duración de diez años contados a partir de la fecha de su concesión.

Renovación de una marca

El registro de una marca puede ser renovado indefinidamente, por 14 periodos de diez años.

La renovación deberá solicitarse dentro de un período que va desde los seis meses anteriores hasta los seis meses posteriores al vencimiento del registro o de la renovación anterior.

La renovación se otorga automáticamente con la sola presentación de la solicitud. No se requiere demostrar el uso de la marca.

La renovación no importa el renacimiento del derecho de propiedad de la marca, sino tan sólo su conservación. Por lo mismo, ésta es concedida en los mismos términos del registro original, es decir para la misma marca y con relación a los mismos productos o servicios originalmente protegidos. Esto no obsta sin embargo, el derecho del titular de renunciar posteriormente a parte de los productos o servicios amparados por dicha marca.

En cuanto al uso es preciso anotar que la falta de uso de la marca al menos en uno de los Países Miembros por su titular o por el licenciario, podría originar la cancelación de la marca siempre que tal falta de uso sea sin motivo justificado y haya tenido lugar durante los tres años consecutivos precedentes a la fecha en que se inicie la acción de cancelación.

Sin embargo, es preciso destacar que la acción de cancelación por falta de uso sólo tendrá aplicación después del 1 de enero de 1997, pues las disposiciones de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena no tienen efecto retroactivo.

Consideraciones sobre el Derecho Ambiental

Dr. Ricardo Crespo Plaza ()*

La presión del hombre sobre la Naturaleza se inicia a partir de su evolución como *homo sapiens*, es decir como una especie humana dominante y pensante, con capacidad de utilizar herramientas y el fuego, como instrumentos para dominar su medio natural, produciéndose así la revolución agrícola durante la Edad Media. Mas tarde la Revolución Industrial ratificará la posición del hombre como depredador de la Naturaleza. El filósofo inglés Francis Bacon dirá que "el verdadero entendimiento significará la comprensión de las cosas y permitirá a todos los hombres convertirse en maestros y conquistadores de la Naturaleza." (Serrano Vladimir, *Ecología y Derecho* p. 19).

A tal extremo ha llegado la depredación de la Naturaleza por parte del hombre que "cada minuto se destruyen veinte hectáreas de bosque tropical, lo que equivale al uno por ciento de la selva total mundial al año". (Serrano, *Ecología y Derecho* p. 51-52). A esto se agrega la contaminación ambiental en los sectores urbanos; la contaminación de los océanos, ríos, lagos, aire y suelo por desechos tóxicos y el agotamiento de la capa de ozono por la utilización de clorofluorocarbonos.

La Ecología, como la ciencia que estudia la relación de los seres vivos con su entorno, pretende buscar el equilibrio necesario que permita mantener la vida sin destruirla. Como respuesta a los esfuerzos de la Ecología surge el Derecho Ambiental que al decir de Serrano "es una novísima y compleja rama del Derecho, cuya investigación y estructura demanda, profundas reflexiones y estudios, puesto que se enfrenta a la gran tarea de convertir en categorías jurídicas lo que hasta ahora han constituido conceptos de las ciencias naturales y ambientales". (Serrano, *Ecología y Derecho* p. 7).

(*) - Doctor en Jurisprudencia de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Ecuador.
- Consultor en el área de Derecho Ambiental.

A partir de los años sesenta nacen una serie de propuestas que buscan un nuevo tipo de relaciones entre los seres humanos y la Naturaleza. Barbara Ward y René Dubos en su libro "Una Solo Tierra" dirán que el recurso natural más amenazado es el hombre mismo y en los últimos años, científicos estadounidenses han desarrollado la llamada "Teoría de Gaia" que pretende probar que toda la materia existente en este planeta inclusive aquella materia inerte, tiene vida propia. En concordancia con esta teoría me atrevo a creer que la conservación y protección de la Naturaleza constituyen derechos inherentes a la misma, y esto abre la discusión sobre la personalidad jurídica de la Naturaleza representada por un procurador que defienda sus derechos. Esta teoría propuesta principalmente por el jurista chileno Godofredo Stutzin, transforma el esquema antropocéntrico del derecho con respecto a la Naturaleza, estableciendo una propuesta integradora, donde todos los seres vivos, incluido el hombre y además toda materia inerte tienen su propia importancia dentro de un sistema en que cada elemento es considerado pieza fundamental del ecosistema global que es el planeta en que vivimos. Stutzin señala que "mientras siga siendo meramente un bien, la Naturaleza estará subordinada a los intereses utilitarios del hombre y su valor se medirá con la vara de estos intereses que, por muy generales y amplios que sean, siempre reflejan de alguna manera las tendencias propias de la Tecnoesfera (ambiente construido), reñidas básicamente con las necesidades de la Biósfera (ambiente natural). La única manera de equilibrar la balanza y ponderar debidamente las necesidades de la Biósfera frente a las pretensiones de la Tecnoesfera consiste en reconocer a la Naturaleza como parte interesada en los conflictos ambientales y permitirle asumir en nombre propio la defensa del mundo natural". (Stutzin Godofredo. Un Imperativo Ecológico Reconocer los Derechos de la Naturaleza. Revista Ambiental y Desarrollo Vol. 1 No. 1, Diciembre /90). Con esta propuesta Stutzin pretende que la Naturaleza sea considerada no como un bien jurídico según la definición de Maurach sino como sujeto del interés jurídicamente protegido en el sentido de derecho según la definición de Ihering.

El derecho ambiental, como el conjunto de normas que tienen por objeto proteger el medio ambiente, aparece en el Ecuador con la expedición del Código de la Salud en 1971 y con la Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental de 1976. Estas leyes tienen un fuerte carácter sanitarista.

Como consecuencia de la expedición, en 1982, de la Ley Forestal de Conservación de Areas Naturales y de Vida Silvestre, el Derecho Ambiental Ecuatoriano amplía su preocupación de lo sanitario a lo ecológico, entendiéndose este último término como la protección de otras especies vivientes aparte del hombre.

Como principales fuentes del Derecho Ambiental debemos considerar como fundamentales a los instrumentos internacionales de singular importancia que aportan con nuevas ideas respecto de la concepción que tiene el hombre sobre los demás seres vivientes. Entre los principales están: la creación de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza en 1948; el informe del Club de Roma denominado "Los Límites del Crecimiento de 1968"; la Conferencia sobre el Medio Humano celebrada por las Naciones Unidas en Estocolmo en 1972, la Carta Mundial de la Naturaleza emitida por la trigésima séptima conferencia de las Naciones Unidas el año de 1982 y la Conferencia de Río de Janeiro, celebrada en esa ciudad del Brasil en 1992. Luego de estas reuniones internacionales han surgido una serie de tratados, muchos de ellos suscritos y ratificados por el Ecuador, como son por ejemplo el Convenio de Estocolmo, la Carta Mundial de la Naturaleza y los Tratados sobre Biodiversidad Biológica y Cambios Climáticos suscritos en Río de Janeiro en 1992. Adicionalmente el Ecuador ha suscrito y ratificado un sinnúmero de convenciones internacionales ambientales de manera puntual.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo y Medio Ambiente celebrada en Río de Janeiro en junio de 1993 legitima el concepto del desarrollo sustentable, al parecer como el único instrumento de manejo racional del medio ambiente.

Con estos antecedentes trataré a continuación algunos aspectos del Derecho Ambiental que deberían ser preocupación urgente de los investigadores y estudiosos del derecho en nuestro país.

a) Un procurador para la naturaleza

La idea de un Procurador para la Naturaleza se fundamenta en el concepto del Ombudsman, una institución de origen sueco que se inició en tiempos de la monarquía absoluta en el siglo XVI, y cuya función fue vigilar el buen funcionamiento y la administración de la justicia, la teoría de otorgar personalidad jurídica a la Naturaleza según STUTZIN se basa además en esta institución. Distintas legislaciones recogen esta institución jurídica que se equipara a un "Defensor de la Naturaleza".

En Argentina la Constitución de Río Negro de 1988 en su artículo 167 y 168 instituye al "defensor del pueblo" para la "defensa de los derechos individuales y colectivos frente a los actos, hechos u omisiones de la administración pública provincial", cuya actuación se basará en los "principios de informalismo, gratuidad, impulsión de

oficio, sumaria y accesibilidad". Respecto al establecimiento de defensores o "ombudsman" municipales tenemos dos experiencias fundamentales en este campo que son la institución del ombudsman municipal de Zurich, Suiza en 1971 y el mecanismo defensor establecido por la Universidad de Búfalo en los Estados Unidos entre 1967 y 1969 que constituyó un experimento por establecer un ombudsman corporativo.

Desde el 1ro de enero de 1971 en que entra en vigor la Ley Municipal de Zurich se instituye el ombudsman urbano. Este ombudsman es elegido por el Concejo Municipal por un período de cuatro años y es reelegible. Tiene una relación de total independencia tanto con relación al consejo como al ejecutivo.

Entre los años de 1967 y 1969 la facultad de Derecho en la Universidad de Búfalo en los Estados Unidos de Norteamérica instauró la actuación de un ombudsman urbano durante 71 semanas. Esto dió fundamento a numerosas instituciones en los Estados Unidos, en 1971 en el Estado de Ohio se instituyó un Joint Office of "CITIZENS COMPLAINTS" y así en la Década del 70 establecieron su ombudsman, Charleston en 1974, Detroit en 1973, Jamestown New York en 1970, Little Rock en 1972 y Soul County en 1973 y otras muchas municipalidades instituyeron órganos similares pero con otros nombres y diversas formas.

En Buenos Aires la Ordenanza Municipal 40831 creó la Contraloría General Comunal que funcionó a partir del 21 de abril de 1988 y designó un Controlador General Comunal. Este Controlador tiene las características de ombudsman municipal, pues su misión es la de "proteger los derechos, intereses legítimos y difusos de los habitantes de la ciudad ... contra las arbitrariedades, las desviaciones de poder y los errores administrativos como dar satisfacción por el medio más idóneo posible, a quienes se consideren afectados por deficiencia, abusos, negligencias, demoras excesivas en los trámites y todo otro acto que traduzca desconsideración hacia el público, dolo o irregularidad administrativa y evitar a través de las recomendaciones que formule, la repetición de prácticas viciadas (Artículo Segundo) (26). El ombudsman municipal de la ciudad de Buenos Aires es designado por el Concejo a la ciudad de Buenos Aires a propuesta de una comisión en sesión secreta, por el voto de 2/3 de los miembros presentes y dura cinco años en el ejercicio de sus funciones (Artículo 4). Le está vedada toda actividad política y cualquier actividad comercial, laboral o actividad política y cualquier actividad comercial, laboral o profesional, excepto la docencia universitaria (artículo séptimo) (27).

También en la Ley Orgánica del Medio ambiente de Venezuela se establece la institución del ombudsman a nivel nacional. Varios tratadistas de Derecho Ambiental, como el argentino Guillermo J. Cano, han recomendado la instauración de la institución del ombudsman dentro tanto de los gobiernos nacionales como locales para abrir canales eficientes de participación de los ciudadanos en defensa de la Naturaleza.

Los argumentos a favor de la instauración de un Procurador de la Naturaleza en el Ecuador son los siguientes:

- a)** Cualquier particular que reclame sobre afectaciones al medio ambiente, ya no únicamente en su nombre sino a nombre de toda colectividad, bajo el supuesto de que la acción popular correctamente reglamentada en la ley le permita hacerlo para la defensa de un derecho difuso como es la defensa del medio ambiente, se atrevería a presentar reclamo y acciones populares a través de la instauración de un defensor del pueblo, o procurador ambiental, quien podría accionar no solo contra particulares, sino también contra otros organismos o agentes estatales.
- b)** Cualquier razón que dilate o disminuya la motivación de los particulares para presentar acciones en defensa del medio ambiente estaría minimizada, porque el procurador ambiental mediante "las denuncias que se radicarían ante él, constataría los hechos, y, si encontrase que hay violaciones legales, movería las acciones pertinentes sin que éstas engendren responsabilidad ni creen problemas a los denunciantes".
- c)** El procurador ambiental tiene a su vez asidero en el principio jurídico de considerar como un bien jurídico protegido a la Naturaleza, deriva en el concepto del patrimonio natural de la Naturaleza del cual podrían nacer las siguientes interesantes consecuencias jurídicas, por ejemplo:
 - 1.** El reconocimiento de la función natural inherente a toda propiedad sobre bienes naturales, la cual consistiría, al igual que la función social de la propiedad, en una limitación de los derechos del dueño cuando éstos fueren incompatibles con dicha función.
 - 2.** La posibilidad de establecer reglas de condominio entre el hombre y la Naturaleza con respecto de áreas y objetos naturales, con el fin de asegurar su adecuado manejo.

3. La posibilidad de considerar como bienes de la Naturaleza a las áreas reservadas como parques nacionales, reservas de la biósfera etc. y a las especies protegidas de flora y fauna, reconociendo el dominio efectivo sobre la Naturaleza de tales bienes sin perjuicio de los gravámenes de uso que se puedan imponer y, por lo tanto, el reconocimiento de un dominio efectivo de la Naturaleza sobre las "res nullius", el cual estaría limitado solo por los gravámenes necesarios para permitir su uso racional y respetuoso por parte del hombre. Además del referido patrimonio natural, se podría reconocer a la Naturaleza un "patrimonio civil", un fondo del entorno, que estaría formado por dinero y otros bienes destinados a su protección, además de facilitar y financiar medidas de conservación y restablecimiento del ambiente natural.

b) El nuevo derecho constitucional para proteger el medio ambiente

En 1983 fueron introducidas ciertas reformas a la Constitución de 1979 publicadas en el Registro Oficial No. 569 de septiembre del mismo año.

Las reformas introdujeron la disposición del numeral segundo del artículo 19, que no había sido incluido antes en ninguna otra Constitución del Ecuador. Establece una norma constitucional para garantizar a los individuos el derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Adicionalmente, la garantía constitucional establecida por el artículo 19, numeral 2 señala que además "es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la Naturaleza. La ley establecerá las restricciones del ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente".

La garantía constitucional contenida en el artículo 19, numeral 2 fue recogida de la Constitución chilena de 1978. Sin embargo, cabe anotar que la disposición contenida en la Constitución chilena engloba el tema ambiental de una manera más comprensiva, pues no enfoca dicho problema como único en cuanto al tema de la contaminación ambiental sino que va más allá y lo enmarca desde el punto de vista ecológico; en otras palabras, garantiza además la conservación de la Naturaleza. En nuestra garantía constitucional el tema de la conservación y protección de la Naturaleza está apenas enunciado en una sola frase que dice: "tutelar la preservación de la Naturaleza". La disposición del artículo 19 numeral 2 mantiene todavía la característica excesivamente sanitaria de nuestra

legislación ambiental referida estrictamente al tema de la salud pública como es el caso de la contaminación ambiental. Cabe anotar en todo caso que la introducción de esta garantía constitucional fue y ha constituido un gran adelanto jurídico que puede abrir los caminos necesarios para reestructurar el derecho ambiental ecuatoriano hacia una orientación más coherente y de mayor eficacia. Uno de los primeros pasos dentro de este proceso de reestructuración de nuestra legislación ambiental debería ser necesariamente la reforma de la garantía constitucional establecida por el artículo 19, numeral 2, de tal manera que se integre el contexto amplio de la protección y conservación del medio ambiente y no se priorice únicamente al tema estricto de la contaminación ambiental.

La disposición contenida en el artículo 50, mediante la cual se hace efectivo el derecho a la vivienda y a la conservación del medio ambiente para que las municipalidades expropien, reserven y controlen áreas para el desarrollo futuro de conformidad con la Ley, debería estar incluido dentro de un capítulo sobre conservación y preservación del medio ambiente. Preferiblemente se requiere que la Constitución Política del Estado incluya además un capítulo respecto a la política ambiental que debe llevar a cabo el Estado, lo cual conllevaría una inmediata reorientación de las entidades públicas respecto a sus proyectos de desarrollo.

En la actualidad es necesario incorporar en nuestra Constitución Política, instituciones como el derecho de tutela, la defensa de los derechos colectivos y conceptos, como el de desarrollo sustentable y de gestión ambiental; principios y conceptos que conforman los nuevos derechos ambientales constitucionales y que han sido objeto de la propuesta de reforma constitucional de la Comisión Asesora Ambiental de la Presidencia de la República que se describe a continuación:

b.1.) Reformas a la Constitución propuesta por la Comisión Asesora Ambiental de la Presidencia de la República

Introdúzcase un nuevo Título:

TITULO: DEL DESARROLLO SUSTENTABLE Y LA GESTION AMBIENTAL

Art. El Estado reconoce y fomenta el Desarrollo Sustentable entendiéndose como el proceso hacia el bienestar humano en el cual

se realice el aprovechamiento y uso racional de los recursos naturales, de forma que se garantice su presencia a través del tiempo, para mejorar la calidad de vida tanto de las generaciones presentes como de las futuras, sin rebasar la capacidad de carga de los ecosistemas esenciales para la supervivencia de las especies.

El Desarrollo Sustentable se alcanza con el permanente manejo armónico y equilibrado de lo social, lo económico y lo político.

Art. La Gestión Ambiental es el conjunto de acciones y diligencias, a todo nivel, conducentes a lograr un manejo adecuado y sustentable del entorno, los principios básicos que rigen la Gestión Ambiental en el Ecuador son:

- 1.- La Gestión Ambiental corresponde a todos los individuos en cada instante de la vida, y nadie puede sustituir a alguien en esta responsabilidad. La Gestión Ambiental se fundamenta en la corresponsabilidad, la cooperación y la coordinación de acciones.
- 2.- La Gestión Ambiental adecuada será aquella que funcione en base a la concertación, la búsqueda de consensos y la conciliación de los intereses de todas las partes creando espacios participativos en igualdad de condiciones, y para esto, cada acción al mismo tiempo debe ser : socialmente justa, económicamente rentable, y ambientalmente sustentable.
- 3.- La Gestión Ambiental implica emplear fielmente la legislación e instituciones existentes; dicha acción debe provenir desde los que generan, los que deben aplicar y los que deben cumplir las leyes, normas y procedimientos.

SECCION II: DE LOS DEBERES DEL ESTADO Y LAS PERSONAS FRENTE A LA GESTION AMBIENTAL

Art. Es deber fundamental del Estado y de todas las personas proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar y proteger las áreas de especial importancia ecológica, velar por un ambiente sano y fomentar la Educación, y facilitar el acceso a la información para lograr estos fines.

Art. El Estado garantiza la aplicación de una correcta política ambiental de conservación, manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, orientada hacia el desarrollo sustentable del país.

Art. El Estado ecuatoriano responderá patrimonialmente por los daños ambientales que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades e instituciones públicas.

Art. El Estado ecuatoriano contará con las instituciones adecuadas para prevenir y controlar las causas de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación e indemnización de los daños causados.

Art. El Estado ecuatoriano cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en la zona fronteriza, y en la solución de los problemas ambientales compartidos, ya sea a nivel regional o global.

Art. El Estado regulará y controlará el ingreso y salida del país de los recursos genéticos y su utilización de acuerdo con el interés nacional.

Art. Se prohíbe la fabricación, importación, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares. Se prohíbe la introducción al territorio nacional de residuos nucleares y desechos tóxicos y productos químicos nocivos para la salud, cuya fabricación u uso estén prohibidos en sus países de origen.

Art. El Estado exigirá que toda actividad que pueda afectar el medio ambiente, cuente con el respectivo Estudio de Impacto Ambiental, y regulará la aplicación de los respectivos planes de mitigación ambiental.

SECCION III: DE LAS ACCIONES PARA LA CONSERVACION DEL MEDIO AMBIENTE

Art. Se establece la Acción de Tutela para los casos de vulneración o amenaza del derecho a vivir en un ambiente sano, por la acción u omisión de cualquier autoridad pública. La Ley pertinente regulará la aplicación de dicha acción.

Art. Se establece la Acción Popular para la proyección de los intereses y derechos colectivos relacionados con el ambiente, la contaminación y la salubridad que hacen referencia en esta sección y en otras de similar naturaleza. La Ley pertinente regulará la aplicación de dicha acción.

Así mismo, establecerá los casos de responsabilidad civil objetiva por los daños causados a los derechos e intereses colectivos.

Art. Sin perjuicio de las acciones civiles a que hubiere lugar, toda acción u omisión de las personas que ocasionare daños al medio ambiente, serán penados por la Ley. El Delito Ambiental será tipificado en la respectiva Ley Penal ecuatoriana.

Reformas puntuales al artículo de la Constitución en concordancia con el título propuesto arriba

Hacer las siguientes reformas puntuales a los siguientes artículos de la Constitución:

Título preliminar

Art. 2 A continuación de: "...habitantes ...", agregar: "... dentro del marco del desarrollo sustentable".

TÍTULO II: DE LOS DERECHOS, DEBERES Y GARANTIAS

SECCION SEGUNDA: DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS

Art. 19 N° 2 A continuación de "... medio ambiente ..." agregar : "estable, sano y libre de contaminación. Es decir del Estado y de todos los individuos ..."

A continuación de: "... para proteger el medio ambiente ...", agregar: "... Toda persona tiene derecho a exigir una acción rápida ante la justicia en defensa del medio ambiente y de los recursos naturales y culturales. Se puede interponer acciones, aún en los casos en que no se afecte el interés económico o personal del demandante. El interés moral, económico o personal del demandante. El interés moral, económico o personal del demandante. El interés moral autoriza la acción aún cuando no se refiera directamente al agente o a su familia".

N° 9 A continuación del primer párrafo, agregar el párrafo siguiente: "Este derecho se limitará mediante ley en cuanto a la posibilidad de tránsito y establecimiento de residencia en el Archipiélago de Galápagos".

Nº 14 A continuación de: "... como consecuencia de los servicios públicos", agréguese: "... de los actos de los funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos, de la responsabilidad civil derivada por permitir el establecimiento, operación y desarrollo de actividades peligrosas que atenten contra el medio ambiente y su conservación.

TITULO III: DE LA ECONOMIA

SECCION I: DISPOSICION GENERAL

Art. 45 Se sustituye el párrafo segundo del art. 45 por el siguiente:

"El sistema de economía de mercado ayudará y fomentará a que se lleve a cabo el desarrollo sustentable a través del cual se mantendrá una producción dentro de los límites que permite el medio ambiente, con la que se conseguirá un proceso de mejoramiento de la calidad de vida y progreso integral de los ecuatorianos. La acción del Estado tendrá como objetivo hacer equitativa la distribución del ingreso y de la riqueza en la comunidad".

SECCION II: DE LOS SECTORES DE LA ECONOMIA

Art. 46 El literal a) del numeral 1. del art. 46, sustitúyase por el siguiente:

"a) Los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo y todos los minerales y sustancias cuya Naturaleza sea distinta al suelo y requieran un aprovechamiento racional para asegurar su presencia en el futuro".

SECCION III: DE LA PROPIEDAD

Art. 48 Agréguese el siguiente párrafo:

"Dado que la propiedad cumple una función social que implica un conjunto de obligaciones, como tal, le es inherente una función ambiental".

Art. 50 Luego de: "... el derecho a la vivienda y a la conservación del medio ambiente..." agréguese: "... las Instituciones facultadas por la ley, las Municipalidades, y en general, todos los Gobiernos Seccionales podrán..."

Art. 51 Se elimina el último párrafo que dice: "Se organiza y fomenta la colonización para ampliar la frontera agrícola y obtener el reasentamiento equilibrado de la población en el territorio nacional".

SECCION IV: DEL SISTEMA TRIBUTARIO

Art. 52 Al final del Art. 52, agréguese un párrafo que diga:

"Así mismo establecerán los correspondientes incentivos, exoneraciones o deducciones para quienes inviertan recursos en asuntos relativos al Desarrollo Sustentable, a la Beneficencia, Salud, Protección y Conservación del Medio Ambiente y demás asuntos de interés social para la comunidad".

Segunda parte

TITULO IV: DE LOS ORGANISMOS DEL ESTADO

SECCION TERCERA: DE LOS ORGANISMOS DE CONTROL

Luego del Art. 119, agréguese un artículo: "La superintendencia del Medio Ambiente será el organismo técnico y autónomo que se encargará de coordinar, controlar y fomentar las acciones relacionadas con la gestión ambiental y la conservación del medio ambiente en el país, en las circunstancias y condiciones establecidas por la Ley."

TITULO VI: DE LA FUERZA PUBLICA

Art. 131 Luego de: "... ordenamiento jurídico.", sustitúyase la última oración por la siguiente: "Sin menoscabo de su misión fundamental, la ley determinará la colaboración que la Fuerza Pública deberá prestar para el desarrollo social, económico y para la protección del medio ambiente del país y en los demás aspectos concernientes a la seguridad nacional".

c) La defensa de los derechos colectivos para proteger el medio ambiente

La acción popular es el medio a través del cual las personas ejercitan ante las autoridades administrativas y jurisdiccionales los derechos que las normas legales les reconocen, o el recurso que tiene todo individuo de reclamar que las leyes se cumplan. Las acciones populares tratan de que las leyes se cumplan. Las acciones populares tratan de defender los llamados "intereses difusos" que son aquellos que conciernen no solamente a un individuo sino a un grupo o a toda la sociedad.

Entre estos derechos se hallan los que atañen a la salubridad del medio ambiente o a la protección del medio ambiente, que indudablemente no son meramente individuales.

En nuestra legislación la acción popular está establecida por el Código de la Salud y la Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental, pero desafortunadamente no ha tenido mayor aplicación práctica por la falta de reglamentación y porque el derecho procesal ecuatoriano se asienta sobre el derecho constitucional de petición establecido por el artículo 19, numeral 10 de la Carta Política, que señala que tal derecho no se podrá ejercer en nombre del pueblo sino en forma individual.

d) La sistematización de la legislación ambiental en el Ecuador

La poca o ninguna aplicación de las normas de derecho ambiental en el Ecuador obedece a la falta de apoyo político e institucional en la aplicación de estas leyes. Los esfuerzos para lograr la eficacia del derecho ambiental en el Ecuador podrían iniciarse a través de la expedición de la Ley de Medio Ambiente cuyo proyecto se encuentra en trámite ante el Congreso Nacional. Con la expedición de esta Ley se podrá lograr un mecanismo institucional que podría ser una Superintendencia o Contraloría del Medio Ambiente que busque la coordinación de acciones y la vigilancia en el cumplimiento de las normas.

La reforma constitucional antes mencionada constituye también una necesidad fundamental para el establecimiento de una verdadera política ambiental en nuestro país, así como para ampliar la participación de los ciudadanos en el reclamo y en la toma de decisiones en las cuestiones que afecten al medio ambiente.

Adicionalmente el derecho penal y el derecho tributario deberán incorporar a la Naturaleza como un bien jurídicamente protegido.

Bibliografía

- 1.** COMISION ASESORA AMBIENTAL DE LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA. CAAM. PROPUESTAS DE REFORMA CONSTITUCIONAL.
- 2.** CRESPO PLAZA RICARDO. DOCUMENTO DEL AREA DE LEGISLACION AMBIENTAL EN EL COMPONENTE QUITO DEL PROYECTO RLA /89/011 MANEJO AMBIENTAL URBANO. MARZO 1993.
- 3.** SERRANO VLADIMIR. ECOLOGIA Y DERECHO. FUNDACION ECUATORIANA DE ESTUDIOS SOCIALES, 1987.
- 4.** STUTZIN GODOFREDO. UN IMPERATIVO ECOLOGICO RECONOCER LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA. REVISTA AMBIENTE Y DESARROLLO VOL. 1, No. 1. CENTRO DE INVESTIGACION Y PLANIFICACION DEL MEDIO AMBIENTE. SANTIAGO DE CHILE 1990.

Ley Orgánica de Régimen Seccional

Luis Fernando Torres ()*

1.- Antecedentes

La Asociación de Municipalidades del Ecuador envió al Presidente de la República, en marzo de 1994, un proyecto de Ley Orgánica de Régimen Seccional (LORS) para que éste, a su vez lo remita al Congreso con el carácter de urgente.

El Proyecto de los municipios se originó en una asamblea reunida en Machala en febrero de 1994 que llegó a amenazar con una medida de hecho si el Presidente no lo estudiaba ni lo enviaba al Congreso. Y es la primera propuesta sistemática que los organismos seccionales plantean en los últimos años para modificar sustancialmente el rol de los municipios.

La iniciativa para impulsar un auténtico proceso de descentralización ha nacido en los municipios. Durante los últimos 15 años los gobiernos democráticos no han formulado propuestas concretas de reforma municipal. El Proyecto de ley tiene, por consiguiente, gran trascendencia pues to que abre el cauce para una reforma integral. El breve análisis que a continuación se realiza permite apreciar la dimensión del cuerpo legal.

2. Jurisdicción y relaciones con el Estado y el Gobierno

El Proyecto consagra al municipio como órgano soberano en el cantón. Sus competencias solamente pueden ser limitadas en favor del

(*) (1962) Doctor en Jurisprudencia (PUCE), master en Política Comparada (London School of Economics), Estudios Postdoctorales (Katholieke Universiteit Leuven), Ex-profesor Ciencias Políticas (PUCE). Autor de libros y artículos sobre el Control de la Constitucionalidad y los procesos democráticos. Ex-diputado por Tungurahua y, actualmente, Alcalde de Ambato.

Estado en virtud de una ley. Tiene a su cargo promover el bien común local y ejercer las competencias establecidas en la ley vigente y algunas otras previstas en el Proyecto, sin interferencias estatales. Entre las formas de gestión señala, de modo muy explícito, que la prestación de servicios públicos, la construcción, mantenimiento de obras, se ejecutarán directamente o por terceros, mediante contrato o concesión y que los municipios podrán asociarse con inversionistas nacionales o extranjeros para actividades susceptibles de ejecutarse con criterio empresarial. Con disposiciones como ésta demuestra que la eficiencia económica también es una de las metas de los municipios, acostumbrados antes al paternalismo estatal y a formas de gestión excesivamente burocráticas.

Para frenar la tendencia creciente, impulsada actualmente desde el órgano legislativo, de crear municipios el Proyecto determina que el Presidente de la República tenga, en forma exclusiva, la iniciativa para proponer al Congreso la creación de un cantón.

Una propuesta muy original es la de que el Gobierno Nacional, mediante convenio con la respectiva municipalidad, pueda transferir o delegar la prestación de servicios públicos o la realización de actividades gubernamentales, y que en el convenio se determinen los recursos necesarios. Las únicas competencias no susceptibles de transferencia ni delegación son el mantenimiento del orden público y la seguridad nacional, las atribuidas al Presidente y al CONADE en la Constitución y los actos de administración y de gobierno que tengan carácter nacional. El Proyecto explícitamente dispone que únicamente en forma complementaria y sólo en la medida que lo permitan sus recursos, el municipio puede cooperar con otros niveles gubernativos en el desarrollo y mejoramiento de la cultura, la educación y la asistencia social.

Para que la autonomía económica no sea simplemente una aspiración, el Proyecto señala como deber del Gobierno Central transferir en forma automática las participaciones y asignaciones que correspondan a los municipios. Uno de los mayores problemas de los administradores municipales ha sido la gran manipulación a la que han estado sujetas las asignaciones presupuestarias.

Para garantizar la autonomía administrativa, el Proyecto desarrolla el concepto de interferencia y dice que por ésta se considera cualquier acto, acuerdo, resolución, orden o disposición proveniente de cualquier organismo público relativo a la administración municipal que no se halle expresamente autorizado y previsto en la Constitución o por la Ley Orgánica. Se trata de una limitación a las autoridades

para que observen el "principio de legalidad," que, por no encontrarse expresamente establecido en la ley vigente, ha permitido que autoridades abusivas y arbitrarias, con simples resoluciones administrativas, violen la autonomía municipal.

Varios organismos intervienen actualmente en la ejecución de obras en el cantón. No existe coordinación y se destruyen los planes municipales; el Proyecto establece que para la realización de cualquier obra será necesario celebrar un convenio entre la entidad respectiva y el municipio de la jurisdicción. Constituye esta disposición una forma de salvaguardar la soberanía municipal en el territorio cantonal.

Cuando una autoridad atentare contra la autonomía municipal sus actos serán impugnables ante el Tribunal de Garantías Constitucionales o ante los Jueces (Tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo y lo Fiscal). El Proyecto deroga la norma vigente según la cual se puede presentar un reclamo ante la Corte Suprema, y que desde su presentación suspende la ejecución del acto impugnado. Desaparece el efecto suspensivo, lo cual es preocupante cuando autoridades extrañas a los municipios se han acostumbrado a violar la autonomía municipal con actos arbitrarios y perjudiciales, inclusive en lo económico.

3.- Régimen Interno

El Proyecto evita que existan interferencias entre las competencias ejecutivas, administrativas y colegislativas del alcalde y las legislativas y fiscalizadoras del concejo. Instaura una especie de régimen presidencialista dentro de la institución municipal con una clara decisión de poderes lo cual es acertado para asegurar mayor eficiencia en la gestión municipal y una despolitización de las decisiones. El alcalde adquiere mayor independencia.

El concejo deja de nombrar a los directores departamentales, al secretario y al procurador síndico, cuya jerarquía institucional es la misma que la de los ministros frente al presidente y al congreso. Podría interpellarlos y la destitución la realizaría el alcalde. Solamente a éste puede destituir el concejo. La competencia fiscalizadora, además de estas acciones, el concejo la ejerce con el conocimiento y discusión de informes presentados por los ejecutivos municipales. En el ámbito administrativo el concejo nombra a los vicepresidentes y en el legislativo expide ordenanzas sobre asuntos de su competencia. El Proyecto crea la figura de las ordenanzas orgánicas para reglamentar asuntos de interés general. El cuerpo edilicio ya no aprueba programaciones de actividades ni las metas de los departamentos administrativos.

Al alcalde, por su parte, se le reconoce la potestad para nombrar y remover libremente a los máximos ejecutivos municipales. Sigue ejerciendo sus competencias como colegislador y retiene la iniciativa legislativa. Conserva una gran injerencia en materia presupuestaria. Y, al facultar el Proyecto el desarrollo de más competencias no establecidas expresamente, se amplía el ámbito de acción del alcalde. El Proyecto acertadamente asegura la jerarquía ejecutiva y administrativa del primer personero municipal para que pueda obrar a plenitud, sin los obstáculos que normalmente suelen colocar los concejos y determinadas mayorías interesadas.

El proyecto otorga a los alcaldes el rango de ministros de estado en materia protocolaria. Elimina la denominación de presidente de concejo. Establece en cuatro años el período municipal y la reelección inmediata e indefinida tanto para alcalde como para concejales.

Con claridad el Proyecto establece procedimientos administrativos y recursos sobre asuntos que actualmente no están debidamente regulados en la ley.

Aparecen los municipios metropolitanos. Según el Proyecto, tienen esta condición aquellos cuyas cabeceras cantonales tengan más de 500.000 habitantes.

Legaliza los convenios de mancomunidad que puede celebrar un municipio con otro u otras instituciones para la ejecución de actividades orientadas a satisfacer necesidades comunitarias.

4.- Sistema Financiero

El alcalde elabora el presupuesto y el concejo lo aprueba con las limitaciones establecidas en el propio Proyecto. Mantiene la prohibición que el concejo aumente injustificadamente la estimación de ingresos y gastos. Elimina la intervención del CONADE, órgano que se ha caracterizado por distorsionar la autonomía municipal al restringir, con sus dictámenes, la libertad de las municipalidades para administrar sus recursos.

Establece plazos fatales para que el ministerio respectivo emita dictámenes sobre ordenanzas tributarias. Al vencerse los plazos el Proyecto determina la obligación que las ordenanzas tributarias sean publicadas en el Registro Oficial, y si esto no ocurriere por cualquier circunstancia, en otro medio para que entren en vigencia y su aplicación no sea detenida por asuntos burocráticos.

Se prevé que el impuesto predial pueda actualizarse anualmente y que la tarifa sea más real.

El aporte más interesante del Proyecto es aquel según el cual los municipios participan en un fondo equivalente al diez por ciento de los ingresos corrientes del gobierno central, sin perder la participación actual establecida en el fondo de Desarrollo Seccional. El objetivo de esta norma no es otro que fortalecer la autonomía financiera de los municipios. Ese fondo se distribuiría según la población, las necesidades insatisfechas y un porcentaje en partes iguales.

Si bien constituye un avance en la dura lucha que vienen librando los municipios para alcanzar mayor autonomía financiera y destruir el centralismo económico que tanto daño ha hecho al país, la norma del Proyecto no es suficiente. Se debió crear una disposición para que del porcentaje que se recauda en cada cantón del impuesto al Valor Agregado el 80% retenga el municipio del lugar y el 20% restante se destine a un fondo nacional para compensar a los municipios en cuya jurisdicción las recaudaciones son bajas. Países como Colombia cuentan con normas de este tipo que fortalecen a la institución municipal.

5.- Colofón

El Proyecto es un intento sistemático de una nueva generación de alcaldes y presidentes de concejos municipales para establecer las bases de un proceso real de descentralización. La reforma del Estado no puede circunscribirse a privatizaciones precipitadas y reducción de la burocracia. Tiene que ir más allá. Además de construir un auténtico Estado de Derecho que garantice el ejercicio de la libertad, es urgente que se produzca una descentralización institucional y económica, de verdadera aproximación a las comunidades locales.

Los representantes de los municipios han tenido que tomar la iniciativa porque el gobierno ha carecido de originalidad y decisión para impulsar un proceso serio de descentralización.

El gobierno ha estado estudiando el Proyecto durante cuatro meses y todavía no tiene un criterio definitivo. Los municipios han amenazado que si no se toma con seriedad la propuesta municipal no tendrán otro camino que recurrir directamente al congreso para que éste asuma la responsabilidad de aprobarlo y de iniciar la verdadera descentralización en el Ecuador.

El papel del derecho frente a las transformaciones del orden mundial y nacional

Ximena Endara Osejo ()*

Los últimos 20 años han sido testigos de como a nivel mundial se han transformado radicalmente las condiciones económicas, políticas y sociales, lo cual inevitablemente ha producido modificaciones en la esfera jurídica, las mismas que han propiciado una serie de cuestionamientos acerca de la función, las características y el lugar que debe ocupar el Derecho en el mundo actual y futuro.

Estos interrogantes se profundizan más, cuando en la mayoría de países latinoamericanos, y también en el nuestro, se han llevado adelante grandes reformas jurídicas que han desmontado el orden vigente hasta los años 80 y han constituido un novísimo ordenamiento jurídico, que indudablemente reclama de nuevas teorizaciones y filosofías que le den un sustento, más allá de la retórica de la "modernización" tan en boga, hoy por hoy, en la región.

Es más, la mayoría de procesos que hemos vivido se han sucedido a un ritmo tan vertiginoso que, muy poco tiempo y espacio han ocupado las justificaciones teóricas, incluso las que deberían provenir del desarrollo del pensamiento jurídico, que al igual que otras esferas del pensamiento social ha sido modificado considerablemente.

En este marco, es indudable que los cambios en los cuerpos legales han estado a la orden del día, y en la mayoría de nuestros países, ha sido motivo de especial preocupación, dado el ordenamiento vigente que ponía especial énfasis en la función rectora del Estado en la esfera económica, con lo que el régimen jurídico de la economía y de la empresa ha empezado a caminar por nuevos senderos.

* Estudiante de Maestría de Derecho Económico de la Universidad Andina "Simón Bolívar".
Subsede en Quito

Es por esto que nos hemos propuesto la realización del presente trabajo, que antes que respuestas acabadas acerca del tema, es más bien la recopilación de un conjunto de inquietudes personales, que nos asaltan tanto en la esfera de la investigación como en la del ejercicio profesional.

En la primera parte de nuestro trabajo presentamos una visión panorámica de las nuevas condiciones económico-sociales que caracterizan al mundo actual y ubicamos como sus causas más inmediatas a la revolución científico-técnica y a la nueva división internacional del trabajo resultante de la aplicación del conocimiento a la industria.

En la segunda parte nos referimos brevemente a los rasgos económicos y jurídicos más generales que tuvo el proceso de industrialización a partir de la post-guerra y a la reforma que ha sufrido luego de la crisis sufrida por éste.

En la tercera parte nos interrogamos acerca de la función, lugar y características que debería tener el Derecho en las condiciones imperantes a nivel mundial.

No nos ha sido posible hacer un análisis que incluya más detalladamente los problemas sociales, culturales y políticos que se dan en estos momentos, por cuanto el tiempo y las condiciones de trabajo nos lo han imposibilitado, por lo que hemos dejado para un segundo momento este trabajo investigativo, que, de llevarlo adelante, nos posibilitará nuevos elementos de juicio para hacer planteamientos más concretos acerca de las tendencias evolutivas del Derecho, que es parte significativa de nuestras motivaciones para estar presentes en esta Maestría de Derecho Económico.

1. Las nuevas condiciones económico-sociales

En la actualidad es casi un lugar común referirse a la globalización de los procesos económicos, sociales y políticos, a tal punto que esta categoría ha ocupado la reflexión, tanto crítica como apologética, de muchos estudiosos.

Si bien no son sinónimos, el término se acopla muy bien para describir la constitución de un orden económico mundial en el que rigen reglas y mecanismos tan similares de un país a otro, que podríamos hablar de una tendencia creciente a la homogenización de las condiciones económicas a nivel mundial. Esto ha dado como resultado la hegemonía mundial del capitalismo como modo de

producción, con la consiguiente ampliación y reproducción de las condiciones de explotación que le son consustanciales, las cuales se magnifican a nivel planetario con la expansión y crecimiento del mercado, el cual, podemos afirmar, se ha enseñoreado del planeta.

Este proceso ha sido posible, no solamente por las propias características de la reproducción y acumulación capitalista, sino también por la desaparición del llamado mundo socialista, que en su proceso de crisis y disolución ha dejado graves secuelas, siendo la más dolorosa la guerra civil que carcome a la ex-república de Yugoslavia.

Pero no solamente éste es el resultado de la desaparición del "Segundo Mundo", como muchas veces se calificó al conjunto de países de Europa oriental en los que se desarrollaba un sistema económico regido por la planificación centralizada en el Estado, sino que su impacto se sintió, sobre todo, en la sacralización de todas aquellas posiciones teóricas que veían en el capitalismo la cúspide del desarrollo del hombre.

Por ello no fue extraño que pensadores como Fukuyama hayan proclamado el fin de la historia y de las ideologías, en una clara alusión a que el capitalismo, entronizado como único sistema económico, era el punto culminante del desarrollo de la humanidad y que por tanto era inútil cualquier esfuerzo teórico o social para pretender cambiar este orden de cosas que se ha manifestado como superior a todos aquellos a los cuales sustituyó y también a todos aquellos que pretendieron erigirse en su alternativa.

Sin embargo, este supuesto grado de superioridad, que la historia concedería al capitalismo, es totalmente contradictorio con los efectos que, sobre la mayoría de la población mundial, ha tenido este proceso de globalización, ya que las ventajas del capitalismo se han distribuido desigualmente.

Así, la mayoría de países del mundo acusan índices alarmantes de pobreza y desnutrición, de muerte por enfermedades curables, de desempleo y subempleo, de déficit de vivienda, en fin, la mayoría de la población mundial no disfruta de las pretendidas ventajas que el orden capitalista debería brindar a la humanidad.

Para no ir muy lejos, hace varios meses la prensa nacional se hacía eco de las denuncias de que en América Latina, 240 millones de personas, de los 440 millones que constituyen su población, vivían por debajo del nivel de pobreza; esto es, la región soportaba niveles

angustiosos de miseria que se evidencian todos los días con solo asomarnos a las calles de nuestra ciudad; y, en nuestro país, "el 40% de la población urbana y el 65% de la población rural viven en condiciones por debajo de la pobreza absoluta y la tasa de mortalidad de los menores de 5 años, es del 82 por mil de los nacidos vivos."

Podríamos decir entonces que, a más de la globalización de ciertos procesos productivos, se ha dado también una globalización de las deficientes condiciones de vida; esto es que no solamente se ha mundializado la acumulación y reproducción del capital, sino también las lacras sociales que éste engendra.

Se podría argumentar que durante toda la historia de la humanidad, en la que se han sucedido varios modos de producción, la pobreza y las desigualdades sociales han sido una constante; y que, por tanto, no es solamente característica del capitalismo la presencia de ésta. Es más, se podría decir que ni siquiera el socialismo, que durante más de 60 años reinó en una parte considerable del mundo, pudo servir para erradicar la pobreza y que por ende es de esperar que el futuro de la humanidad no significará su eliminación.

Igualmente se podría señalar que para que la pobreza sea eliminada, es necesario un mayor aumento de la riqueza a nivel mundial, para que al filtrarse hacia los pobres, su situación mejore con el crecimiento de los bienes materiales. En fin, mucho se podría decir para justificar la existencia de las desigualdades sociales, y eximir de su culpa al sistema de producción vigente.

Sin embargo, durante varios siglos, y en especial desde la Revolución Francesa, el discurso social y político ha estado impregnado de un fuerte contenido antipobreza y de lucha contra las desigualdades sociales. La mayoría de los logros políticos, económicos y sociales han sido realizados teniendo a la lucha contra la pobreza como uno de sus principales objetivos. Las consignas de igualdad, libertad y fraternidad, movieron muchos procesos políticos y económicos y fue un ideal de la humanidad alcanzar un orden social más justo y equitativo.

En este proceso, el Derecho en general y la legislación en particular, ha jugado un importantísimo papel como regulador de las contradicciones sociales y en busca de mejores condiciones de vida material para los seres humanos. La presencia de normas jurídicas inspiradas en los ideales de 1789, ha sido una constante en el

mundo occidental; es más, los principios de igualdad, generalidad y universalidad de las leyes, han sido enunciados buscando erradicar no solamente las injusticias en que podían incurrir los gobernantes, sino también queriendo construir un mundo más justo e igualitario.

Durante el presente siglo, luego de la Segunda Guerra Mundial, la universalización de la "Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano", pretendía aportar en ese camino y fue el marco jurídico internacional con el cual se llevaron a cabo importantes reformas económicas y sociales en muchos países del orbe.

El distanciamiento cada vez más creciente, entre países desarrollados y aquellos que no lo son, que es el resultado inmediato del proceso globalizador, nos hace pensar que, en los albores del tercer milenio, la humanidad ha perdido estos objetivos, y que los ha sustituido por los del crecimiento económico a ultranza, sin reparar en que éste, per se, no es suficiente para garantizar el «desarrollo humano».

Es por ello nuestra inquietud de analizar qué está en el fondo de las últimas transformaciones mundiales y cómo van a incidir sobre la sociedad en su conjunto y sobre el papel del Derecho.

1.1. La transnacionalización de la economía.

Para muchos pensadores, el orden económico y social a nivel mundial ha cambiado radicalmente y su transformación es irreversible. Este cambio tendría como eje fundamental el proceso de transnacionalización de la economía, el mismo que a nivel mundial se manifiesta en lo siguiente:

- a. La economía mundial transnacionalizada ya no está constituida por el intercambio de bienes y servicios, sino fundamentalmente por una serie de flujos de dinero que tienen su dinámica propia.
- b. La meta de la economía transnacional ya no es solamente maximizar las utilidades, sino, ante todo, maximizar el mercado.
- c. El crecimiento y ampliación de la economía transnacional, pone en un segundo orden a la tierra y al trabajo como factores de la producción, principalizando la función financiera del capital.
- d. La mayor parte de las transacciones de la economía transnacional están constituidas por flujos financieros, antes que por actividades productivas.

- e. Los flujos financieros y las empresas transnacionales son capaces de generar «políticas económicas», que alteran incluso las decisiones de los Estados nacionales.

Las condiciones que han permitido que la economía mundial sufra estas transformaciones vendrían dadas por algunos factores, entre los cuales los más importantes son la revolución científico-técnica y su aplicación a los procesos productivos industriales y la nueva división internacional del trabajo que de esta aplicación resulta, sin que estas sean las únicas causas de las transformaciones del sistema capitalista.

1.1.1. La revolución científico-técnica.

Para nadie puede pasar desapercibido el enorme cambio que ha significado la aplicación en la industria de la serie de descubrimientos científicos e inventos que se ha producido a partir de la segunda mitad del siglo XX. La electrónica, la robótica, la informática, la telemática, como ramas de la ciencia y la tecnología han comandado el desarrollo económico del mundo y le han dado una serie infinita de posibilidades de producción de bienes y servicios, antes insospechados.

No solamente se trata de la producción y venta de bienes manufacturados como microprocesadores, teléfonos celulares, hornos de microondas, lasers quirúrgicos, tomógrafos axiales computarizados, discos laser, microscopios computarizados, laparoscopios, equipos para operaciones quirúrgicas guiados por video y computadora, y otros más, sino también de la prestación de una cantidad de servicios, que, en base a las telecomunicaciones, nos permiten realizar transacciones mercantiles, financieras y de todo orden a nivel internacional en pocos minutos; nos posibilitan obtener toda la información que necesitemos de una red de computadoras conectada a nivel mundial; nos permiten ver en directo, tanto la guerra del Golfo Pérsico, como los partidos del mundial de fútbol, enviar una carta vía fax a los amigos y hablar por teléfono con cualquier país a cualquier hora del día.

Es esta revolución tecnológica, la que está en la base de los nuevos procesos industriales y económicos y tiene su asiento en los desarrollos científicos alcanzados que han impulsado el grandioso desarrollo de la electrónica, la informática y las telecomunicaciones, los que a su vez impulsan la química o la biogenética. Son estos magníficos descubrimientos científicos los que han hecho de nuestro mundo una «aldea global».

Sin embargo, los beneficios que todo este proceso podría aportar al conjunto de la humanidad no se han repartido por igual; por ello es muy común ver como al lado de la civilización tecnológica más avanzada, se desarrolla la miseria más lacerante. Para muestra basta el botón de las condiciones de vida que soportan los negros de norteamérica, o la hambruna que ha desolado Sudán o Somalia.

La causa está en la desigual distribución de la riqueza y el poder, que es consustancial a la acumulación y reproducción del capital y que se manifiesta en la División Internacional del Trabajo, que ha dado lugar a la existencia de unos pocos países muy desarrollados económica, social y tecnológicamente, frente a la mayoría de naciones subdesarrolladas y dependientes.

1.1.2. La nueva División Internacional del Trabajo.

La nueva División Internacional del Trabajo, aparece en el momento en que, en base a la revolución científico-técnica, fue posible explotar los «ejércitos de reserva de trabajo» a escala mundial, aprovechando las nuevas formas de transporte y comunicación que permiten “la segmentación espacial del proceso productivo”.

Esta segmentación permite instaurar un sistema manufacturero global que, en base a las plataformas de exportación, facilita el uso intensivo de mano de obra por parte del capital transnacional, en países que mantienen bajos salarios.

El traslado de la capacidad manufacturera hacia los países con menor desarrollo es posible gracias a la centralización del control y de la coordinación que las empresas transnacionales pueden ejercer a nivel mundial, lo que fomenta su creciente influencia sobre los gobiernos y la mano de obra de los países en los cuales se asientan estas unidades de producción.

Esto inevitablemente ha conducido a aumentar la interdependencia internacional, a la globalización de los procesos productivos y también al crecimiento de la participación de los países de reciente industrialización, en la producción y exportación de productos manufacturados.

La emergencia de este sistema manufacturero global, posibilita que la capacidad productiva se disperse en un gran número de países, tanto subdesarrollados como industrializados, pero la capacidad de control local de los excedentes producidos con estas

actividades manufactureras no es la misma, ya que las naciones menos desarrolladas, están sujetas a las bases de contratación impuestas por la empresas transnacionales.

Esto significa que son las condiciones de la dependencia las que impiden que los países subdesarrollados puedan mantener el control de la inversión de la riqueza que se genera en su territorio, por lo que, a pesar del gran desarrollo económico que el mundo ha experimentado es la empresa transnacional, que generalmente tiene su asiento principal en un país desarrollado, la que mantiene en sus manos el control del proceso de acumulación y reproducción del capital. Es esta la causa para que los frutos del avance científico-técnico no se repartan de manera equitativa.

1.2. La regionalización y la conformación de bloques

Si bien hemos dicho que la tendencia predominante es la constitución de un sistema económico mundial, en la hora actual podemos observar que este proceso está mediatizado por la constitución de bloques económicos. Siguiendo a algunos analistas diremos que por el momento tenemos que, en base a la conformación de mercados regionales, el mundo se halla dividido en:

- a.** La Comunidad Económica Europea, cuya área de influencia son los países de Europa, no solamente los que la integran, sino también los de Europa oriental y los que están alrededor de la Common-Wealth.
- b.** El Japón y el Sudeste asiático, que abarcaría también la creciente tendencia a constituir la Cuenca del Pacífico.
- c.** Norteamérica, que gracias al Tratado de Libre comercio firmado con México y Canadá ha copado todo el continente.
- d.** La India y los países del Asia meridional, entre los cuales están Paquistán y Bangladesh.
- e.** China, que por lo pronto sumará a su territorio al próspero Hong Kong.

Como vemos, en esta regionalización queda excluida Africa que, a excepción hecha de los países del Mediterráneo y Sudáfrica, no muestran una clara disposición a agruparse a los distintos bloques, debido al proceso de destrucción económica, social y política que ha venido soportando en los últimos años, que tiene su más clara expresión en la guerra que hoy sacude a Ruanda.

Respecto de los países del cercano y mediano oriente, a pesar de su importancia económica como zona petrolera por excelencia, no es posible hacer un balance, debido a que son recientes los intentos de pacificación y también a que resulta impredecible el rumbo que tomarán aquellos países en donde el fundamentalismo islámico se ha constituido en la opción ideológico-política dominante.

De todas maneras, parecería que esta segmentación del mundo, en base a los mercados regionales que se han ido estableciendo, sería la forma más cómoda para la realización de los intereses de las empresas transnacionales, ya que garantizarían la existencia de mercados que sobrepasen lo nacional e impedirían una mayor disgregación territorial y política. Esto porque la forma nacional de Estado, hasta hoy vigente, no se diluiría en un orden internacional que aún no ha terminado por constituirse; por tanto, expresaría la transición hacia el apareamiento de formas mundializadas del ejercicio del poder político y administrativo, que ha sido calificado como el «Estado mundial»

En este escenario mundial, que tiende a la globalización total partiendo de la conformación de bloques regionales en función de los mercados, América Latina parece estar destinada a continuar bajo la influencia de la economía norteamericana, que es de esperar que se fortalezca con la vigencia del Tratado de Libre Comercio. Hasta hoy, esta ha sido la posición adoptada por los grupos económicos dominantes en la mayoría de nuestros países que, en medio de un proceso conflictivo, han pugnado para establecer reformas arancelarias que nos permitan acceder a los supuestos beneficios de la apertura comercial, como se ve en la adopción del arancel externo común para el grupo andino que establece un mínimo de 10 % y un máximo de 20% a los productos importados de terceros países.

Precisamente los procesos vividos por la región, en la última década, estarían dando cuenta de la funcionalización de los estados y economías a las necesidades de este proceso de formación de bloques, que ha encontrado su justificación en el discurso que promueve la «inserción» de América Latina en el mercado mundial.

Respecto de esto queremos señalar que es muy equivocado partir de un aislamiento de nuestra región de la economía mundial, ya que es un hecho histórico que América Latina nace al mundo precisamente integrándose al mercado mundial; no otro significado tiene el descubrimiento y la conquista de América y precisamente nuestra condición de dependencia y subdesarrollo tiene su fundamento en este hecho, que significó que las transformaciones económicas,

políticas y sociales de la región estuvieron siempre en función de las necesidades externas. Es por ello que, a diferencia de los países capitalistas endógenamente desarrollados, en los nuestros, la acumulación local está supeditada al ritmo y volumen de la acumulación global.

Por tanto, no es correcto hablar de la inserción en el mercado, ya que siempre hemos estado presentes en él, más correcto sería admitir que es interés de determinados sectores financieros internos y externos, propiciar una nueva modalidad de articulación al mercado mundial, esta vez, supeditada nuevamente a necesidades externas a la región.

Este discurso que justifica el aperturismo se ve apoyado en la persistente crisis que ha sacudido a nuestro países, que ha determinado que el peso de la economía latinoamericana en la economía mundial sea cada vez menor.

Si bien se espera que con el aperturismo se generen condiciones positivas en la región, que deberían expresarse en el mantenimiento y la recuperación de los índices de crecimiento económico, el mismo Banco Mundial advierte que la leve expansión de los mercados de importación, el mantenimiento de altos niveles en las salidas netas de capital de América Latina, y la no reversión de las tendencias negativas en la distribución del ingreso, harán que se tenga un crecimiento económico parecido al de los años sesenta, pero que las tendencias regresivas en la redistribución del ingreso no permitirán un mejoramiento de las condiciones de vida de la población, lo que inevitablemente se expresará en el descontento social.

Coincidimos con estas previsiones, ya que a pesar de las reformas, la posibilidad de recuperación económica, en función de la promoción de exportaciones, siempre estará supeditada a la capacidad interna que se tenga para viabilizar industrias que puedan competir en el mercado mundial; y dado el rezago tecnológico, la carencia de recursos frescos que impulsen la economía, la reducción del gasto público y las políticas inflacionarias, más bien se está generando un escenario recesivo que no permitirá un rápido crecimiento económico, más aún cuando se trata de cambiar la orientación que en los últimos años ha tenido nuestra producción. Por tanto, si los presupuestos liberalizadores son correctos, sus efectos positivos se empezarán a ver luego de algunos años, hasta tanto se seguirán produciendo los problemas sociales y económicos que hemos experimentado.

2. La reforma del estado

2.1. Las tesis del desarrollo en América Latina

Durante muchos años, en la etapa posterior a la segunda guerra mundial, la situación de subdesarrollo y dependencia que soportaban la mayoría de países del mundo inspiró una serie de planteamientos sobre el «desarrollo».

Muchas de estas concepciones recogían las reflexiones que la Comisión Económica para América Latina venía realizando acerca de las causas del subdesarrollo de nuestros países, el mismo que, según la CEPAL, obedecía a problemas estructurales provocadas por el persistente deterioro de los términos de intercambio entre A.L. y los países más desarrollados.

Esta situación se debía a que el capitalismo latinoamericano aún se encontraba en una etapa de transición y carecía de un sector que produjera bienes de capital, por lo que necesariamente su economía estaba determinada por el sector primario exportador, el mismo que dependía en exceso de las condiciones del mercado mundial, no siempre favorables para este tipo de productos.

Las reflexiones cepalinas se convirtieron en la explicación más aceptada acerca de la situación de subdesarrollo de la región y se tradujeron en una serie de recomendaciones a los gobiernos para que se implementen políticas económicas que permitan la industrialización latinoamericana como elemento central para impulsar el desarrollo, ya que esto permitiría que su economía deje de depender de la oferta internacional de bienes de capital y de insumos tecnológicamente complejos.

Estas concepciones animaron muchos de los procesos económicos, sociales y políticos de América Latina a partir de los años 50 y se constituyeron en el “paradigma” que guió la discusión teórica durante más de 30 años, e independientemente de que los efectos de su aplicación no se hayan mostrado como exitosos, ha sido la única corriente de pensamiento que ha desarrollado una concepción de política económica desde y para América Latina.

En este proceso el Derecho jugó un papel fundamental ya que fue necesario impulsar una serie de reformas legales que incluían varias leyes, llamadas de «fomento», que se dictaron con el objetivo de dotar de un marco jurídico apropiado para la intervención estatal en diferentes actividades económicas; ya no solamente regulando las

acciones de los agentes económicos que en ellas intervienen, sino incidiendo en la dirección e intensidad de diferentes procesos, para ajustarlos a los objetivos de política económica que emanan desde el Estado.

Este conjunto de mecanismos legales se concibieron al interior de un marco político, ideológico y teórico que consideraba elementos importantes para superar el "subdesarrollo" a los siguientes factores:

- a) la industrialización por sustitución de importaciones;
- b) la participación activa del Estado en la economía; y,
- c) el control estatal de los recursos naturales y estratégicos como fuente de recursos económicos.

2.2. Las tesis del desarrollo en el Ecuador

En nuestro país la influencia de la CEPAL se la siente a partir de 1960 cuando se empiezan a implementar una serie de actividades que propiciaban una mayor intervención del Estado en la economía, como es el establecimiento de la Junta Nacional de Planificación y de varios organismos dedicados a la planificación del desarrollo regional como el CREA, para las provincias de Azuay, Cañar y Morona Santiago.

A más de esto, es notorio como en el discurso asumido por políticos y gobernantes se principaliza al «desarrollo» como objetivo nacional y eje central de la actividad gubernamental.

Siguiendo las recomendaciones de la CEPAL, en el país, a partir de mediados de siglo, van a aparecer leyes de fomento a la pequeña industria y artesanía, al desarrollo agropecuario, a la industria automotriz, entre otras, las que se constituyeron en uno de los mecanismos importantes para la ejecución de las políticas económicas que se derivaban de estas concepciones y los efectos de su aplicación se potenciaron enormemente a raíz de la disposición por parte del Estado de los recursos petroleros, que, al canalizarse hacia la industria y pequeña industria, posibilitaron:

- el fortalecimiento y ampliación de las industrias ya existentes, y
- la diversificación del proceso de industrialización por el apareamiento de nuevas actividades y empresas.

Este proceso se dio en el transcurso de gobiernos dictatoriales, durante los cuales ya se fueron dando algunas modificaciones a la normatividad existente, cuyo objetivo era adecuar a las consideraciones de cada gobierno la idea imperante de que era imprescindible impulsar la industrialización.

Durante este tiempo podemos ver como se ensayan nuevas propuestas legales que se ajusten a esta idea central, destacándose la utilización de las exoneraciones tributarias, la canalización de crédito, los «incentivos» a las industrias que se asentaran en determinadas regiones del país, consideradas como de “un menor desarrollo relativo”, etc.

“En estos años es evidente, en el país, el apoyo explícito o tácito de varios sectores sociales que se identificaban con estos planteamientos. Vemos en esta posición a la llamada «burguesía nacional» identificada con los grupos de industriales serranos; a la clase media urbana constituida por profesionales, empleados del estado y el movimiento estudiantil, éste último ubicado en la misma línea, pero portando posturas más radicales y con cierta crítica al «desarrollismo» subyacente en estas propuestas; y, también a un importante sector del movimiento obrero.

Es notorio, así mismo, el apoyo de los medios de comunicación que cumplieron un importante papel en propagandizar y formar un consenso nacional de apoyo a la industrialización del país. Siguiendo la tendencia regional, en 1978, y como apertura del proceso democrático, se aprueba la Constitución actualmente vigente, la cual contiene muchas normas que legitiman a nivel de la Carta Magna la participación del Estado como eje rector de la economía, en concordancia con las ideas económicas imperantes.

2.3. Crisis del modelo de desarrollo y reforma «estructural» en América Latina.

La década de los años 80 marca el fin del proceso vivido por el capitalismo a partir de la post guerra, y la crisis hace su presencia; la negativa de México a pagar la deuda externa, aduciendo la imposibilidad de hacerlo, marca una nueva etapa en el desarrollo económico mundial y regional y empieza la cuenta regresiva para el modelo sustitutivo de importaciones.

Este período condensa tanto el agotamiento del patrón de industrialización seguido a nivel mundial, como la vigencia plena de las nuevas condiciones económicas descritas en el punto 1, por lo que

se da el aparecimiento de nuevas posiciones teóricas y políticas, que promueven los cambios que hemos experimentado a nivel económico-social y jurídico-político.

Con el remozamiento de las viejas doctrinas liberales, se cuestiona profundamente el régimen jurídico de nuestros países, en especial la intervención del Estado en la esfera económica, procediendo a dismantelar el andamiaje que había hecho posible la existencia del «Estado interventor», como forma jurídico-política en que cuaja el Capitalismo Monopolista de estado.

Si bien esta forma de Estado no es una característica propia de los países subdesarrollados, sí se muestra con mayor claridad en éstos; aun cuando el New Deal estadounidense o el Well Fare State europeo respondan a la misma necesidad de impulsar el capitalismo a nivel mundial, una vez que se había agotado el liberalismo, por cuanto "...esta forma tiene la particularidad de propiciar que el Estado penetre en las actividades económicas y en las socioculturales, asumiendo tareas que antes fueron propias de la clase dominante".

Como su principal instrumento fue el sector público, es natural que el propósito fundamental de la reforma "modernizadora" sea la privatización de las actividades económicas y empresas estatales y precisamente hacia allá se han enfilado el conjunto de reformas "estructurales", que, aduciendo la evidencia empírica, critican como fracasado el intento de salir del subdesarrollo por la vía de la industrialización. Esta propuesta ha encontrado el terreno abonado para impulsar los cambios que la economía mundial transnacionalizada necesita. .

Podríamos decir que, la sujeción de América Latina al nuevo orden económico internacional, no es más que una nueva forma de dependencia impuesta por necesidades de acumulación y reproducción de un capital que cada vez se concentra en muy pocas manos, pero cuya magnitud es de tal naturaleza que controla la economía mundial, por lo que sustraerse de su lógica e influencia parece cada vez más lejano; sobre todo a raíz del derrumbe de los países socialistas.

Por ello, muy pocas voces se han alzado para promover políticas diferentes, es más, la mayoría de gobiernos de la región se han sujetado dócilmente a las recomendaciones de los organismos internacionales, que han representado con mucho éxito el papel de guardianes y defensores de los intereses de los países más desarrollados.

Muchas son las vicisitudes que la región ha debido pasar para adecuarse a la nueva economía mundial, sobre todo cuando la implementación de los planes de ajuste y estabilización han generado un costo social muy elevado que ha recaído principalmente sobre los sectores económicos más débiles, para referirnos únicamente a los efectos económicos de las nuevas políticas.

Sin embargo, los datos que nos da nuestra realidad, no son mayor motivo de preocupación para técnicos y burócratas internacionales que "asesoran" a nuestros gobiernos, su mayor interés es conseguir un «sano equilibrio de los indicadores macroeconómicos», esto es, garantizar un crecimiento moderado del PIB, el equilibrio de la balanza de pagos y la balanza comercial, un tipo de cambios real y estable y una reducción del índice de inflación.

Los efectos de las políticas económicas que se implementen para lograrlos, no son medidos por su incidencia en la mayoría de la población, sino únicamente por su reflejo en los indicadores estadísticos macroeconómicos; los procesos de redistribución de la riqueza están ausentes de los análisis de la mayoría de pensadores «modernizantes», en el mejor de los casos, la crisis que afecta a la mayoría de la población mundial es el "costo social del ajuste y la estabilización".

Son estas las condiciones a las que responden el proceso de reformas que vivimos, por tanto no podemos decir que sean pensadas desde las necesidades de nuestro mayor desarrollo o del bienestar de la mayoría de latinoamericanos. En estas duras condiciones al Derecho también le ha tocado tener un papel protagónico, pero nos preguntamos si en esta ocasión ha sido el más adecuado

2.4. Crisis y reforma en Ecuador

En nuestro país también son los años 80 los que marcan la crisis del Estado intervencionista. Esto, porque con el advenimiento de los regímenes democráticos, fue posible una más directa expresión del descontento de aquellos sectores que no fueron directamente beneficiados por este esquema de desarrollo y que en especial se vieron desplazados de la distribución de los recursos petroleros; así, el país inaugura su proceso de reformas restringiendo los beneficios de que gozaban los sectores industriales y cargando al mismo tiempo con el peso de la deuda privada.

Ya en el gobierno de Osvaldo Hurtado, se introducen significativas modificaciones a las protecciones legales que se habían creado para posibilitar que la industria nacional cuente con un amplio mercado interno y esté defendida de la competencia de productos extranjeros; también se dictan las leyes que garantizan el proceso de sucretización y la revalorización de los activos fijos y se destinan una gran parte de los ingresos públicos al pago de la deuda externa.

Con estas modificaciones se inició lo que podría llamarse el proceso de «desindustrialización» y «desestatización» del país, el mismo que fue profundizado durante los gobiernos de Febres Cordero, de Rodrigo Borja y que está culminando en el presente régimen.

El actual gobierno preparó un paquete de reformas legales, que tenían como propósito volver nuestro sistema normativo más acorde con sus posturas, intereses y proyectos económicos. Estas propuestas han sufrido un difícil y complejo proceso de aprobación que ha signado a éste período con el permanente enfrentamiento Ejecutivo-Congreso.

De las reformas aprobadas, las más significativas por sus efectos económicos y políticos, y también las más propagandizadas, han sido las Leyes de Presupuesto, del Mercado de Valores, Ley de Modernización, Ley de Instituciones Financieras; Ley de Aduanas; anunciándose que quedan en carpeta otras como las reformas la Ley de Telecomunicaciones (que ha sido negada por el Congreso), Ley de Seguros, Ley de Régimen del Sector Eléctrico, Ley de Unificación Salarial, Ley Antimonopolios, Ley de Régimen Municipal, Ley de Minería, Ley de Contratación Pública, Ley de Turismo etc.

Es necesario mencionar que la Ley de Ordenamiento Agropecuario fue muy cuestionada por los sectores indígenas y campesinos del país, por lo que luego de ser aprobada por el Congreso y puesta en vigencia por el Ejecutivo, generó tal rechazo que fue el motivo del último levantamiento indígena, que obligó al gobierno entrar en un proceso de negociación para elaborar, recientemente, un proyecto de reformas que se esperan serán aprobadas por el próximo Congreso Nacional.

Como se ve, ha existido la intención de realizar una profunda reforma legal, a pesar de que nuestro sistema jurídico contiene un número demasiado elevado de normas de toda índole que se vuelven contradictorias y obsoletas por el tratamiento que los gobiernos de turno y éste en especial vienen dando a este tipo de reformas.

Esta forma asistemática de modificar el ordenamiento jurídico, que da lugar a la "acumulación" y sobreposición de normas, responde, en parte, a la utilización fetichizadora de las leyes para dar mayor fuerza o "fuerza de ley" a determinados intereses políticos; postura que está presente de manera generalizada en nuestra sociedad y que se ha utilizado también en otros momentos históricos. Esto podemos verlo en el gobierno pasado, en torno a la Ley de maquila y trabajo compartido, cuya expedición, más que constituir una necesidad económica y jurídica del momento, fue un mecanismo para medir fuerzas entre el gobierno y los sectores laborales, como da cuenta la reducida utilización que, durante estos años, se ha hecho de este marco legal, independientemente de que en el futuro pueda tener una mayor aplicación.

Un ejemplo actual de lo que estamos afirmando lo constituyen las propias Leyes de Presupuesto y de Modernización, cuyos anunciados propósitos de "reducir y regular el gasto público, de modernizar el Estado y reducir su tamaño, de ampliar la participación del sector privado de la economía, de desregular la acción estatal", eran posibles de lograr sin la aprobación de ninguna Ley adicional, sino únicamente poniendo en ejecución los mecanismos que la leyes vigentes y la propia Constitución preveían.

Pero el proyecto del ejecutivo, a más de ser casi exclusivamente privatizador, tenía por propósito librar una batalla al interior del Congreso para conseguir una mayoría que legitime, a este nivel y en el conjunto de la sociedad, las acciones futuras del gobierno. Es decir, se utilizaba la aprobación de una ley para lograr un efecto político.

Este es, a breves rasgos, el panorama mundial, regional y nacional en el que viene dándose la reestructuración jurídico-política de nuestro país, y es el telón de fondo que durante las próximas décadas definirá la función, el papel y las características que deberá asumir el Derecho.

3. El papel del derecho

Como vemos en los párrafos anteriores, nuestra preocupación sobre la función, lugar y características que le reserva el futuro al Derecho tiene razón de ser, en la medida en que la época actual es un escenario privilegiado para estudiar la respuesta jurídica concreta que los países van dando a los procesos económicos y sociales.

En este caso, nos ha tocado vivir un vertiginoso y profundo cambio que ha trastocado los cimientos sobre los que descansaba el orden anterior. Este remezón no es solamente a nivel de reformas en los cuerpos legales, sino también en el espacio de la doctrina y la filosofía jurídica y política.

Estas modificaciones, como hemos visto, responden a situaciones que se han venido dando en el orden económico-social, sin querer decir con ello que la relación entre lo jurídico y lo económico sea de una causalidad mecánica e inmediata.

De otro modo, si el derecho se sujetaría sin más a las necesidades económicas que se expresan a través de los distintos grupos sociales, no se producirían las permanentes tensiones y pugnas sociales y políticas que han caracterizado a nuestro continente el último medio siglo. Esta tensión social es precisamente el indicador de que no son los intereses de la totalidad de la población los que son expresados en cada período histórico, sino que lo que se da es la expresión de los sectores dominantes y hegemónicos en el cuerpo social.

Con esto queremos remarcar que entre los procesos económicos y jurídicos existe una relación directa, la misma que permite que el Derecho se desarrolle, amoldándose a las condiciones de la sociedad a la cual pretende normar, ya que no sería dable que se pretenda sujetar la realidad al Derecho.

Sin embargo, de lo anterior, también hay que señalar que muchas veces, la norma jurídica tiene la función de transformar la realidad social sobre la que actúa, lo que en momentos normales se da cuando el cuerpo social contiene suficientes elementos como para que la ley se convierta en un motor del cambio.

Es la relación permanente entre Estado y Sociedad, entre Derecho y Economía, la que hoy nos preocupa. Si bien la economía mundial precisa de una serie de cambios y modificaciones a nivel jurídico-político, ¿será posible que se las lleve adelante sin meditar en las consecuencias que sobre el conjunto de la población van a acarrear estas modificaciones?

Por todo lo sucedido, vemos que es una tendencia poderosa el impulsar la retirada del Estado interventor, ¿será conveniente que deje todas las actividades económicas que había venido realizando? ¿Convendría tal vez, que dependiendo de las circunstancias, este proceso de «desestatización» se lo haga moderada y pausadamente?

Siendo muy discutible, por la evidencia histórica recabada, que las bondades del liberalismo se extiendan a toda la población ¿no sería más bien conveniente mantener ciertos niveles de control del Estado sobre el mercado, en lugar de lanzarse a una liberalización económica sin trabas de ninguna clase?

Si ya conocemos el efecto devastador que tienen sobre la población los planes de ajuste y estabilización, ¿no será pertinente legislar en función de contener los efectos sociales negativos a través de políticas sociales que beneficien a la mayoría de los afectados?

En la medida en que las exigencias de cambio suponen reformas al Estado y a su función en la economía, el Derecho está directamente involucrado. Es por ello que las propuestas neoliberales desreguladoras tienden a minimizar el cuerpo normativo que rige la sociedad, reduciendo lo más posible, evitando la acción directa del Estado en la esfera económica.

Si bien no somos partidarios de estas tesis, sí creemos que es necesario una profunda reforma jurídica, que en un primer momento asuma la tarea de «ordenar», el aparato normativo nacional, sin que esto signifique disminuir la función rectora del Estado y del Derecho en nuestra sociedad, sino que trate de racionalizar nuestro cuerpo legal, demasiado abundante y pesado, lo que redundará en agilizar su función en la sociedad.

Como existen un número demasiado elevado de leyes, normas y reglamentos, un intento de realizar una reforma que trate de reducir esta carga legal a un nivel manejable, es el del gobierno actual con el decreto 1572 de racionalización de funciones del gobierno central, pero en él se da énfasis a la derogatoria de la normatividad secundaria que impida el funcionamiento del sistema de economía de mercado, dejando de lado toda la maraña jurídica presente en otras esferas.

Si bien, desde hace algunos años, las actividades económicas, profundamente influidas por las políticas monetarias, cambiarias y bancarias, están reguladas por las resoluciones de la Junta monetaria, no nos parece que este tipo de normas por demás flexibles y sujetas a motivaciones políticas puedan ser trasladadas a otras esferas legales.

Estas pueden dar resultado en una esfera que se la maneja desde la contingencia de las continuas modificaciones financieras, que muchas veces son vertiginosas, pero hay esferas de la vida social

incluso económica que tienen un mayor sentido de permanencia y deben ser tratadas como tales. Es por tanto necesario leyes más estables que regulen lo constitucional, lo tributario, lo laboral y empresarial, hablando de la esfera económica.

Con esto no queremos decir que las leyes sean inmutables, sino que es necesario un nivel de permanencia, para lo cual deben adoptarse criterios jurídicos sólidos y congruentes, por cuanto la exagerada movilidad de las normas jurídicas en lugar de permitir el desenvolvimiento de la vida económica crea desorden incertidumbre y no permite su fiel aplicación.

Además es necesario que el Estado fortalezca los canales que permitan el cumplimiento de la ley, porque de nada sirve ésta si no se exige su fiel observancia.

Nos parece que, por tanto, la reforma jurídica debe contemplar estos tres aspectos: racionalización del abundante cuerpo legal, establecimiento de pilares fundamentales en torno a los cuales guiar la acción económica, exigencia de su fiel cumplimiento. Con esto se evita la maraña jurídica y se facilita la observancia de la norma.

3.1. La «modernización» del Estado.

Mucho se ha hablado en estos años de la «modernización» del estado y por ende de su cuerpo jurídico; la idea que se ha impuesto de modernización es la de marchar acorde con los cambios que se dan en la economía mundial, sin reparar en cuales son las necesidades de nuestra economía.

Frente a ello quisiéramos recordar que la modernidad como hecho histórico está muy ligada la noción de racionalidad, entendida no solamente como una relación útil entre fines y medios, en donde el sentido de utilidad viene dado por el poder, sino que, ante todo, la racionalidad de la modernidad se define desde los fines de liberar a la sociedad de toda desigualdad, de la arbitrariedad, del despotismo, del oscurantismo, en fin, se constituye contra el poder existente.

Así vista la modernidad se la "concibe como la promesa de una existencia social racional, en tanto que promesa de libertad, de equidad, de solidaridad social y de mejoramiento continuo de las condiciones materiales de esa existencia.."

Por tanto no debemos pensar que la modernidad está basada únicamente en las urgencias del capital, de la productividad, de la eficacia de los medios para fines impuestos por la acumulación; no podemos pensar que la modernización signifique someterse únicamente a la lógica de la tecnología y al discurso del poder, sino que es necesario rescatar las promesas de la modernidad de construir un mundo del hombre para el hombre, porque con los planteamientos actuales no lo estamos haciendo, estamos construyendo un mundo que descansa sobre el "apartheid social" que excluye de los beneficios de la civilización a las cuatro quintas partes de la población.

Esto se refleja en el hecho de que, en región, los llamados procesos de «modernización», se han producido bajo la dirección y predominio de los sectores empresariales más concentrados y transnacionalizados que, desde los gobiernos de turno, han debido privilegiar los ajustes económicos de corto plazo. Es más, el proceso modernizador ha sido guiado por las propuestas neoliberales que suponen un retroceso a ideas y propuestas del siglo pasado, consideradas ya superadas.

En este proceso no se ha tomado en cuenta las necesidades del grueso de la población y el Estado se ha asociado y racionalizado en función del sector externo, sin efectos multiplicadores internos y sin protección de la trama social.

Es por ello que las reformas legales han excluido de sus preocupaciones los aspectos sociales, y se han "olvidado" del significado de la palabra modernidad, vendiéndonos su versión bastardeada y basada en el discurso de la razón instrumental, que posiblemente podrá calar en países con un elevado desarrollo material y político, pero no en regiones como la nuestra, de gran heterogeneidad estructural y poblacional.

En el proceso de modernización no se ha tomado en cuenta que la tendencia de la economía transnacionalizada es a que la fuerza laboral pierda importancia en los procesos productivos, y que el mayor peso específico lo tenga la producción de conocimientos. Pensadores como Alwin Toffler consideran que, en la actualidad, la fuerza laboral más importante ya no es el proletariado, sino el «cognitariado». Por tanto, se espera que, en países como el nuestro, el ya abundante desempleo aumente mucho más con el paso del tiempo, ya que no solamente que no se impulsan procesos intensivos en utilización de mano de obra, sino que tampoco se hace nada por incentivar la producción de conocimientos, porque se considera a la educación no como una inversión, sino como un gasto.

La «modernización», al impulsar el mercado de exportaciones no toma en cuenta que la materias primas, alimentos y productos agrícolas ocupan un espacio cada vez más pequeño en la economía mundial y que por tanto si queremos competir con éxito habrá que exportar productos que tengan un grado considerable de transformación. No se puede regresar a depender de la producción agrícola exportable, sino que es necesario avanzar en niveles de industrialización, lo cual no parece muy posible si las políticas aperturistas apuntan a lograr liberalizar el comercio principalmente con los centros industriales desarrollados que por la vía de la competencia reducirán nuestra industria.

El desacoplamiento existente entre la economía de materias primas y la industrial hace que precisamente países con poca industrialización y dependientes de sus exportaciones primarias sean los que mayores problemas presentan en los momentos de apertura e integración, por cuanto se ha dado un desfase creciente entre la economía de materias primas y la industrial, ya que esta última y debido al avance tecnológico requiere menos materia prima y energía que antes.

Mientras un automóvil está compuesto por un 60% de materia prima y energía, un microchip, apenas contienen un 2 % de energía y materia prima; el alambre de cobre, principalmente usado para telecomunicaciones contiene un 80% de materia prima y energía, la fibra óptica que lo está reemplazando a nivel mundial, solamente tiene un 10%.

Esta es la tendencia de industria moderna, por tanto países como el nuestro no pueden plantearse seguir dependiendo de su economía primaria de exportación y esa es precisamente la tendencia de los modernizadores.

3.2. El derecho al futuro

A grandes rasgos y siendo lo más realistas respecto de las posibilidades actuales consideramos que, cualquiera que sea la tendencia de los procesos de reforma, el Estado y por tanto el Derecho deberá seguir ejerciendo su actividad rectora en lo que tiene que ver con sistema financiero-tributario, comercio exterior, protección al consumidor, protección ambiental, protección laboral.

La intervención en el sistema financiero-tributario debe darse por cuanto al privilegiarse la función financiera del capital, es necesario que el Estado pueda tener control de las variables monetarias y

cambiarías que hoy tienen gran peso en la economía mundial, y no podría dejarse en manos del mercado lo que a este aspecto se refiere. Cualquiera que sea la forma de intervenir, el Estado no puede abandonar su función reguladora en esta esfera.

La presencia de la regulación estatal en el comercio exterior, siempre será necesaria, ya que mientras la forma nacional del ejercicio del poder subsista, el Estado necesitará intervenir para regular las relaciones comerciales con el mundo, especialmente si los acuerdos sobre liberalización mundial del comercio no dan el resultado esperado y se promueven tratos discriminatorios, como ocurre con la exportación de banano.

A pesar de que no ha sido una tradición en el país la defensa del consumidor, si se quiere entrar en la liberalización para dejar que la mano invisible del mercado regule la vida económica, es necesario establecer un marco que garantice la calidad de lo que se produce y que el consumidor pueda ejercer acciones legales cuando sus intereses se vean lesionados.

Así como se protege al consumidor, es necesario la protección laboral, por cuanto, dejar en manos del mercado la regulación de una mercancía tan delicada como la vida humana, sería dejar a la voracidad de la codicia el destino de los ecuatorianos. No importa cuán acogidas sean las teorías acerca de que se necesita «flexibilizar» el régimen salarial, es función primordial del Estado garantizar niveles de vida dignos y por tanto deberá intervenir regulando el mercado laboral.

Respecto a la protección ambiental es innegable la necesidad de intervención estatal, ya que el mercado no garantiza en lo más mínimo la conservación de la naturaleza como se demuestra en el hecho de que a las puertas del tercer milenio, la humanidad compruebe que la vida sobre el planeta, incluida la del hombre, corre el peligro de desaparecer, debido a la gran devastación ambiental.

Lo más grave de esto es que el autor de esta destrucción sea el hombre mismo, que ha venido realizando una serie de actividades que supuestamente estaban dirigidas a garantizar el progreso de la sociedad y la satisfacción plena de las necesidades humanas, ya que la mayoría de los desastres ecológicos son producidos por el proceso de industrialización descontrolada que se ha venido dando, tanto en los países capitalistas, como en aquellos que durante muchos años los conocimos como socialistas.

A tal punto a llegado la destrucción del ambiente en nuestro planeta que las investigaciones realizadas, en estos últimos 20 años, han llegado a las siguientes preocupantes conclusiones:

1. Que los recursos están siendo usados a una tasa que compromete significativamente a las próximas generaciones;
2. Que los desechos de la humanidad están acumulándose en tal magnitud que comprometen severamente el uso futuro de la biósfera;
3. Que la diversidad biológica de la tierra está siendo disminuida a una tasa inaceptable, amenazando a la vez una gran proporción de la vida no humana y el uso futuro de la biósfera por los seres humanos..."

Es por tanto imprescindible una enérgica intervención estatal en asuntos ambientales, y más en nuestro país en donde las normas de protección son avasalladas ante las necesidades de los grupos económicos, como podemos ver en la inmisericorde tala de los manglares por parte de los capitales camaroneros. Es más, creemos que este tema amerita también la intervención de los organismos internacionales y que se construya un ordenamiento jurídico internacional que tenga la fuerza suficiente a nivel interno de cada país, para lograr detener el deterioro ecológico.

Y aunque la Utopía hoy no esté moda, creemos que la solución y no sólo a los problemas ambientales, es que el hombre retome una perspectiva humanista y que construya una civilización que privilegie los "bienes inmateriales" sobre los "bienes materiales"

Como en el momento actual, tiene una enorme importancia el capital extranjero y la tecnología, lo ideal sería que el estado pueda intervenir en su regulación. Esto por cuanto el control local y regional de la acumulación del capital permitiría por un lado, un desarrollo económico más acorde a nuestras necesidades y por otro, disminuir nuestra dependencia de las necesidades del capital trasnacionalizado; pero esto, se saldría de las posibilidades actuales del proceso social, es más, es totalmente contrario a las imposiciones del capital financiero, que son las que llevan las de ganar.

Por tanto, lo máximo que el Estado podrá hacer es adoptar normas que le den al capital extranjero igual tratamiento que al nacional y que posibiliten la transferencia de tecnología; sin embargo, es preciso que ésta responda a las regulaciones de protección ambiental.

Al final nos queda una inquietud que no ha podido ser investigada y es la que se refiere al tratamiento que deberá tener la empresa transnacional, esto porque a pesar de que las reformas realizadas permiten su mayor desarrollo, no consideramos que las legislaciones nacionales sean las mas indicadas para regularla. Más aún, si es visible que las decisiones de la empresa transnacional se convierten muchas veces en decisiones de política económica, independientemente de las medidas adoptadas por los Estados. Por tanto, creemos que las regulaciones a la empresa transnacional deben ser tomadas como medidas de derecho trasnacional, esto es, que los organismos rectores de la legislación internacional tomen cartas en el asunto, lo que si creo posible que se haga, ya que ha sido reclamado por muchos de los defensores de la economía transnacionalizada. Nos queda por tanto la inquietud.

Quito, junio de 1994

B I B L I O G R A F I A

Aguirre Carvajal, Jacinto F. Globalización y régimen laboral en América Latina. Edit.Nueva Visión. Buenos Aires 1992.

Andrade Ubidia, Santiago. El principio de la libertad de empresa. Conferencia. Universidad Andina. Quito. 1994.

Cuadrado Torres, Andrea. La globalización y las estrategias de supervivencia: una visión desde la mujer del Tercer Mundo.Edit.Globo.México 1992.

Daly, Herman y otros. Crecimiento o Desarrollo. Fundación Frederich Ebert. Santiago de Chile. 1991.

Drucker, Peter. Las nuevas realidades. Edit Norma. Bogotá. 1989.

Gerreffi, Gary. Repensando la teoría del desarrollo. Visión desde el Asia oriental y Latinoamérica. Edit.Nueva Visión.Buenos Aires. 1991.

Larrea, Fernando y Varea, Ana María. Ecología: Hacia un desarrollo sustentable. CONADE-GTZ. Quito. 1992.

La Corporación Latinoamericana para el Desarrollo es una organización privada sin fines de lucro, que fue creada en Ecuador en 1990, con la misión de contribuir a la transformación jurídica del Estado a fin de lograr un régimen real de derecho que permita elevar la calidad de vida de la población, concepto que rebaza el satisfacer las necesidades básicas de la comunidad, y que tiende al desarrollo de una cultura que garantice el respeto integral al ser humano.

En ese contexto, la Corporación efectúa actividades dirigidas a colaborar con el sector gubernamental, así como también con organizaciones privadas nacionales e internacionales en el diseño de políticas de desarrollo; en la elaboración de propuestas de legislación y coordinación de procesos de análisis para su promulgación; en la promoción de foros sobre temas de trascendencia nacional; en la elaboración de paquetes sobre organización, administración y financiamiento de entidades nacionales y seccionales; y en general en la realización de estudios sobre ajustes estructurales.

CLD reconoce la importancia de la elaboración y puesta en marcha de programas de capacitación relacionados con los objetivos señalados y para ello impulsa la organización de congresos, seminarios y talleres, nacionales e internacionales, así como la publicación de libros, manuales, folletos y otros materiales de difusión y capacitación.

