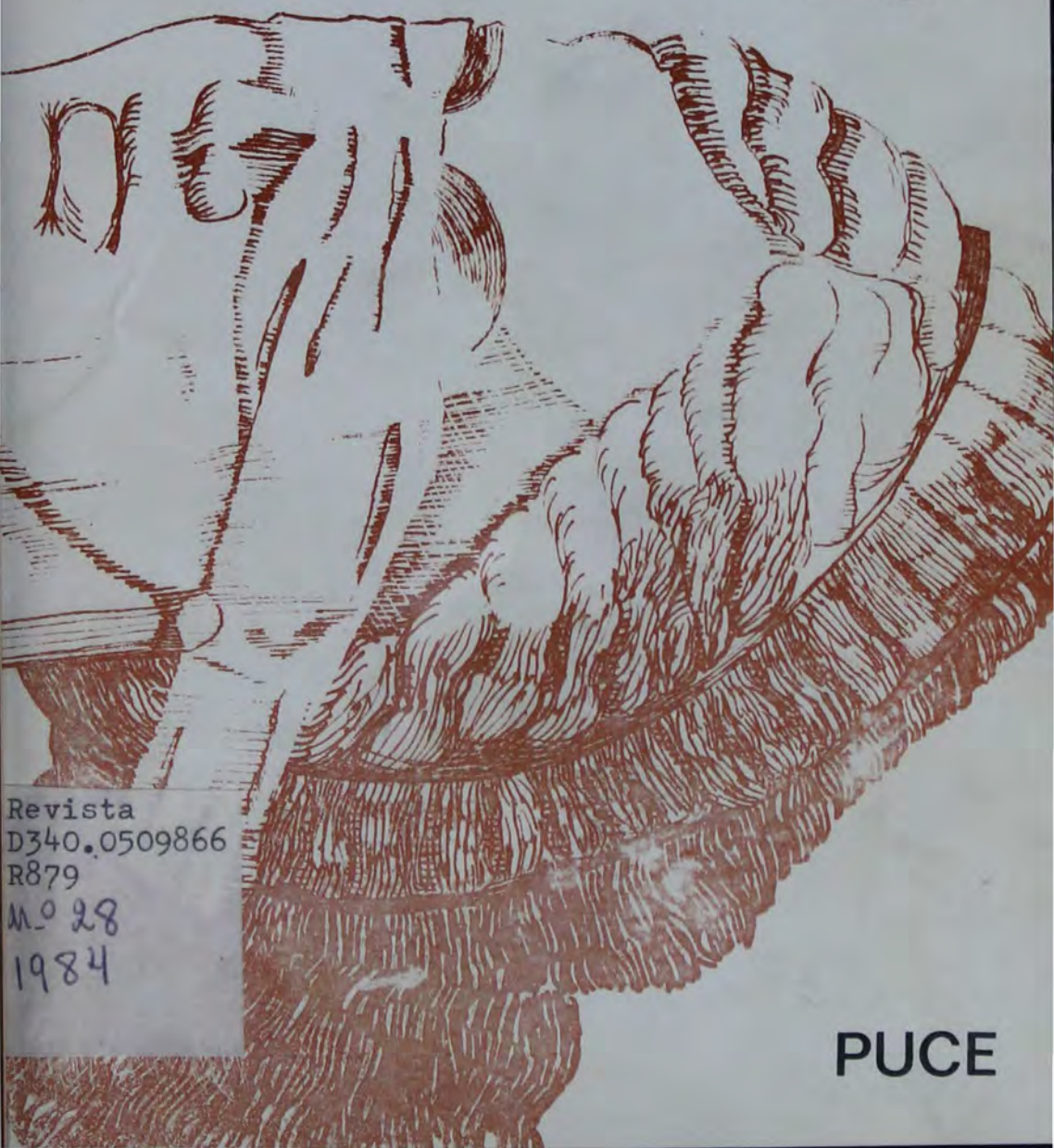


Revista de la Asociación Escuela de Derecho

28



Revista
D340.0509866
R879

Nº 28
1984

PUCE

INDICE

	PAGINA
Presentación	9
SECCION JURIDICA:	
Las causales de divorcio	13
<i>(Dr. Gonzalo Zambrano P.)</i>	
Problemas de Competencia en Razón de las Personas	17
<i>(Dr. Alejandro Ponce Martínez)</i>	
Casos de Jurisdicción Voluntaria	37
<i>(Sr. Luis Trócoli)</i>	
Nuevos Enfoques del Sistema Penal	41
<i>(Dr. Arturo Donoso)</i>	
El Método en Derecho	47
<i>(Srta. Verónica Paredes)</i>	
La Personalidad Jurídica de las Asociaciones de Trabajadores	51
<i>(Dra. Isabel Robalino B.)</i>	
Eficacia Jurídica de las Prácticas Restrictivas	57
<i>(Dr. Juan Fernando Páez T.)</i>	
La Reserva de Ley en el Orden Tributario	63
<i>(Dr. Francisco Tinajero V.)</i>	

En el Centenario de la Constitución de 1883 – 1884	71
<i>(Dr. Hernán Salgado P.)</i>	
Tipología de la Resistencia Legítima	77
<i>(Lcdo. Roberto Ponce Serrano)</i>	
El Derecho Internacional Humanitario en la situación actual de Latinoamérica	85
<i>(Dr. Emilio Izquierdo)</i>	
Naturaleza Jurídica del Contrato Administrativo	97
<i>(Lcdo. Manuel Badillo)</i>	
DISCURSOS:	
Posesión del Sr. Mauricio Montalvo	109
Presencia de Julio Tobar Donoso en la Universidad Católica	115
<i>(Sr. Iñigo Salvador Crespo)</i>	
Presentación del acto en la inauguración del Aula Julio Tobar Donoso	119
<i>(Sr. Mauricio Montalvo)</i>	
COLABORACION ESPECIAL:	
Visión Filosófica del Hombre Desde la Perspectiva de un Perso- nalismo In – Sistencial Frente a las Concepciones Marxista y Existencialista	123
<i>(Dr. Jesús González López)</i>	
ENSAYOS:	
La Violencia	139
<i>(José Antonio Sojo S.J.)</i>	
Las Opciones Políticas	143
<i>(Sr. Luis Fernando Torres T.)</i>	
RESEÑA ESTUDIANTIL	155

AÑO XXXV

Nº 28

**ASOCIACION ESCUELA
DE DERECHO
1983 — 1984**

PRESIDENTE:

Mauricio Montalvo Samaniego

VICEPRESIDENTE:

Francisco Proaño

SECRETARIO:

Juan Francisco Morales

TESORERA:

Margarita Rodríguez

REPRESENTANTES AL CONSEJO DE FACULTAD:

Santiago Bernal

Hernán Subrevilla

VOCAL:

**REVISTA DE LA ASOCIACION
ESCUELA DE DERECHO**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DECANO:

Dr. Gonzalo Zamora

VICEDECANO:

Dr. Hernán Sa

SECRETARIO:

Dr. Ricardo V

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL ECUADOR

QUITO — ECUADOR

1.984

Tipología de la Resistencia Legítima.
(Luis Roberto Ponce Serrano)

El Derecho Internacional Humanitario en la
situación actual de Latinoamérica.
(Dr. Emilio Izquierdo)

Naturaleza Jurídica del Contrato Administrativo.
(Licda. Manuel Cevallos)

DISCURSOS

Posesión del Sr. Mauricio Montalvo.

Presencia de Jefe Tócor Donoso
en la Universidad Católica.
(Sr. Iñigo Salvador Crespo)

Presentación del acto en la inauguración
del Ateneo de la Asociación.
(Sr. Mauricio Montalvo)

COLABORACIONES

Visión Futurofóica del Hombre Desde la Perspectiva de un Ps

REVISTA DE LA ASOCIACION ESCUELA DE DERECHO

DIRECCION:
Luis Fernando Torres Torres

COORDINACION:
Verónica Paredes Eguéz

PORTADA:
Iñigo Salvador Crespo

DIAGRAMACION:
Ing. Patricio Mejía

ASOCIACION ESCUELA DE DERECHO
Av. 12 de Octubre y Carrión
Apartado Postal 2184
Quito — Ecuador

ASOCIACION ESCUELA DE DERECHO 1983 — 1984

PRESIDENTE:

Mauricio Montalvo Samaniego

VICEPRESIDENTE:

Francisco Proaño

SECRETARIO:

Juan Francisco Morales

TESORERA:

Margarita Rodríguez

REPRESENTANTES AL CONSEJO DE FACULTAD:

Santiago Bermeo
Hernán Sobrevilla

VOCALES:

Patricio Chávez
Santiago Guarderas
Duboski Márquez

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**DECANO:**

Dr. Gonzalo Zambrano

SUBDECANO:

Dr. Hernán Salgado

SECRETARIO:

Dr. Ricardo Vaca

REPRESENTANTES AL CONSEJO DE FACULTAD:

Dr. José Vicente Troya
Dr. Jorge Machado
Dr. Alejandro Ponce Martínez

—• COLABORADORES •—

Dr. Gonzalo Zambrano Palacios, Decano de la Facultad de Jurisprudencia, Ex — presidente de la Corte Suprema de Justicia, Profesor de Derecho Procesal Civil y de Derecho de Familia.

Dr. Hernán Salgado Pesantes, Subdecano de la Facultad, Doctor en Ciencias Políticas (París), Profesor de Teoría General del Estado y de Derecho Constitucional.

Dr. Alejandro Ponce Martínez, Miembro del Consejo de Facultad, Maestría en Jurisprudencia Comparada (New York), Profesor de Derecho Procesal Civil.

Dra. Isabel Robalino Bolle, Profesora de Derecho Laboral y de Derecho Penal.

Dr. Francisco Tinajero Villamar, Profesor de Derecho Administrativo y de Régimen Seccional

Dr. Arturo Donoso, Profesor de Derecho Ejecutivo Penal y de Derecho Territorial.

Dr. Jesús González López, Doctor en Filosofía y Psicopedagogía (Bélgica), Profesor en varias facultades de la PUCE.

Dr. Juan Fernando Páez Terán, Ex — profesor de la Facultad

Dr. Emilio Izquierdo, Funcionario del Servicio Exterior.

José A. Sojo S.J., Profesor de Ética Profesional.

Sr. Mauricio Montalvo, Presidente de la Asociación Escuela de Derecho.

Lic. Roberto Ponce Serrano, Egresado de la Facultad

Srta. Verónica Paredes Eguez, Estudiante de la Facultad.

Lic. Manuel Badillo, Egresado de la Facultad

Sr. Luis Trócoli, Estudiante de la Facultad

Sr. Inigo Salvador, Estudiante de la Facultad.

Sr. Luis Fernando Torres, Estudiante de la Facultad.

Presentación

Revista decana de la PUCE se le llama, con sobrada razón, a nuestra revista de la ASOCIACION ESCUELA DE DERECHO. Ella, resultado de la constante actividad intelectual de los primeros estudiantes de la Facultad, fue la primera que se publicó en la Universidad. Larga es la trayectoria de la revista que anualmente entrega un mensaje de esperanza a la comunidad universitaria.

Hace 35 años la fundaron estudiantes que querían difundir sus inquietudes. Precisamente en marzo de 1949, cuando en la Facultad ya existían los tres primeros cursos, nació la revista de la Asociación Escuela de Derecho. Imaginemos lo que se puede encontrar en 28 números que se han editado hasta ahora. Reflexiones sobre la misión de la Universidad y de la Facultad, estudios jurídicos de la mejor calidad, análisis políticos, manifestaciones artísticas y literarias, en suma, una preocupación por la cultura y, en consecuencia, por el hombre patentizan la riqueza de la revista. Sin embargo, durante 9 años dejó de salir. Desde 1970 hasta 1979 no fue posible conocer los cuestionamientos y anhelos estudiantiles —que por cierto suelen variar según las épocas—, así como también toda la tarea intelectual de los hombres preocupados por el quehacer jurídico y universitario. De esa manera quedaron en el olvido algunas generaciones de estudiantes. La historia de la Facultad juzgará tal omisión.

La revista nació como revista de la Asociación Escuela de Derecho. A finales de la década de los sesenta cambió de nombre. El número 18 apareció como revista RUPTURA. En su editorial explicitamente se afirmó que debía producirse una ruptura con el desorden legalizado; además, se puso en tela de juicio todos los fines de la Universidad, cuando se dijo: "Una nueva Universidad no sólo en sus edificios

sino especialmente en su misión..." La adopción de un nuevo nombre significó un compromiso ideológico de transformación que, por cierto, fue más lejos de una necesaria renovación. Los ideales estudiantiles matizados de inconformidad deben canalizarse hacia un cambio constructivo. En nuestra Universidad se lo hará defendiendo celosamente su esencia, sus objetivos primarios, sin cuestionar los fines que persigue. Por ello y también como homenaje a los primeros forjadores de la revista, especialmente al Dr. Luis Tobar Ribadeneira, quien fuera su director durante cinco ediciones, seguiremos llamándola revista de la Asociación Escuela de Derecho.

Las facultades de Jurisprudencia y de Derecho deben tener su revista especializada en temas jurídicos. En Estados Unidos estas revistas sirven para perfeccionar y completar los conocimientos de los estudiantes. Hasta ahora nuestra Facultad no tiene una revista con esas características. Sugerimos —este año se editará un número monográfico de la Facultad con el auspicio del Centro de Publicaciones de la PUCE— que las autoridades de la unidad académica vean la forma de publicar una revista anual que demuestre la preocupación de la Facultad por el estudio de las instituciones jurídicas. Con dos revistas, una estudiantil —la de la Asociación Escuela de Derecho— y otra netamente académica, impulsaremos la cultura jurídica.

La Asociación Escuela de Derecho presidida por Mauricio Montalvo es la culminación de una empresa que surgió hace cerca de un lustro buscando el mejoramiento de la Facultad y de la Universidad sin perder de vista los pilares sobre los que se levantó la Institución: transmisión de los valores cristianos al mundo de la cultura, a través de una auténtica Universidad Católica. El Padre Aurelio Espinosa, primer rector de la Universidad, y el Dr. Julio Tobar Donoso, también primer decano de la Facultad, ambos fundadores de este centro de estudios superiores, constituyeron las fuentes a las que acudimos para receptar ese mensaje. Jamás olvidaremos la guía que nos ofrecieron. En esta oportunidad la revista recoge como testimonio de gratitud, el reconocimiento tributado por la Asociación Escuela de Derecho al Dr. Tobar Donoso, en la inauguración del aula que lleva su nombre.

Para finalizar, rememoremos la advertencia del Padre Aurelio Espinosa, en el editorial de la primera revista de la Asociación Escuela de Derecho, cuando advirtió: "... que la revista de la AED de la Universidad Católica, sea digna del espíritu que a ésta informa, sea como erguido mástil en que pueda flamear su bandera...". Palabras tan iluminadoras las asumimos como reto al iniciar la publicación de la revista, con la seguridad de que nuestra obra jamás intentaría contradecirlas.

Compañeros, esta es su revista.

L.F.T.T.

Sección Jurídica

LAS CAUSALES DE DIVORCIO

Gonzalo Zambrano Palacios

Antes de referirme a las causales de divorcio, como tema central de este artículo, vale la pena consignar una muy ligera reflexión al divorcio por mutuo consentimiento. Se regula éste por las disposiciones del Art. 106 y siguientes del Código Civil.

La extrema incidencia del divorcio, confirmada por las altísimas estadísticas de disolución anual del matrimonio que ofrece el examen de los libros del Registro Civil, lleva a mencionar algunas ideas diferenciales entre el divorcio por mutuo consentimiento y el divorcio por causales. En esta entrega lo fundamental será consignar algunas ideas o reflexiones en torno a las causas que le dan origen, pero tratándose en ambas hipótesis del divorcio disolvente, pleno o vincular, bien vale la pena considerar la conexidad de ambos tipos de disolución del vínculo conyugal.

En tratándose del divorcio por mutuo consentimiento, debe anotarse su menor ocurrencia como factor disolvente del matrimonio civil, encontrándose como razón primordial del fenómeno, el hecho de que requiere, según su denominación así lo determina, la voluntad perseverante y concorde de ambos cónyuges respecto de la terminación del matrimonio. Este requisito y mejor esta condición esencial para que se produzca esta forma peculiar de extinción del vínculo, resulta, de hecho, limitativo del divorcio por mutuo consentimiento.

Como reflexión de orden general resalta la necesidad de acomodar las normas del Código Civil con mayor coherencia y técnica, eliminando las reglas inconexas o incompletas que hoy sustentan el trámite de este modo de disolver la unión conyugal, eliminando, según reiteradamente anotan los comentaristas, los múltiples preceptos de orden procesal que deben encontrar su ubicación propia en el Código de Procedimiento Civil.

En el fondo de las cosas, las seis reglas del Art. 107 del Código Civil deben someterse a una revisión integral, desde que varias de ellas

merecen una impugnación seria por variedad de causas y, fundamentalmente, porque tal como subsisten, no están enderezadas a propiciar condiciones que garanticen la tutela jurídica de la familia, y lo que es peor, pueden contribuir a la disgregación innecesaria o lesiva de sus miembros, causándoles daño moral o psicológico como resulta en el muy patético evento de la opción por la que los hijos varones pueden designar el progenitor con el cual, luego del divorcio han de vivir.

En lo que atañe a las causales de divorcio enumeradas en el Art. 109 del Código Civil es evidente que existen reparos de orden general, para todas ellas e impugnaciones específicas a una causal determinada.

Con relación a lo primero puede señalarse lo siguiente:

a) Si la Constitución de la República garantiza la máxima defensa de la familia reconociéndola como "célula fundamental del Estado" no hay coherencia al mantener en el Código Civil doce causales de disolución del matrimonio, tanto más que varias de ellas contienen dos causales como ocurre con la séptima, octava, novena y décima primera del Art. 109;

b) Se nota, por la simple lectura de las mismas, que las que aparecen en la actual codificación no responden a un criterio unitario de doctrina jurídica ni a la confrontación de las eventualidades objetivas de la vida conyugal; al editarse la vigente edición del Código Civil se han yuxtapuesto los diversos motivos que, a través del tiempo, en razón de reformas múltiples y poco meditadas, ha incorporado el legislador a la Ley Sustantiva Civil;

c) Muchas de las causales de divorcio, resultan verdaderamente inútiles según vamos a señalar inmediatamente, en la consideración particular que se haga de cada una de ellas, lo cual delata ausencia de técnica legislativa en una materia de extrema delicadeza y gravedad como es la terminación del matrimonio;

d) A diferencia de la separación conyugal judicialmente autorizada que tiene en el Código Procesal Civil trámite propio, en tratándose del divorcio por causales, el Art. 118 del Código Civil manda que el rito procesal que le corresponde es el juicio verbal sumario, pese a lo cual, a renglón seguido consigna normas específicas sobre la citación, aquella importantísima sobre la prueba forzosa de la causal y muchas más de gran trascendencia vinculadas especialmente a lo atinente a la situación ulterior de los hijos del matrimonio que se disuelve.

Muy ligeras reflexiones sobre las causales del Art. 109:

PRIMERA. ADULTERIO.— Al expedirse el Código de Procedimiento Penal se eliminó como categoría delictiva el adulterio que daba lu-

gar al ejercicio de la acción penal privada, como uno de los muy raros casos que se consideraban en ese ámbito. La eliminación se ha censurado con varios fundamentos y sólidas razones, tanto más que no se ha considerado la necesaria correlación de la ley y es así como el adulterio consta como uno de los impedimentos dirimentes que anula el matrimonio en la enumeración del Art. 95 del Código Civil.

La causal de adulterio ofrece muy serias dificultades de prueba suscita, en veces, controversias dilatadas y escandalosas y expone a riesgos morales muy serios a la prole;

SEGUNDA.— SEVICIA.— El legislador al consignar esta causal no formula añadidura alguna y es entonces, preciso, tomar la dicción en su sentido natural y obvio, entendiéndola como el trato cruel o la excesiva animadversión o perversidad de un cónyuge hacia el otro.

Como fácilmente puede deducirse la causal que se analiza, al igual que la anterior compromete la intimidad conyugal y lesiona, por lo mismo, el derecho de defensa del cónyuge ofendido y del cónyuge ofensor, pues la dificultad de acreditar los hechos que configuren la sevicia revierte en angustia del derecho que uno y otro pueden hacer valer. La circunstancia de que la sevicia sólo puede desarrollarse en un plano de extrema reserva quedando oculto a la apreciación externa da como resultado la muy seria duda acerca de su verdad. A tal punto es cierto lo anterior que el número de divorcios por esta causa, es casi inexistente y más bien la causal aparece enunciada rara vez junto a otras causales susceptibles de prueba menos compleja o difícil.

TERCERA.— INJURIAS GRAVES Y ACTITUD HOSTIL QUE MANIFIESTEN CLARAMENTE UN ESTADO HABITUAL DE FALTA DE ARMONIA DE LAS DOS VOLUNTADES EN LA VIDA MATRIMONIAL.— A diferencia de las dos causales anteriores, ésta ostenta una extensa enunciación por parte del legislador y aparece como causal compleja por lo que es preciso identificar en forma pormenorizada y minuciosa su texto.

De otra parte su interpretación ha encontrado graves dudas, dudas, vacíos y contradicciones en la línea jurisprudencial que variada y zigzagueante ha introducido grave desconcierto en el criterio de los jueces a los que toca juzgar controversias disolutorias del vínculo conyugal, teniendo como antecedente el fundamento de las ofensas graves de un cónyuge hacia el otro.

El problema se complica si se advierte la disposición del penúltimo inciso del artículo, según la cual, en lo que fuere aplicable, las causales que en él se contienen, serán apreciadas y calificadas por el Juez, teniendo en cuenta la educación, posición social, y demás circunstancias que puedan presentarse.

Es más, el divorcio por estas causas debe declararse en virtud de demanda propuesta por el cónyuge que se creyere perjudicado.

La apreciación y la calificación que el Juez deba hacer de los hechos ultrajantes u ofensivos, alcanza extrema subjetividad, ya con respecto al juzgador, ya con respecto al cónyuge que resulte víctima de ellos. En lo referente a la condición de cónyuge perjudicado, el vacío de la ley es evidente, pues de tomarse literalmente su texto, se llegaría al contrasentido de admitir demanda del marido o de la mujer que, aún sin fundamento, pudieran "creerse perjudicados". La norma debe ser mucho más explícita y enriquecerse con el criterio unánime de la jurisprudencia, esto es, considerar que el agravio del cónyuge demandante sólo puede patentizarse la prueba irrefragable e inequívoca que alcance a producir dentro del juicio y de ningún modo su sola afirmación que bien puede sustentarse en apreciaciones desmesuradas o falsas.

En la práctica, la causal que se analiza, ofrece múltiples aspectos preocupantes que deben ser analizados debidamente por el legislador cuando se intente una reforma seria del Derecho de Familia. Desconcierta pensar que de las doce causales de divorcio, (y son más como se dijo antes), la tercera es la que se invoca en forma desproporcionada y múltiple, a punto tal de poder afirmar sin recelo, que alcanza altísimo porcentaje en la estadística anual de divorcios (el 40 o 50% de matrimonios celebrados).

Tan grave circunstancia debe llevar a una meditación profunda que conduzca a una reforma razonable en defensa de la intangibilidad del matrimonio en que descansa la solidez familiar.

No puede dejar de señalarse varios factores concurrentes en torno al numeral tercero del Art. 109 del Código Civil. Podemos enunciar los que siguen, entre muchos:

a) El texto de la causal que, extenso y equívoco, produce interpretación contradictoria y múltiple;

b) El criterio judicial proclive a disolver el matrimonio sin reparar en las profundas repercusiones de orden sociológico y moral a que el divorcio da lugar, tal como hoy se tramita y entiende el fenómeno disolvente de la unión conyugal;

c) La facilidad de aportar al proceso pruebas falsas, sin el necesario discernimiento judicial que las rechace. Especial mención merece la prueba testimonial que, en nuestro medio, alcanza gravísimos niveles de corrupción y falsedad. Centenares de sentencias de divorcio se han expedido teniendo como antecedente único deleznable de apenas dos testigos.

(Continuará)

PROBLEMAS DE COMPETENCIA EN RAZON DE LAS PERSONAS

Alejandro Ponce Martínez

1.— EL FUERO DE CORTE.— EL FUERO MILITAR Y POLICIAL

Suprimido el fuero comercial en 1909, gracias a la tenaz oposición que contra él ejerció Víctor Manuel Peñaherrera, posiblemente uno de los campos en los cuales mayor conflicto se presenta actualmente en cuanto a la competencia es el referente al fuero en razón de las personas, especialmente por la falta de un severo y detenido análisis de lo que constituye el fuero en razón de las personas.

Los principios son sencillos:

- a) Todas las personas naturales o jurídicas se hallan sujetas a los jueces ordinarios (o a los especiales en razón de la materia), salvo aquellas que se someten a un juez especial en razón de las personas. Por lo tanto, lo excepcional es el fuero de Corte.
- b) El fuero especial en razón de las personas sólo se aplica para los casos y en las condiciones expresamente señaladas en las leyes. En consecuencia si es que no se cumple alguno de los requisitos establecidos en la ley, no existe el fuero especial y la persona se somete al juez ordinario o al especial en razón de la materia.
- c) En caso de duda entre el fuero ordinario y el especial, prevalece el ordinario.
- d) No cabe prorrogación voluntaria de la competencia en razón de las personas.
- e) Si un sindicado en una causa penal goza de dos o más fueros, el juez o tribunal de mayor grado es el competente para juzgarlo.

(*) Este estudio es parte del Curso de Derecho Procesal Orgánico que, en poligrafiados, se ha publicado parcialmente.

f) Si entre varios sindicatos existe alguno que goza de fuero especial, el juez especial lo es de todos los sindicatos, prorrogándose, en consecuencia, legalmente la competencia sobre éstos, y prevaleciendo, en caso de que varios sindicatos gocen de fuero especial, el juez o tribunal de mayor jerarquía. Sin embargo, se divide al continencia de la causa entre los jueces militares o policiales y los jueces del fuero común si es que entre los sindicatos existen personas sujetas al fuero militar o policial que, por tratarse de infracción de naturaleza militar, deban ser juzgados por los jueces y tribunales militares o policiales.

g) La existencia del fuero se determina por el tiempo del enjuiciamiento, pero subsiste, aún cuando el sindicato hubiere cesado en el cargo, si la infracción se ha cometido con ocasión de las funciones oficiales.

El fuero, en materia civil, pretende garantizar la mayor probidad en la resolución de aquellas controversias que interesan al Estado y entes públicos por contratos celebrados por ellos cuando éstos son los demandados, así como en la decisión de acciones deducidas contra el Presidente de la República, quien representando como representa al Estado, no puede —según el criterio que informa nuestra legislación— estar sujeto a un litigio ante un juez inferior. También, en materia civil, el fuero del Corte precautela el principio de jerarquía dentro de la organización de la función jurisdiccional en los casos de demandas por daños y perjuicios contra jueces y magistrados por sus actuaciones en los procesos en que intervienen. Por último, en los casos permitidos por el Derecho Internacional, defiende la alta representatividad de que se hallan investidos los agentes diplomáticos extranjeros.

En materia penal el fuero de Corte resguarda la función oficial de altos funcionarios del Estado. Desafortunadamente el número de personas que gozan de estos fueros se ha extendido desmesuradamente y ha llegado a abarcar a quienes, incluso, se hallan jerárquicamente en una posición inferior frente a otros. Por su parte, la Corte Suprema, ejerciendo la facultad concedida por el Art. 15 de la LOFJ, ha ampliado los preceptos legales a aquellos casos en que es suficientemente clara. Así, ha decidido que los Ministros de la Corte Suprema gozan de fuero de Corte en materia colusoria, a pesar de que la ley de la materia confiere jurisdicción especial a las Cortes Superiores (R. O. 375 de 9 — II — 81). Ha interpretado, además, el Código de Menores, en el sentido de que los miembros de la Corte Nacional de Menores gozan de fuero de Corte Suprema (R. O. 182 de 29 — IX — 76).

Si se analiza el numeral 2 del Art. 13 de la LOFJ Y el numeral 1 del Art. 23 de la LOFJ se descubre, por ejemplo, que mientras el Presidente de la Junta Nacional de la Vivienda goza de fuero de Corte Suprema y los administradores de aduanas, intendentes y comisarios de policía y municipales tienen fuero de Corte Superior, no la tienen ni el Presidente de la Junta Monetaria (salvo infracciones cometidas en el ejercicio de sus funciones) ni el Gerente General del Banco Central ni los subsecretarios de los distintos ministerios ni el Director General de Aduanas. Ciertamente mucho más conveniente hubiera sido restringir el fuero de Corte Suprema al Presidente

de la República, Vicepresidente, legisladores y magistrados de los tres más altos tribunales de justicia y de las Cortes Superiores y el de Corte Superior, a los jueces de primera instancia (mas no a los de policía), gobernadores, alcaldes y prefectos, restringiendo para la mayoría de los demás funcionarios en dichas normas nombrados el fuero de Corte exclusivamente para el evento de infracciones cometidas con ocasión de sus funciones Oficiales, pero eliminando de la lista tanto al Presidente de la Junta Nacional de la Vivienda como a los administradores de aduanas, intendentes y comisarios.

Además de los funcionarios señalados en el numeral 2 del Art. 13 de la LOFJ gozan, según el numeral 3, de fuero de Corte Suprema los Agentes Diplomáticos Ecuatorianos, para todas las causas penales, y los Cónsules Generales de la República exclusivamente para las infracciones cometidas en su carácter de tales. De conformidad con el Art. 13 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares (R.O. 472, 5 — IV — 65) los funcionarios consulares y los empleados auxiliares se someten a la jurisdicción del país receptor por infracciones no oficiales y, en cambio, gozan de inmunidad de jurisdicción por las infracciones cometidas con ocasión de sus funciones oficiales. En consecuencia, los Cónsules Generales de la República serán juzgados por la Corte Suprema de Justicia por sus infracciones oficiales y por los tribunales del país receptor por otras infracciones. Los cónsules que no ostentan la calidad de cónsules generales no gozan de fuero de Corte y, por lo mismo, son juzgados por sus infracciones oficiales, por los jueces y tribunales penales.

De acuerdo con el numeral 6 del Art. 13 de la LOFJ gozan de fuero de Corte Suprema el Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, los comandantes de las tres ramas de las Fuerzas Armadas y el Comandante General de Policía, por delitos no comprendidos en la jurisdicción penal militar o policial, y de acuerdo con el numeral 7 son juzgados por la Corte Suprema los conjuces de las Cortes Superiores pero exclusivamente por infracciones relacionadas al ejercicio de sus funciones. Como bien señala el Dr. Ortega Jaramillo (1) esta disposición no prevé el juzgamiento de los conjuces en primera y segunda instancia. Sostiene que "no habiéndole negado expresamente el derecho de recurrir la ley, al Conjuez, éste puede hacerlo en las mismas condiciones que el Ministro al cual reemplaza" y afirma posteriormente (2) que existe primera y segunda instancia para el juzgamiento de los Conjuces. Efectivamente, aunque la norma del numeral 7 no se refiere expresamente a primera y segunda instancia es indudable, en razón de las disposiciones de la sección primera del Título VI del CPP (arts. 404 y ss.) que de estas acciones conoce en primera y segunda instancia la Corte Suprema y que, por lo tanto, la primera le corresponde al Presidente y la segunda, a una de las salas por sorteo.

Por su lado, el numeral 2 del Art. 23 de la LOFJ señala que la Corte Superior debe juzgar en primera y segunda instancia las causas pena-

(1) Comentarios a la Ley Orgánica de la Función Judicial, p. 29

(2) Id. p. 47

les contra los notarios y registradores de la propiedad por infracciones relacionadas con el ejercicio de sus funciones.

Junto a este fuero especial en razón de las personas, existe también, en materia penal las jurisdicciones especiales militar y policial. Este fuero se ha establecido para precautelar la vigencia de la organización jerárquica militar y policial, instituciones guardianes de la soberanía y el orden interno, evitando la ingerencia del poder civil en el juzgamiento de las infracciones militares. Según señala el Ex — Ministro de la Corte Suprema de EE. UU., William Douglas (3), la creación de un ejército permanente se halla seguido siempre del establecimiento de Cortes marciales para juzgar exclusivamente a sus miembros por delitos de naturaleza militar.

En nuestra actual legislación los jueces y tribunales militares y policiales no tienen relación alguna con los jueces de jurisdicción ordinaria. Tampoco ningún juez de la jurisdicción ordinaria —ni siquiera la Corte Suprema— puede revisar en forma alguna los procesos que se sigan ni los fallos que se dicten por parte de estas jurisdicciones especiales. En el pasado, la Corte de Justicia Militar se integraba por los Ministros de la tercera sala de Corte Suprema más tres oficiales generales en servicio pasivo y según el D.S. 2553 R.O. 387 de 3 — XII — 64 la Corte Suprema Policial por dos Ministros de la Corte, jueces de la primera sala de la Corte Suprema y tres oficiales generales de la Fuerza Pública (uno de las Fuerzas Armadas y dos de la Policía). Anteriormente conformaban el tribunal de tercera instancia policial la primera sala de la Corte Suprema y dos oficiales superiores de la Policía Civil Nacional (Art. 21 — Ley Orgánica de la Función Judicial de la Policía Civil Nacional).

En el régimen judicial de los Estados Unidos de América se ha establecido, en virtud de fallos de la Corte Suprema, la posibilidad de una revisión —aunque limitada— de las actuaciones de las Cortes marciales a través del recurso de Habeas Corpus que, en el derecho norteamericano, tiene una ampliación mucho más amplia que aquel que nuestra Constitución permite, y cuyo conocimiento, en los Estados Unidos de América, corresponde a la Corte Suprema.

De acuerdo con el Art. 1 del Código Penal Militar, la jurisdicción penal militar nace de la ley y su ejercicio corresponde a los juzgados y tribunales militares, y según el Art. 2 la jurisdicción militar comprende:

a) La facultad de investigar las infracciones cometidas por los militares de las Fuerzas Armadas, sancionadas por el CPM y por las demás leyes de la materia, siempre que estas infracciones sean de carácter militar, correspondiendo las de índole común a los jueces y tribunales comunes;

b) El poder de juzgar tales infracciones y hacer que cumplan los fallos.

(3) El Derecho del Pueblo, p. 136.

¿Qué son, pues, infracciones de carácter militar? Las enumera el Art. 1 del Código Penal Militar, de cuya lectura se desprende que deben existir tres requisitos para que una infracción sea de naturaleza militar:

a) la persona que las comete debe ser un individuo de las Fuerzas Armadas, en servicio activo;

b) deben estar tipificadas por el CPM o en los bandos que los Comandantes en jefe o de plazas, puertos, fortalezas y otros lugares sitiados y bloqueados, publican en campaña conforme a sus facultades o las necesidades de la guerra, o comprendidas en las órdenes generales dadas por los comandantes de las naves de guerra, en campaña o en alta mar, conforme a sus facultades o a la necesidad de la guerra;

c) debe ser perpetrada en ejercicio de las funciones propias del empleo, grado o destino de un militar, dentro o fuera del servicio, o con ocasión de él, y que afecten a los medios, fines e intereses de las FF. AA.

Por consiguiente, para que surta efecto el fuero militar es indispensable:

a) que el infractor se halle sometido a la jurisdicción militar por ser individuo de las FF. AA., en servicio activo;

b) que la infracción sea de naturaleza militar;

c) que la infracción se haya cometido en ejercicio o con ocasión de funciones propias del empleo, grado o destino de un militar.

Si falta uno o cualquiera de estos requisitos no hay lugar al fuero militar.

El Art. 131 de la Constitución establecía: "Los miembros de la Fuerza Pública gozan de fuero especial". A pesar de lo general y amplio de la norma debía entenderse que este fuero no se extendía a todo acto ejecutado por un miembro de la Fuerza Pública, sino única y exclusivamente a las infracciones cometidas en el ejercicio de sus funciones propias. Así lo entendió la Cámara Nacional de Representantes al derogar mediante D.L. de 10 — X — 79 (R.O. 39, 4 — X — 79) los D. S. nos. 865 y 880 (R.O. 211, 12 — XI — 76 y R.O. 209, 10 — XI — 76) que, interpretando el Art. 1, literal d), del CPM, dispusieron que se entenderían como funciones militares las que ejercieran los miembros de las Fuerzas Armadas en la Administración Pública o en funciones jurisdiccionales. Dicho Decreto Legislativo fue aprobado por el Presidente de la República y promulgado. El General Bolívar Jarrín Cahueñas pidió que la Corte Suprema suspendiera la vigencia de dicha ley por estimarla inconstitucional, porque violaba, según él, el Art. 131 de la Constitución. La Corte desechó tal solicitud y, por lo mismo, ratificó tanto la constitucionalidad de la ley como la interpretación de que el fuero militar sólo se aplica cuando se reúnen las condiciones antes señaladas.

El Código de Precedimiento Penal, por su parte, señala en su Art. 455: "Cuando se tratare de procesos por delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, en ejercicio de sus funciones específicas o con ocasión de tal ejercicio, serán conocidos y sustanciados por sus jueces especiales, conforme al Código Penal Militar y el de Procedimiento Penal Militar, Código Penal de la Policía Nacional y el de Procedimiento Penal de la Policía Nacional. Cuando dichos delitos no hubiesen sido cometidos en ejercicio de dichas funciones o con ocasión de tal ejercicio, el conocimiento y sustanciación del proceso corresponderá a los jueces comunes, quienes aplicarán las disposiciones de este Código".

Esta norma es notoriamente incompleta puesto que no incluye el requisito de que el delito se halle contemplado en las normas penales militares o policiales, puesto que, aunque se cometa un delito en ejercicio de las funciones específicas de la Fuerza Pública, si tal delito no se halla tipificado como tal en las leyes penales de la Fuerza Pública, no existe fuero militar o policial. Las reformas a la Constitución Política promulgadas en el R.O. 569 de 1 — IX — 83 dispusieron claramente que las infracciones comunes cometidas por los miembros de la Fuerza Pública serían juzgadas por la justicia ordinaria (Art. 89).

Según el Art. 4 del Código de Procedimiento Penal de la Policía Civil Nacional, para que exista el fuero policial es necesario que:

- a) la violación la cometa un policía en servicio activo o en situación transitoria;
- b) la violación se refiera a una norma penal policial (prevista en el Código Penal de la Policía Civil Nacional o el Reglamento Disciplinario);
- c) la violación se cometa en el ejercicio de las funciones que específicamente corresponden a los miembros de la Policía Civil Nacional.

2.— LOS ENTES PUBLICOS COMO DEMANDADOS

Según el Art. 17 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, el Estado y las entidades del sector público gozan de fuero de Corte Suprema en materia civil cuando son demandados por los particulares como consecuencia de contratos celebrados por ellas. Se excluyen del fuero de Corte, en razón de lo dispuesto por los Arts. 556 y 564 del Código del Trabajo y por el Art. 14 de la LOMP, las demandas derivadas de relaciones laborales. También se excluyen, por lo dispuesto en el Art. 10 de la Ley de Hidrocarburos, las demandas derivadas de contratos referentes a la actividad hidrocarburi-fera, cuyo conocimiento privativo corresponde al Ministro de Recursos Naturales y Energéticos. Antiguamente (ley codificada en 1922) el fuero de Corte comprendía exclusivamente a las demandas presentadas por los particulares por contratos celebrados por el Poder Ejecutivo o sus agentes y el actual numeral 9 del Art. 13 de la LOFJ se refiere exclusivamente a los contratos celebrados por el Presidente de la República o por sus mandatarios. Cabe destacar que la Corte Suprema mantuvo tesis contrarias cuando

los contratos no habían sido celebrados directamente por el Poder Ejecutivo o sus agentes, o cuando los contratos se los había celebrado con autorización del Poder Legislativo. Así en el juicio seguido por el doctor Miguel Angel Zambrano contra el gobierno representado por la junta del camino de Quito a Santo Domingo se sostuvo que no le correspondía al juez de letras sino al Presidente de la Corte Suprema el conocer sobre la demanda para que se conforme el Tribunal Arbitral que, de conformidad con el contrato celebrado, debía conocer las controversias surgidas entre las partes (G.J. V, 91, 2144 — 2149). En cambio anteriormente se había resuelto que era de competencia del juez de letras el conocer la acción planteada por un particular por un contrato celebrado con el Poder Ejecutivo, el cual actuó para dar cumplimiento a un decreto legislativo (G.J. III, 8, 1294). Asimismo, antes del fallo en el juicio iniciado por el Dr. Miguel Angel Zambrano —en el cual con dos votos salvados se había resuelto que la junta de camino Quito — Santo Domingo de los Colorados era un agente del Ejecutivo— la Corte Suprema había decidido que las juntas de Hacienda no eran agentes del Poder Ejecutivo por cuanto no constaban enumeradas como tales en la Ley de Régimen Político y Administrativo (G.J. III, 33, 1495 y III, 44, 1589). Por último, en fallo de 4 de octubre de 1934 la segunda sala de la Corte Suprema resolvió que si un contrato había sido autorizado por un decreto supremo —lo cual le da el carácter de ley especial— y si en tal decreto —contentivo del contrato— se había determinado que la formación del tribunal arbitral que debía conocer de las controversias entre las partes debía demandarse ante el juez de letras, tal disposición, por ser especial, prevalecía por sobre la norma de la LOFJ.

Importante es señalar que la tendencia de la Corte, en dichos fallos, parece ser la de restringir el fuero de Corte Suprema exclusivamente a aquellos casos en que los contratos habían sido celebrados directamente por el Poder Ejecutivo o sus agentes, considerando como tales exclusivamente a quienes la ley otorgaba tal calidad. Igual tendencia restrictiva del fuero de Corte sigue el fallo publicado en la G.J. III, 122, 2213, en el cual se reconoce la competencia del juez de letras para conocer de una demanda para que se condene al Estado al pago del precio por la venta de un terreno, aduciendo que la controversia no se refiere al contrato sino que la acción pretende la ejecución del mismo.

Esta posición de la Corte, incluso avalada por los dos votos salvados en el juicio seguido por el Dr. Miguel Angel Zambrano demuestra un acertado sentir democrático puesto que busca, en la medida de una interpretación literal de la ley, la igualdad de los ciudadanos frente al Estado cuando éste se desenvuelve en la órbita del derecho privado.

La vigente Ley Orgánica del Ministerio Público (Art. 17) inspirada en el afán de colocar a todas las entidades del Estado y del sector público en una idéntica posición con respecto al fuero, señala que serán conocidas por la Corte Suprema en primera y segunda instancia las controversias derivadas de contratos celebrados por el Estado y tales entidades con personas naturales o jurídicas de derecho privado, cuando éstas sean las actoras. De

esta disposición se concluye que el fuero sólo es aplicable al cumplirse copulativamente tres condiciones:

- 1) que la controversia se refiera a un contrato con el Estado o las entidades del sector público;
- 2) que tal contrato haya sido celebrado por personas naturales o jurídicas privadas con las personas públicas arriba indicadas; y,
- 3) que el actor sea la persona privada.

En tal virtud ni el Estado ni las entidades del sector público gozan de fuero de Corte en cualquiera de los siguientes casos:

- 1) Si es que la controversia se origina en una fuente distinta de los contratos, como cuando la fuente de la obligación es un cuasicontrato, un delito, un cuasidelito o la ley. De igual modo, si la materia del proceso es un asunto sucesorio en que el Estado o sus instituciones del sector público tienen interés, tampoco existe fuero de Corte Suprema, aunque el demandado sea el Estado o cualquier institución del sector público.
- 2) Si es que el contrato que origina la controversia ha sido celebrado por dos instituciones del sector público.
- 3) Si es que el actor es el Estado o la institución del sector público, aunque la controversia se refiera a contratos celebrados por aquel o éstas con una persona natural o jurídica de derecho privado.

Ni la LOMP ni la LOFJ señalan cuáles son las entidades del sector público. Antes de que entrara en vigencia la Constitución Política de 1979 en el campo del Derecho Público se había distinguido a las personas jurídicas de derecho público y a las personas jurídicas privadas con finalidad social o pública, conocidas también como personas jurídicas semipúblicas.

De los Arts. 125 de la Constitución, 383 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control y 4 de la Ley de la Jurisdicción contencioso — administrativa y de los preceptos constitucionales sobre la organización y estructura del Estado y de los preceptos constitucionales sobre la organización y estructura del Estado se concluye, de manera clara y evidente, que goza de fuero de Corte Suprema previsto en el Art. 17 de LOMP el Estado, que actúa a través de los órganos que conforman las funciones legislativa, ejecutiva y jurisdiccional, así como a través de los otros organismos y entidades previstos en la Constitución, esto es, el Tribunal Supremo Electoral (y los organismos electorales que de él dependen de acuerdo con la Ley de Elecciones), la Procuraduría General del Estado y el Ministerio Público que de ella depende, los organismos de control (Contraloría General del Estado, Superintendencias de Bancos y de Compañías) y el Tribunal de Garantías Constitucionales, y que también gozan del fuero de Corte Suprema previsto en el Art. 17 de la ley citada las entidades del sector

público que, creadas por la Constitución o la ley, o por acto legislativo seccional, ejercen potestad estatal, prestan un servicio público o tienen a su cargo una actividad económica asumida por el Estado. En consecuencia integran el sector público, para efectos del fuero de Corte Suprema, a más del Estado, las siguientes entidades:

- a) Los Consejos Provinciales y los Municipios;
- b) Las entidades y personas jurídicas creadas por ley o acto legislativo seccional como de derecho público o de derecho privado con finalidad social o pública para el ejercicio de la potestad estatal o para la prestación de servicios públicos o para actividades económicas asumidas por el Estado.

En consecuencia, son parte del sector público las empresas del Estado o de los organismos seccionales creadas por ley o por ordenanza para la prestación de un servicio público o para ejercer actividades económicas asumidas por el Estado o que corresponden a los Consejos Provinciales o Municipales, mas no las empresas creadas bajo las formas de asociación previstas en el derecho privado, aunque sean de propiedad exclusiva del Estado o de entes del sector público. Estas sociedades o compañías que, por su naturaleza surgen de un contrato y que se hallan reguladas por normas de derecho privado y que de ningún modo ejercen potestad estatal, no pueden concebirse, pues, como entidades del sector público para los efectos del Art. 17 de la LOMP, ya que su esencia no es otra que la de personas jurídicas de derecho privado. En consecuencia, llama poderosamente la atención que en fallo de 1 de marzo de 1983 el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, luego de declarar determinante y tajantemente que "Industrias Guapán S. A. (compañía anónima cuyas acciones son de propiedad exclusiva de entes del sector público) es una entidad de derecho privado que ha de tenerse como perteneciente al sector público exclusivamente para los efectos previstos en la LOAFYC, esto es, para la fiscalización de los recursos con que se financia, en cuanto éstos dimanen del IESS y del Banco Nacional de Fomento y de ninguna manera para el cumplimiento de sus obligaciones civiles" se declare tácitamente competente (al no decretar la nulidad del proceso) para conocer la demanda propuesta por el señor Antonio Granda Centeno contra dicha sociedad anónima, e induce a profunda meditación sobre cómo se manipulan las cuestiones referentes al fuero en las consideraciones del fallo confirmatorio expedido en el mismo proceso por la quinta sala de la Corte Suprema en el sentido de que la mera inclusión en el catastro de entidades del sector público convierte a una compañía anónima en un ente público (olvidando que el catastro sólo sirve para los efectos de la LOAFYC) y de que la falta de alegación expresa de la excepción de incompetencia prorroga la competencia del Presidente de la Corte (sin tener en cuenta que no cabe prorrogación de la jurisdicción cuando su distribución se efectúa en razón de las personas, puesto que la competencia en razón de las personas es de orden público y, además, esta supuesta prorrogación contraviene el último inciso del Art. 12 y el Art. 6 de la CPC (G.J. XIV, 3, 708).

3— EL FUERO ANTE NORMAS ESPECIALES

La existencia del fuero de Corte, en virtud del cual determinadas personas son sustraídas de los jueces ordinarios y sometidos a una jurisdicción

especial, se halla establecido por razones de orden público en guarda de la jerarquía de quienes ocupan altas posiciones oficiales dentro de Estado o, para precautelar los intereses del Estado o de los entes del sector público. Esto no obsta a que si el legislador lo considera conveniente, elimine de la lista de personas sujetas a fuero de Corte a cualquiera de ellas o las someta al fuero ordinario en determinados casos, puesto que los fueros de Corte no derivan de preceptos constitucionales, a diferencia, actualmente, del fuero militar y del policial que sí los consagra la Constitución vigente (Art. 131 reformado).

Por ello en ocasiones el legislador ha creído adecuado suprimir, al menos para ciertas materias, el fuero de Corte.

De interés, sobre este asunto, es recordar lo ocurrido con la competencia para el juzgamiento de delitos de peculado.

Mediante Decreto Legislativo promulgado en el R.O. 348 de 23 — X — 41 se reformaron los Códigos Penal y de Procedimiento Penal. Según el Art. 15 de dicho D.L. se estableció:

- 1) Que para el juzgamiento de los delitos tipificados en los Arts. 237, 240 y 241 del Código Penal (Hoy 257, 260 y 261) no se reconocía fuero ni privilegio alguno.
- 2) Que el conocimiento de las acciones penales para el juzgamiento de dichos delitos correspondía a los respectivos jueces del crimen.
- 3) Que el trámite para el juzgamiento de tales delitos sería el verbal sumario (aunque en 1955 el codificador lo reformó en el sentido de que el proceso verbal sumario se aplicaría en el plenario).

Esta norma del Art. 15 de dicho D.L., fue incorporada en el C.P.P., al codificárselo en 1955 y 1960 y corresponde al Art. 347 de la codificación de 1960.

En 1962, al producirse fallos contradictorios sobre la aplicación de esta norma (Art. 367, CPP de 1960), la Corte Suprema de Justicia, por 9 votos contra 8, resolvió que subsistía el fuero de Corte para el juzgamiento de los delitos de peculado (los debates de la Corte Suprema se hallan publicados íntegramente en el G.J. IX, 14, 1597 — 1616 y la resolución con fuerza obligatoria de 26 — II — 62 en el R. O. 97 de 3 — III — 62).

El debate enfocó dos problemas: a) si se requería la autorización del Senado para el enjuiciamiento penal de aquellos altos funcionarios que se refería la Constitución de 1946 en los Arts. 50 N° 2, 45 N° 1 y 46, esto es, Presidente, Vicepresidente, encargado de la Función Ejecutiva, Ministros y Consejeros de Estado, Ministros de la Corte Suprema, Senadores y Diputados y miembros del Tribunal Supremo Electoral, y b) si existía el fuero de Corte establecido por los Arts. 13 y 18 (hoy 23) de la LOFJ, para casos de peculado.

Según enseñaba el Dr. Víctor Hugo Bayas en su cátedra de Derecho Procesal Penal —con cuya tesis concuerdo— el planteamiento debió concentrarse a lo segundo, puesto que era indudable que el fuero constitucional, requisito de procedibilidad o autorización previa del Senado, existía, en cualquier caso, por ser norma constitucional.

Entre quienes mantuvieron la tesis que se impuso, esto es la de que subsistía el fuero de Corte, las posiciones fueron de doble naturaleza, pues mientras algunos ministros sostuvieron que en razón de la disposición constitucional que exigía de la autorización del Senado para el juzgamiento de ciertos funcionarios que gozaban de fuero de Corte (no de todos) se había derogado la disposición del Art. 347 del CPP, otros insinuaron que, en definitiva, había que ignorar dicha norma por constituir un atentado contra el derecho público. En cambio, los magistrados que estuvieron en la posición derrotada razonaron consistentemente su voto fundamentándolo en que el Art. 347 del CPP era una norma especial que primaba sobre las de la LOFJ.

En todo caso, con la resolución expedida quedó definitivamente establecido que existía fuero de Corte para el juzgamiento de los delitos de peculado para los funcionarios señalados en los Arts. 13 y 18 (hoy 23) de la LOFJ.

En 1971 la Comisión Legislativa Permanente codificó una vez más el CPP. Dicha codificación en realidad constituyó una reforma integral del Código, puesto que, a más de incorporarse las reformas dictadas desde 1960, se alteró toda la estructura del Código y se introdujeron normas que no constaban en ley alguna. La Comisión se excedió, pues, en sus atribuciones. En cuanto a la materia en análisis, la codificación incluyó la resolución de la Corte Suprema de 1962 en el Art. 376 y reformó el procedimiento señalando que el juzgamiento de los delitos de peculado se realizaría mediante el procedimiento para el enjuiciamiento de los delitos sancionados con prisión. Se eliminó, en consecuencia, sin razón alguna, la norma vigente de que el plenario se tramitaría verbal y sumariamente.

El afán seudo —moralizador de la dictadura militar que se instauró en el país el 16 — II — 72 que disfrazaba podridos sentimientos de venganza contra los funcionarios del régimen depuesto, llevó a la creación de los famosos tribunales especiales que se establecieron mediante D.S. 618 de 11 — VII — 72 (R.O. 105 19 — VII — 72) reformado por D.S. 1445 (R.O. 208 — 20 — XII — 72) y por D.S. 87 (R.O. 480 — 25 — I — 74). Se crearon los tribunales especiales para conocer fundamentalmente y en forma privativa las causas por los delitos de peculado, cohecho, terrorismo, sabotaje. Según dichos decretos, la primera instancia correspondía a los tribunales especiales y la segunda, a la Corte de Justicia Militar (a partir de la vigencia de D.S. 1445). Tales normas dictatoriales establecieron un procedimiento especialísimo para el juzgamiento de las infracciones cuya competencia se atribuyó a los tribunales especiales, puesto que no se dividió el proceso penal en sus fases esenciales: investigativa (sumario) y determinativa de la responsabilidad (plenario), sino que se dispuso que el proceso tuviera una sola etapa que terminaría en sentencia, en la cual, de ser conde-

natoria, se debía resolver sobre la condena a la indemnización de daños y perjuicios, cuyo monto, de ser necesario, debía ser establecido por un perito, contraviéndose, así, principios básicos de independencia entre lo penal y lo civil.

El Art. 6 del D.S. N° 618 eliminó todo fuero al disponer: "Para conocer y juzgar las infracciones señaladas en los Arts. 2 y 3 de este Decreto no se reconoce fuero alguno, cualquiera que sea la dignidad o cargo que tenga o haya tenido el encausado".

Como pasos previos para la creación de los tribunales especiales la dictadura dictó los siguientes decretos:

a) D.S. 54 (R.O. 18 10 — III — 72) mediante el cual se creó el Consejo de Gobierno con facultades para proponer proyectos de leyes y para efectuar una denominada gestión fiscalizadora. El artículo segundo de este decreto supremo dispuso: "Igualmente en lo relativo a la gestión fiscalizadora previo el estudio correspondiente de los casos que por cualquier medio llegara a su conocimiento el Consejo someterá a la Presidencia de la República las medidas que estime necesario (sic) para sancionar el enriquecimiento ilícito y cualquier otra forma de inmoralidad en la administración pública, así como para prevenir y castigar actos similares que podrían producirse en el régimen actual; sin perjuicio de las atribuciones que competen a los jueces comunes, Ministerio Público y Contraloría General de la Nación".

b) D.S. 113 (R.O. 26 22 — III — 72) por el cual se estableció el procedimiento que debía seguir el Consejo de Gobierno para su denominada labor fiscalizadora, señalándose que dicho organismo debía designar comisiones especiales con fines investigativos. Si de los resultados de la investigación se desprendía que era necesario el enjuiciamiento penal, éste debía ser tramitado por los jueces y tribunales militares según las leyes aplicables. Se ordenaba, además, en el decreto que estos tribunales militares (a los cuales se les concedía jurisdicción sobre civiles) aplicarían siempre la máxima sanción y que no se admitirían fianzas. Se dispuso, por último, que si la persona fiscalizada no podía justificar la adquisición legítima de sus bienes estos pasarían a propiedad del Estado mediante Decreto — ley dictado por el Presidente de la República, esto es el Jefe Supremo.

c) D.S. 370 (R.O. 70 — 31 — V — 72) por el cual se reformó el D.S. 113 estableciéndose en su artículo 1° que en los casos en que según la Ley hubiere lugar a fuero de Corte, el conocimiento y resolución en las causas investigadas por el Consejo de Gobierno correspondería a la Corte de Justicia Militar (conformada en esa época por la tercera sala de la Corte Suprema y tres oficiales generales de las FF. AA., en servicio pasivo, composición de la Corte de Justicia Militar que fue alterada como consecuencia del D.S. 1265 R.O. 181 — 10 — XI — 72, mediante el cual se dispuso la reestructuración de la Corte de Justicia Militar y se canceló a todos sus integrantes por cuanto iban a pronunciar un fallo justo contra los intereses dictatoriales, y por el D.S. 1444 R.O. 208 de 20 — XII — 72 reformativo de la Ley Orgánica del Servicio de Justicia de las FF. AA.)

En síntesis, antes de que se crearan mediante D.S. 618 los tribunales especiales, se produce en el país una quiebra total de todos los principios jurídicos, se genera un desquiciamiento en la organización jurisdiccional, se priva a los ciudadanos de los más elementales derechos de defensa, se elimina la presunción de inocencia mientras no se pruebe lo contrario, se destruye el menor vestigio de independencia de la función judicial y se somete a los civiles a las comisiones inquisitoriales especiales y a la jurisdicción de los jueces militares a los cuales se les priva incluso de la más elemental facultad de discernimiento.

Mediante D.S. 888 R.O. 4 — IX — 74 luego de considerarse que se había cumplido con la "labor moralizadora" del gobierno nacionalista y revolucionario se suprimen los tribunales especiales, derogándose los artículos 1 y 2 del D.S. 618, el Art. 3 del mismo que fue sustituido por el D.S. 1445 y los Arts. 2 y 3 del D.S. 87, disponiéndose que las causas por los delitos contemplados en dichas normas serían conocidas por la justicia ordinaria, de conformidad con las reglas procesales del D.S. 618 en lo que fueren aplicables, con excepción de las referentes a los recursos que se sujetarían a las reglas del procedimiento penal común. En consecuencia, el D.S. 888, aunque suprimió los tribunales especiales, dejó vigentes todas las normas de procedimiento, inclusive la del Art. 6 que eliminó los fueros, del D.S. 618. Por lo tanto, no habiéndose derogado expresamente el señalado Art. 6 era evidente que continuaba eliminado el fuero para el juzgamiento de los delitos cuya competencia había correspondido a los tribunales especiales.

Por ello, la Corte Suprema de Justicia en Resolución de 11 — IX — 75 (R.O. 911 16 — X — 75) al absolver una consulta del juez segundo de lo penal de Bolívar se pronunció en el sentido de que el D.S. 888 derogó el procedimiento especial para el juzgamiento de los delitos mencionados en el D.S. 618 y su reformas y que por lo mismo el procedimiento aplicable era aquel establecido en el D.S. 618. Sin embargo la Corte no se pronunció sobre asuntos de competencia, pues no fueron materia de la consulta.

Mediante D.S. 1429 (R.O. 337 16 — V — 77) se dictó la LOAFYC que contiene las disposiciones de los artículos 331 (último inciso), 342 y 345.

Estas normas y, en especial, la del Art. 342, se sustentaban en las disposiciones del D.S. 618 que aún continuaban vigentes. Su sentido y adecuada interpretación serán motivo de un análisis ulterior.

Durante este período, posterior a la supresión de los tribunales especiales, las diferentes salas de la Corte Suprema emitieron los siguientes pronunciamientos:

a) En sentencias de la primera y tercera salas de la Corte Suprema de 27 — I — 75 y de 21 — I — 75 (Espinosa, V, p. 161) se afirmó que la LOFJ, que entró en vigencia con posterioridad al D.S. 888, el cual suprimió los tribunales especiales, no derogó el Art. 6 del D.S. 618.

b) En el sentido de que el Art. 6 del D.S. 618 que derogó todos los fueros y privilegios se hallaba vigente se pronunció la tercera sala de la Corte

Suprema en sentencia de 21 — III — 75 (Larrea, Repertorio, IV, p. 659). Se dijo que el fallo: "Por tratarse de una disposición especial (la del Art. 6 del D.S. 618) se necesitaba de derogatoria expresa". (Juicio de competencia entre el Presidente de la Corte Superior y el juez segundo de lo penal de Pichincha en el proceso contra Cevallos y otros).

c) En fallo de 17 — XII — 76 la segunda sala de la Corte Suprema (G.J. XXI, 13, 2893) en el juicio seguido contra el Ing. Washington Bejarano y otros por perjuicios ocasionados al Banco de Fomento, razonó así: "La LOFJ conserva la institución del fuero a favor de los funcionarios públicos que allí taxativamente se determinan, pero lo hace como disposición general. El Art. 6 del D.S. 618 establece indudablemente un caso de excepción a la norma genérica cuando priva del beneficio del fuero a los culpables de este tipo de infracciones, cualquiera que sea su cargo o dignidad. Esta norma sólo podía ser abolida o derogada por otra ley posterior que expresamente la suprima o derogue".

d) En igual sentido, esto es de que conforme al Art. 6 del D.S. 618 no existe fuero ni privilegio alguno para el juzgamiento de delitos que fueron de competencia de los tribunales especiales, se pronunció la primera sala de la Corte Suprema en fallo de 25 — IV — 77 (Espinosa, VII, p. 226).

e) En decisión de 18 de julio de 1978 la quinta sala de la Corte Suprema resolvió que el único competente para conocer de las causas por delitos de defraudación de fondos públicos es el juez de lo penal, al dirimir al competencia entre el juez de lo penal de Manabí y el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Portoviejo (Espinosa, IX, pp. 189 y 190).

f) Únicamente la cuarta sala de sentencia de 24 — II — 77 resolvió que al restituirse la competencia a los jueces ordinarios (como consecuencia de la supresión de los tribunales especiales) quedaron restablecidos los fueros que desaparecieron en virtud del D.S. 618 (Espinosa, VII, p. 225).

Con el retorno al orden constitucional la tendencia jurisprudencial de la Corte Suprema ha ido en sentido inverso al de la gran mayoría de fallos antes resumidos. En efecto, por una parte Presidentes de la Corte Suprema han iniciado o continuado conociendo procesos instaurados por delitos de peculado contra ex — Ministros de Estado, a pesar de que uno de tales Presidentes de la Corte fue quien dictó uno de los fallos arriba referidos pronunciándose en el sentido de que para el juzgamiento de tales infracciones se encontraba suprimido el fuero de Corte Suprema. Por otro parte, en sentencia dictada el 18 — X — 82 (juicio contra Juan Reyna Santacruz, Antonio Hanna y otros por peculado G.J. XIV, 2, suplemento) el Presidente de la Corte Suprema, contrariando la tesis que habían mantenido en 1976 cuando integraba la segunda sala de la Corte Suprema, sostuvo que el Art. 6 del D.S. 618 se encontraba derogado. Fundamentó su tesis en que tanto de uno de los considerandos del D.S. 888 cuanto de su Art. 2 se desprendía la intención del legislador de devolver a los jueces y tribunales ordinarios la competencia y jurisdicción para el juzgamiento de los delitos cuyo conocimiento correspondía a los tribunales especiales y en que, como los Ministros de la Corte Suprema son jueces ordinarios y a la Corte Supre-

ma, según la LOFJ, le corresponde el conocimiento de toda causa penal contra Ministros de Estado, se restableció, a partir del D.S. 888, en consecuencia, para las causas de peculado, el fuero de Corte. Olvidó, sin embargo, el Magistrado que la Corte Suprema ejerce jurisdicción especial (o privativa según la terminología del CPC) cuando conoce de los casos de fuero de Corte y que el Presidente de la Corte Suprema, en las causas que los corresponde conocer en primera instancia, es siempre un juez especial, pues sólo juzga sobre determinadas materias o personas no sujetas al fuero ordinario.

Tal fallo fue confirmado por la cuarta sala de la Corte Suprema, el 22 — IV — 83, la cual estimó que el D.S. 192 (R.O. 763 17 — III — 75) derogó el Art. 6 del D.S. 618. Además sostuvo la tesis de que la norma del Art. 331 de la LOAFYC había sido derogado por el Art. 19, numeral 16, literal d, de la Constitución Política. Este criterio de la cuarta sala no resiste, sin embargo, el menor análisis. En efecto, el D.S. 192 que, en lo principal, reformó normas del Código de Procedimiento Penal, simplemente incluyó a dos funcionarios más en la enumeración contenida en el numeral 2, del Art. 13 de la LOFJ, a saber al Presidente de la Junta de Planificación y Coordinación Económica (reforma gracias a la cual el Vicepresidente de la República, como Presidente del Consejo Nacional de Desarrollo, tiene fuero de Corte) y al Presidente de la Junta Nacional de la Vivienda. En lo demás, mantuvo idéntico el texto al de la LOFJ promulgada el 11 — IX — 74. Por lo tanto, el argumento de la sala se vuelve contra quienes lo utilizaron, puesto que son los mismos ministros jueces de dicha sala quienes expresamente reconocen que el imperio de dicha ley no reintegró "el fuero para los delitos de peculado". Es, pues, evidente que no es ni remotamente exacto que el D.S. 192 restableció el fuero para el enjuiciamiento de esta clase de delitos.

El segundo razonamiento de la sala, esto es el de que el Art. 331 de la LOAFYC fue derogado por el literal d) del numeral 16 del Art. 19 de la Constitución Política que entró en vigencia el 10 de agosto de 1979 es, asimismo, deleznable. En efecto, dicha disposición constitucional lo que prohíbe es que ninguna persona sea distraída del juez competente ni juzgada por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto, cualquiera que fuere su denominación (texto que, de paso, lo mantienen las reformas promulgadas el 1 de septiembre de 1983). Por consiguiente, tal precepto constitucional no indica, ni remotamente, quien es el juez competente y, por lo mismo, la determinación del juez competente queda a la ley secundaria, la ley aplicable al caso en discusión que era, precisamente, la que tenía que determinar la Corte, puesto que una disposición fundamental, tendiente a garantizar el proceso justo, no derogó el Art. 331 de la LOAFYC, cuyo sentido, de otro lado, es distinto de aquel que pretendió darle la sala, como se verá más adelante.

Si la existencia de fuero especial en razón de las personas no es, ni jamás lo ha sido, precepto constitucional, mal hizo la cuarta sala en el fallo comentado, declarar inaplicable el Art. 331 de la LOAFYC por considerarlo contrario a la norma del Art. 19, numeral 16, literal d), de la Constitución Política, tanto más cuanto que en el sentido supuesto de que subsistiera el fuero de Corte para el juzgamiento de los delitos de peculado no por

ello dejaría de ser aplicable el Art. 331 de la LOAFYC para las personas que no gozan de fuero de Corte, en el supuesto, no consentido, de que el Art. 331 fuera aplicable a las causas penales.

Por último, cabe destacar que por si alguna duda existiera acerca de la insubsistencia del fuero de Corte para las causas por peculado, toda duda se despejaría por la aplicación de la norma del Art. 14 del CPP (hoy 13) según el cual en caso de duda entre la competencia de los jueces penales ordinarios y la de los especiales, prevalece la jurisdicción penal ordinaria.

No es extraño, de otra parte, que el legislador, en estas normas legales, haya suprimido el fuero de Corte para el juzgamiento de ciertos delitos. Así, el Art. 39 de la Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes (D.S. 366, R.O. 52 de 3 — IX — 70) establece que para el juzgamiento y represión de los delitos sancionados por ella no se reconoce fuero ni privilegio alguno correspondiendo su conocimiento a los jueces del crimen (hoy penales). Esta norma, de carácter especial, prima sobre las generales sobre fueros constantes en la LOFJ.

Parecería que en el nuevo Código de Procedimiento Penal la discusión sobre el fuero para el juzgamiento de los delitos que fueron de competencia de los tribunales especiales y especialmente del peculado, problema con el cual iniciamos este párrafo, se encontraría cerrada, puesto que el artículo final del Código deroga todas las disposiciones generales y especiales que se le opongan y de manera expresa el Código de Procedimiento Penal promulgado en el R.O. 200 de 12 — IV — 71 y todas sus reformas posteriores, entre las cuales, naturalmente, por referirse al procedimiento, se encontrarían aquellas que quedaron vigentes del D.S. 618 que creó los tribunales especiales, luego de su derogatoria parcial por D.S. 888. Así lo estimó la primera sala de la Corte Suprema en fallo de 11—I—84 en el juicio de competencia entre el juez primero de lo penal del Guayas y el Presidente de la Corte Suprema en la causa penal por peculado contra Juan Pablo Moncagata.

Sin embargo no es todo tan transparente, puesto que de conformidad con el Código Civil las leyes especiales sólo se derogan en forma expresa, esto es señalando concretamente la norma que se abroga y, por lo mismo, podría sostenerse que la disposición del Art. 342 de la LOAFYC que ordena que cuando como consecuencia de la auditoría se establezcan hechos a los que se refiere el Art. 257 del Código Penal la Contraloría ha de remitir el acta o informe respectivos al juez competente de lo penal quien deberá dictar al auto inicial y ordenar la detención del sindicado. De otro lado, el inciso final del Art. 331 establece que en las controversias jurisdiccionales consiguientes al establecimiento de responsabilidades no se reconoce fuero privilegiado alguno.

Es, pues, indispensable aclarar si al menos para el juzgamiento del delito de peculado previsto en el Art. 257 del CP se mantiene eliminado el fuero de Corte. Para ello es indispensable el siguiente análisis:

a) Es evidente que el Código de Procedimiento Penal al establecer un procedimiento penal ordinario (aunque no lo denomina de esta manera) y al restringir los procedimientos especiales a aquellos casos contemplados en el título VI del libro IV y a los determinados en el libro V (juzgamientos de las contravenciones), quiso suprimir todos aquellos procedimientos especiales que habían existido hasta la fecha de su promulgación y previstos en el antiguo CPP y sus reformas.

b) Es también claro que el procedimiento establecido en el D.S. 618 constituía una reforma a las normas procesales constantes en el antiguo CPP, que también establecía normas especiales para el juzgamiento de esta clase de delitos.

c) Por consiguiente, si el nuevo Código derogó al de 1971 y sus reformas, se halla abrogado por el D.S. 618 íntegramente. Por lo mismo si dicho decreto era el que mantenía la supresión del fuero, desde la vigencia del nuevo CPP se restableció el fuero para el juzgamiento de los delitos cuya competencia fue de los tribunales especiales.

d) Ahora bien, el Art. 342 de la LOAFYC se refiere única y exclusivamente al caso en que el enjuiciamiento penal por delito tipificado en el Art. 257 del antiguo Código Penal se inicie como consecuencia de informes, actas o auditoría de Contraloría y no contiene una disposición expresa que suprima el fuero de Corte. Si se sostuviera que esta norma excluye todo fuero, tendría obligatoriamente que concluirse que la exclusión abarca sólo al caso en ella contenido, esto es al de que el enjuiciamiento se inicie como consecuencia de los informes, actas o auditoría de la Contraloría, mas no en el evento de que el proceso penal se instaure como consecuencia de otros antecedentes. Esta interpretación conduciría al absurdo jurídico de que el fuero depende del modo cómo llega al juez la "noticia criminis", lo cual repugna con la misma naturaleza del fuero de Corte (competencia en razón de las personas) y con los criterios que según nuestro CPC sirven de base para la distribución de la jurisdicción y con la naturaleza misma del enjuiciamiento penal. En consecuencia, aunque el nuevo CPP no derogó en forma expresa la norma del Art. 342 de la LOAFYC, una adecuada hermenéutica jurídica lleva a la conclusión de que no existiendo en nuestra legislación un criterio para la competencia fundamentando en el origen de una causa penal, la norma del Art. 342 se ha de aplicar en su integridad para el juzgamiento de personas que no gozan de fuero, mas no para quienes sí lo tienen. Más aún no sin fundamento podría sostenerse que como el Art. 342 de la LOAFYC se sustentaba en el procedimiento especial creado por D.S. 618, al hallarse hoy derogado tal decreto, tal disposición también ha dejado de tener aplicación. La discusión estaría cerrada si es que no existiera de por medio la disposición del inciso final del Art. 331 de la LOAFYC (citado en el fallo dictado en el juicio contra el Ministro Reyna) la cual dispone que el procedimiento para el establecimiento de responsabilidades y en las controversias jurisdiccionales consiguientes no se reconoce fuero privilegiado alguno. Esta disposición parte del supuesto consignado en el primer inciso del mismo artículo según el cual de las resoluciones del Contralor que establezcan responsabilidad civil o administrativa cabe interponer impugnación ante el Tribunal de lo Contencioso — Administrativo, y de las excep-

ciones establecidas en los tres numerales del inciso segundo, en virtud de los cuales no cabe tal impugnación en contra de los actos allí señalados entre los cuales se hallan los que establezcan presunciones de responsabilidad penal. Por consiguiente, la disposición del inciso se ha de interpretar sobre la base de lo anteriormente expresado. En tal virtud, lo que prohíbe la norma es que, por un lado, para el establecimiento de responsabilidades se recurra a una autoridad distinta del Contralor y que para las controversias consiguientes al establecimiento de responsabilidades civil o administrativa se someta el asunto a un juez o tribunal distinto del TCA. La norma no comprende, por consiguiente, al enjuiciamiento penal que puede derivarse de las presunciones de responsabilidad penal que se determinen en los informes, actas o decisiones del Contralor, tanto más cuanto que es jurídicamente inadmisibles, como se ha anotado antes, que sólo se suprima el fuero del Corte cuando el proceso penal se inicie en virtud de tales actos del Contralor y subsista cuando se incoe por otros medios, como la excitativa fiscal o de oficio.

En síntesis, pues, desde la expedición del nuevo CPP puede sostenerse:

- a) Que el procedimiento especial para el juzgamiento de los delitos que fueron de competencia de los tribunales especiales se halla derogado y, por lo mismo, para estos delitos se aplica el procedimiento penal ordinario;
- b) Que la eliminación del fuero de Corte prevista en el D.S. 618 también se halla derogada, puesto que el CPP derogó al Código de 1971 y sus reformas, entre las cuales se encontraban las normas del D.S. 618 no abrogadas por el D.S. 888;
- c) Que como consecuencia de tal derogatoria el Art. 342 de la LOAFYC no constituye ya —por haberse sustentado en el D.S. 618— una norma que implique que sólo el juez penal ha de conocer del delito de peculado, tanto más cuanto que desde que se establezcan los Tribunales Penales son estos, según el CPP, los que han de conocer de las causas por esa infracción;
- d) Que al último inciso del Art. 331 hay que darle el sentido que realmente tiene y siempre tuvo, —aún si no se hubiera dictado el nuevo CPP— cual es la de que sólo ante el Contralor puede conducirse el procedimiento para el establecimiento de responsabilidades por el manejo de fondos públicos y que únicamente el Tribunal de lo contencioso administrativo tiene competencia para conocer de las controversias que surjan como consecuencia de los actos del Contralor que establezcan responsabilidades civiles o administrativas.

En consecuencia, este razonamiento fundamentado en las leyes vigentes, nos lleva a la conclusión de que a partir del 10 — VI — 83 se restableció el fuero de Corte para el juzgamiento de todos los delitos cuya competencia correspondió en el pasado a los tribunales especiales.

No ocurre, ciertamente, lo mismo con respecto a los delitos previstos en la Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes, pues esta ley especial contiene la norma, así mismo especial, en su Art. 39

reformado de que no existe fuero alguno, ley y norma que no fueron derogadas por el CPP.

CASOS DE JURISDICCION VOLUNTARIA

Eva Tróccoli M

Jurisdicción Voluntaria: es la que se ejerce en los asuntos que por su propia naturaleza se resuelven sin contradicción. Cabe hacer una distinción con el concepto de Jurisdicción Contenciosa: Son asuntos que se refieren a controversias, litigios. Además se demanda la reparación de un derecho.

Dando un concepto general de las dos Jurisdicciones, establecemos diferencias:

- El carácter de la Voluntaria es accidental y administrativo, mientras la Contenciosa es esencial y judicial en el papel que cumple el juez.
- Dentro de las facultades del juez, la Voluntaria solemniza o autenta actos; mientras la Contenciosa tiene que juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.
- Dentro de los objetivos, la Voluntaria trata de constituir un derecho mientras en la Contenciosa es satisfacer una pretensión.
- Frente al derecho en juego, la Voluntaria se presenta de petición y la Contenciosa en la demanda.
- En la resolución, la Voluntaria tiene como finalidad dar una resolución mientras la Contenciosa una sentencia.
- En la Voluntaria no hay derecho a la Contradicción por regla general mientras en la Contenciosa sí existe.
- En la Contenciosa interviene el actor y demandado, mientras en la voluntaria se pueden dar casos que no intervengan ambos.

CASOS DE JURISDICCION VOLUNTARIA

Luis Tróccoli M.

Jurisdicción Voluntaria: es la que se ejerce en los asuntos que por su propia naturaleza se resuelven sin contradicción. Cabe hacer una distinción con el concepto de Jurisdicción Contenciosa: Son asuntos que se refieren a controversias, litigios. Además se demanda la reparación de un derecho.

Dando un concepto general de las dos Jurisdicciones, establecemos diferencias:

— El carácter de la Voluntaria es accidental y administrativa, mientras la Contenciosa es esencial y judicial en el papel que cumple el juez.

— Dentro de las facultades del juez, la Voluntaria solemniza o autoriza actos; mientras la Contenciosa tiene que juzgar y hacer ejercitar lo juzgado.

— Dentro de los objetivos; la Voluntaria trata de constituir un derecho, mientras en la Contenciosa es satisfacer una pretensión.

— Frente al derecho en ejercicio; la Voluntaria se presenta de petición y la Contenciosa en la demanda.

— En la resolución; la Voluntaria tiene como finalidad dar una resolución, mientras la Contenciosa una sentencia.

— En la Voluntaria no hay derecho a la Contradicción por regla general, mientras en la Contenciosa si existe.

— En la Contenciosa intervienen el actor y demandado, mientras en la Voluntaria se pueden dar casos que no intervengan ambos.

- 1.— Actos preparatorios CPC 71: "Todo juicio principia por demanda: **pero podrán proceder a ésta los siguientes actos preparatorios:**"
- 2.— Reconocimiento de firma y rúbrica en instrumentos privados; CPC 215; CC 1746: "El instrumento privado en que una persona se obliga a dar, hacer o no hacer alguna cosa, o que confiesa haberla recibido o estar satisfecha de alguna obligación, **hace tanta fe como un instrumento público en los casos siguientes**, siempre que la ley no prevenga la solemnidad del instrumento público:

"El instrumento privado, reconocido por la parte a quien se opone, o que se ha mandado tener por reconocido en los casos y con los requisitos prevenidos por la ley, tiene el valor de escritura pública"
- 3.— Traducción de documentos; CPC 284: "**Debe nombrarse intérpretes** para la inteligencia de documentos escritos en caracteres anticuados o desconocidos..."
- 4.— Apertura de la sucesión hereditaria: CPC 642 — 658
- 5.— Apertura y publicación del testamento cerrado, y protocolización de los demás testamentos: CPC 659 — 667; CC 1083 — 1086.
- 6.— Inventario: CPC 668 — 677
- 7.— Posesión efectiva de los bienes hereditarios: CPC 715 — 720.
- 8.— Emancipación voluntario; CPC 791: "La escritura pública en que los padres emancipantes y el emancipado; y, después de inscrita la primera copia, se la presentará al juez..."
- 9.— Nombramiento de tutor o curador: CPC 797 — 824; CC 416.
- 10.— Remate voluntario y venta de bienes de la mujer casada y de personas sujetas a guarda: CPC 835 — 841; CC 314.
- 11.— Disolución voluntaria de la sociedad conyugal: Art. 74 del D. 3070, que sustituye a los Arts. 882 — 891 del CPC.
- 12.— Declaración de muerte presunta: CC 66 — 80
- 13.— Divorcio por mutuo consentimiento: CC 106 — 107.
- 14.— Autorización para que salga del país un menor o una mujer casada: CC 135; CDM 39; 122 y 264; 11; Art. 15 del

Acuerdo con Colombia, R.O. 627 de 12 — VIII — 78; Art. 11 del Acuerdo con Perú R.O. 208 de 20 XII — 72

- 15.— Consentimiento conyugal para celebrar contratos sobre bienes del cóyugue interdicto o sujeto a curaduría; CC 185: "el juez, oído el Ministerio Público, suplirá el consentimiento, previa comprobación de la utilidad"
- 16.— Adopción: CC 332; CDM 74 — 89 y 180 — 193; D. 2572 — B, R.O. 615 de 26 — VI — 78
- 17.— Extinción o subrogación del patrimonio familiar: CC 868; Art. 48 de la ley del BEV, R.O. 802 de 14 — V — 75
- 18.— Insinuación para donar: CC 1444: "No hay donación, si habiendo por una parte disminución de patrimonio, no hay por otra aumento"
- 19.— Notificación para cesión de derechos: CC 1868 — 1872.
- 20.— Notificación con el protesto de un cheque: CP 368.
- 21.— Autorización para que trabaje un menor: CT 135; CDM 140 — 143
- 22.— Registro de contratos de trabajo y de inquilinato; CT 19; LDI 27
- 23.— Notificación con el desahucio al arrendatario: LDI 31; CPC 1119.

— BIBLIOGRAFIA: —

ESPINOSA, Galo, "DICCIONARIO DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA"

OCHOA ORTIZ, Francisco, "COMENTARIO A LA LEY ORGANICA DE LA FUNCION JUDICIAL". Quito, 1960, 476, pp.

VASCO LEON, Guillermo, "PRINCIPIOS OPERATIVOS DE LA FUNCION JURISDICCIONAL — ESQUEMAS GUIAS PARA EL MANEJO DE LA LEGISLACION ECUATORIANA". Quito, 1980, 25, pp.

NUEVOS ENFOQUES DEL SISTEMA PENAL

Arturo Javier Donoso Castellón

Muchas veces creemos que la mejor sociedad es la que mejor controla las conductas antisociales. Sin embargo, esto no es sino un enfoque parcial del verdadero problema. En toda sociedad, es preciso determinar, cuatro niveles de acción, que no pueden actuar ni independiente, ni aislada, ni descoordinadamente; nos referimos a la acción social, como mecanismo actuante, en los niveles de Prevención, Represión, Determinación Judicial de Responsabilidades y Mecanismos de Reincursión Social. Pero estos niveles, sólo son efectivos cuando proceden y se encarnan en una realidad social determinada, de manera auténtica, totalizante y propia. Los transplantes de mecanismos, por idóneos que resulten para otras sociedades, en la nuestra pueden no sólo resultar inoperantes sino, aun perjudiciales. Por ejemplo, nuestro Código Penal, además de obsoleto y caduco, es totalmente ajeno a nuestra realidad social, pues fue diseñado e inspirado en otras latitudes, para grupos etno — socio — culturalmente distintos, a nuestro grupo nacional; por ello, se considera que "la ignorancia de la Ley no excusa a persona alguna", y paradójicamente, nuestra mayoría nacional, pertenece a culturas rurales, que no entienden ni aceptan mecanismos sociales urbanos; igualmente se habla de la atenuante de "rusticidad" y se olvida que el 67 % de las personas que ingresan a Centros Penitenciarios provienen de medios rurales, ajenos a valores urbanos que no los representan. Pero, examinemos punto por punto:

1.— En términos generales, el nivel de prevención del delito, o de las posibles conductas asociales, se encuadra en los parámetros relativos a educación, instrucción social, mejoramiento de condiciones socio económicas o control de medios publicitarios considerados nocivos al grupo social, o proclives al desenfoque de nuestras conductas, costumbres, valores morales o culturales. A pesar de ello, no hemos reparado en ciertos hechos que exigen una decisión orientada a un cambio en la perspectiva de nuestra conducta social nacional. En efecto, olvidamos que el delito, es consecuencia de factores individuales y sociales, concatenados e indivisibles. Por ejemplo, no reparamos en el hecho de que nuestra sociedad tiene un nivel de analfabetismo considerable y que aún los supuestamente alfabetos,

apenas si han superado el nivel correspondiente a primero o segundo grado de educación primaria, y el alcance de su desarrollo personal no les permite actuar sino dentro de límites muy estrechos, rígidos, frustrantes. No nos hemos preguntado, por ejemplo, ¿cuántas personas se sienten bien y felices en el trabajo que desarrollan?. La gran mayoría de los trabajadores, apenas subsisten trabajando en tareas que realizan a desgano, sin alicientes, lo cual genera altos niveles de frustración. Así mismo, nos hemos preguntado, ¿cuántos grupos etno — culturales minoritarios hay en el país y cuál es su real posibilidad de expresión en el contexto nacional, por ejemplo en referencia a grupos de nuestra amazonía, o de Esmeraldas o de Santo Domingo de los Colorados?. A esto se añade el hecho de que nuestra educación sólo es instrucción y no real proceso de auto descubrimiento personal, que permita al educando encontrar su lugar en el contexto social al que pertenece. Nuestros grupos juveniles e infantiles sólo reciben programas de televisión importados que preconizan formas de vida de los países del norte, consumistas, con características tan alejadas de nuestra realidad y nuestros problemas.

Nuestra educación media frustra posibilidades, pues las reformas educativas la han desenfocado, volviendo nuestros programas repetitivos, parciales, ajenos a lo propio. Así por ejemplo, se enseña que hubo un descubrimiento de América; y no se permite al estudiante que se pregunte: ¿Qué descubrimiento cabe, si aquí habitaban los grupos humanos propios de América que estaban aquí antes de la llegada de los Europeos? ¿o es que tal vez, nuestros antepasados de América no eran seres humanos y por ello, su presencia era irrelevante para el hecho de la llegada de los Europeos que "descubrieron" así la tierra de los padres, de nuestro grupo social Americano luego por lustros mestizado, como hoy lo conocemos?.

Nuestras universidades forman profesionales, con criterio meramente consumista, olvidando que el origen de las profesiones fue de orden estrictamente social, como servicio a la comunidad que recibía el aporte de las destrezas de quienes actuaban con solvencia y capacidad en los campos propios de sus aptitudes personales. Así nacieron todas las profesiones clásicas, cuyos conocimientos, pasaban de maestro a discípulo, como legado extraordinario de la propia sabiduría.

Por todo lo dicho, nuestra sociedad, no da igualdad de oportunidades y se vuelve un privilegio, tanto alcanzar la universidad, como un trabajo estable, un nivel social de aceptación de parte de la comunidad, un desarrollo, en fin, de la personalidad. Como consecuencia, la persona, siente profundas frustraciones, heredadas de padres a hijos por generaciones, mal nutridas, bio—psicológicamente, que se traducen en hipoevoluciones biológicas, psicológicas, sociales. Y a nivel individual, esa hipoevolución es afectiva fundamentalmente, generando melancolía en una primera etapa; rebeldía resignada en una segunda etapa; y por fin, puesto que la presión no desfogada ni sublimada es muy grande, se desborda en agresión, de múltiples maneras, pero en especial, por el aspecto afectivo en dos formas: atentados contra las personas y, atentados contra la propiedad. Y en este punto, una reflexión: los juristas dicen que los delitos contra la propiedad, atacan el valor jurídico protegido que es la pertenencia, el patrimonio pro-

pio, sin embargo me pregunto: cuando una persona asalta y se lleva el reloj de la víctima y lo vende por doscientos sucres, cuando vale tres mil y con el producto de la sustracción, bebe hasta caer dormido en una calle cualquiera ¿actuaría el autor del delito porque desea el reloj, o no será tal vez, que su intención profunda, total, inconsciente, es atacar a la persona del dueño del reloj, no por el bien sustraído, sino en contra del dueño de él, ya que el sustractor nunca lo pudo tener, porque la vida no lo permitió jamás obtener honradamente el dinero suficiente para comprarlo?. En este sentido, no hay diferencia; el homicida, ataca a quien —la víctima—, le resulta amenazante, retador, interrogador, torturante: la víctima es el símbolo de la frustración que siente y, por ello, descarga contra ella su agresividad, lo mata y así se equilibra para seguir viviendo. ¿La prueba de esta aseveración?: el 25 por ciento de los delitos se cometen en estado de embriaguez, para vencer la propia cobardía y evadirse de la propia realidad. Tanto en uno como en otro caso; tanto en el asalto como en el homicidio, el objetivo es la persona de la víctima, sobre la cual el actor del hecho descarga su agresividad que no puede controlar; por eso, en cada caso, no siempre la conducta es antisocial, sino asocial.

En una sociedad como la nuestra, con altos índices de madres solteras; con altas proporciones de abortos clandestinos; con niveles dramáticos de familias disociadas o inexistentes; en una sociedad como la nuestra, con criterios caducos de machismo, que consideran a la mujer como objeto y no sujeto; como ser inferior, digno de conquista y sumisión; cuando muchos, en el mejor de los casos, ven a la mujer como un objeto de culto idolátrico, como figura de porcelana, etérea, lejana, como es la figura del "día de la madre", a la que elevamos a nivel de mito, mientras la figura de un padre inexistente se difumina y desdibuja, nebulosamente, porque no está presente en muchos grupos familiares o en otros, donde su ebriedad lo vuelve nulo, casi inexistente, ¿qué valores morales de responsabilidad, de afecto, de respeto, de lucha positiva podemos hallar?. Por esto, la agresividad, mal manejada por el descontrol propio de la hipoevolución bio — sico — social, se traduce en conductas antisociales o asociales: he aquí el origen del delito, que luego queremos "castigar" o "suprimir" por vía de solución tan fácil como falsa.

Si no aprendemos a amar y a ser amados, nuestro desarrollo afectivo es pobre y limitante, y al ser lo más importante en el hombre su capacidad real de expresión afectiva, al no poder hacerlo, nos sentimos frustrados y esa frustración genera agresión, que por la hipoevolución no puede ser manejada adecuadamente, y dando nacimiento a la acción del que ya es un delincuente en potencia y que en determinadas circunstancias se traduce en realidad, apareciendo así el delito.

Mientras no descubramos un proceso auténtico de educación nacional, personalizante, creativa, que permita un auto — descubrimiento real de nuestros propios y auténticos valores (no importados ni copiados), que hagan a nuestro pueblo auto — consciente, libre para exigir sus propios derechos a ocupar un lugar personal, en el que pueda respetar y ser respetado, no se puede hablar de prevención del delito, porque éste surge irremediablemente, como fruto de la propia frustración. Allí radica también, una

estructura social injusta en la que un grupo minoritario se impone en una gran mayoría de oprimidos. Esa realidad encuadra en las conductas que conocemos, como evasivas: alcohol, droga, prostitución, trabajo de subempleo, y subcultura deportiva, afectiva, social, educativa, que no entienden su propia realidad. Aquí encontramos la explicación a la ignorancia más elemental, en campos tales como la diferenciación sico — sexual entre hombre y mujer, que muchas veces, no se entienden, procrean irresponsablemente y no están en capacidad de orientar el proceso educativo de unos hijos biológicos que no proceden de una madura sexualidad, sino de una simple genitalidad no bien asimilada y llena de prejuicios.

Por todo lo dicho, el nivel preventivo del delito es muy débil en nuestra sociedad y, sin su acción, los otros niveles tienen que desencadenarse, como consecuencia obvia, lógica, propia, irremediable.

2.— **REPRESION:** Presente el fenómeno delincuente, la sociedad pone en acción su segundo mecanismo de control social, que es el represivo fundamentalmente constituido por acciones policiales, en las que ha sido frecuente o sistemático el uso de la fuerza, la violencia, la investigación mediante tortura o coacción física o moral. También, la represión funciona como amenaza, a través de acciones castigadoras y golpeantes que genera temor o abstención —según la teoría— de conductas asociales o antisociales. Hasta hace pocos años, además, la cárcel, considerada lugar de encierro castigador y deshumanizante, constituyó un fuerte mecanismo de control represivo y simplemente sancionador. Por otro lado, las propias normas legales penales se fueron convirtiendo en claramente represivas; así por ejemplo en el Art. 547, del Código Penal, consta que una persona puede ser considerada reo de hurto por el simple hecho de ser "conocido", y por estar "fichado" en las oficinas Policiales. De la misma forma, es igualmente estigmatizante la norma del artículo 383 del Código Penal Ecuatoriano, que preceptúa aún hoy, como delito el simple hecho causado y del cual la sociedad es culpable, como es la desocupación, al tipificar represivamente el delito de vagancia, por no ejercer "habitualmente oficio o profesión". ¿Y la sociedad, que no genera fuentes de trabajo y origina desigualdades intolerables, castiga, pero no es sancionada siendo como es la única causante de esas mismas conductas que pretende reprimir y sancionar?...

Mientras no se cambie la estructura Policial, de tal manera que la policía deje de ser sólo el "hombre fuerte golpeador", para pasar a ser un profesional en el área de Servicio Social y la Psicología, el mecanismo represivo seguirá siendo amenazante y constituirá un peligro real contra la eficaz protección de los derechos humanos; así mismo el mecanismo de inducción al delito de acciones represivas, no será superado.

Para mejorar este panorama, es preciso que el Estado, destine fondos suficientes para equipar adecuadamente los Cuerpos Policiales y, destinar remuneraciones que cubran efectivamente las necesidades y los riesgos, a los que los miembros de la Institución Policial se ven avocados cada día en el cumplimiento de sus funciones profesionales. Necesitamos capacitar a la Policía, pues si ella demuestra su efectividad para descubrir

quién es el responsable de un hecho delictivo, con pruebas reunidas a base de investigación científica, las personas se abstienen de actuar antisocialmente, pues su razón les disuade de la verdad de que serán descubiertos por una Policía eficiente, que no actúa con represión violenta o amenazante.

Por otro lado, naturalmente, si el nivel de prevención, como hemos analizado, no es el adecuado, el nivel represivo parecería ser el único eficaz para el control social frente al fenómeno delincuente.

3.— DETERMINACION JUDICIAL DE RESPONSABILIDAD PENAL: Presente el desarrollo de un hecho delictivo, es necesario establecer la relación delito — delincuente — contexto social en un encadenamiento del que en un proceso penal, que se encuadre en un sistema basado en la legalidad, se determine quien es el responsable, para que compense a la sociedad en las personas de las víctimas del delito, el resultado dañoso de su propia acción y resarza el daño causado.

Sin embargo de que el Ecuador cuenta con un nuevo Código de Procedimiento Penal, creo que es necesario establecer un nuevo sistema de formación de Abogados y Jueces de lo Penal. Se hace necesaria la creación de las escuelas de formación de Jueces, a nivel de post — grado de las Facultades de Jurisprudencia del país, combinando, la experiencia de los años de servicio con la formación seria en las ciencias criminológicas, que deben ilustrar definitivamente el presente y el futuro del Derecho Penal. Es absurdo — como hoy sucede — juzgar y sentenciar a un ser humano, sin que el juez lo llegue a conocer personal y efectivamente; no es posible actuar, sin que el juzgador, conozca la personalidad del sujeto activo de la infracción y, juzgando en concreto a una persona, determine una sentencia absolutoria o condenatoria justa, es decir aplicable exactamente a ese infractor. Hoy por desgracia, es excepcional el caso en que se conoce en realidad a los acusados y que se aproxima prudente y sabiamente el análisis procesal, al estudio criminológico, para basar los fallos judiciales. Por otro lado no siempre los Abogados, asumen la defensa, como una misión de responsabilidad social, frente al fenómeno delincuente; los abogados, muchas veces, sólo estamos interesados en obtener un honorario de parte del cliente; pero hemos olvidado que somos, actuando como defensores, la voz de quienes no pueden ser escuchados; la mente clara del abogado, es fuente de expresión del sujeto defendido, quizá ob—nuvilado por su propia culpa; el abogado, es el representante del sagrado deber de la defensa. En este sentido, si no ponemos de nuestra parte todo el esfuerzo necesario para formar a los futuros Abogados con una mentalidad de claro contenido social, considerando a la defensa como un servicio a la sociedad, seguiremos aún por largo tiempo aplicando el Derecho Penal, como un conjunto de normas frías, que no se encarnan en la persona de nuestros defendidos.

4.— MECANISMOS DE REINTEGRACION SOCIAL: En el Ecuador, con la expedición del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social (R. O. N° 282 del 9 de julio de 1982) y su Reglamento General (R. O. N° 390 del 16 de diciembre de 1982), el país ha ingresado con pasos firmes en el mundo del moderno Derecho Ejecutivo Penal. Pero su efectividad práctica re-

quiere inversiones gigantescas en infraestructura y capacitación del personal, para lo cual es imprescindible, el concurso de facultades universitarias que, a la brevedad posible, deben implantar cursos extracurriculares en Ciencias Penitenciarias, tanto para el personal de vigilancia como administrativo y de formación de post — grado para los profesionales en el Derecho, Psicología, Servicio Social, Sociología y Medicina, en las diversas especializaciones, para lograr un real proceso de reincursión social de los que son sentenciados al cumplimiento de una pena, o mejor dicho, de una medida de rehabilitación como hoy se la conoce. Pero debemos comprender que este objetivo no será posible, si queremos reincertar al infractor sentenciado, luego del cumplimiento de su pena en el mismo ámbito familiar, personal y social que quizá lo impulsó a la acción delictiva que lo llevó ante un Tribunal Penal. Será pues preciso incorporar a los reales procesos de reincursión social, al infractor y a las víctimas del delito, que son él mismo, su familia, la víctima directa o sujeto pasivo de la infracción y su familia que muchas veces, se proyecta hacia todo el conglomerado social, causa y efecto de la acción delictiva, como un entorno ecológico, al que confluyen factores personales (bio — sico — sociales), comunitarios y circunstanciales.

Tal es el panorama de un auténtico proceso social de control del fenómeno delincuente, cuyo incremento con razón alarma a nuestra sociedad. Sin embargo, debemos ser conscientes de que el Ecuador es todavía —y ojalá así sea por largo tiempo— una isla de paz y de inmensas posibilidades, para el desarrollo de nuevos esquemas que aseguren a todos iguales oportunidades de desarrollo personal y en el propio contexto social, que nos es propio y peculiar, tomando en cuenta además, que felizmente, aún podemos contarnos entre los países con uno de los índices más bajos de delincuencia en este mundo convulsionado por la injusticia, el hambre, la miseria y el terror.

EL METODO EN DERECHO

Verónica Paredes Egüez

Dado que la ciencia jurídica pretende alcanzar un conocimiento objetivo (no significa que no participe el sujeto o que el conocer sea inmutable) del Universo del derecho, es necesario esbozar un método con el que podremos inicialmente teorizar sobre las relaciones y conexiones del mundo jurídico, para delimitar posteriormente la realidad y los problemas que debemos afrontar, pues el método se construye paralelamente con la teoría y nos permite ir relacionando lo real con lo teórico. Las ciencias construyen objetos teóricos para desarrollar procesos que ocurren en la realidad ya que el objeto no es una cosa dada y fija y el sujeto de la ciencia no es una persona determinada, sino el ser social, resultado de un momento histórico.

Toda actividad humana necesita de la Metodología en tanto ésta posibilita alcanzar una investigación científica y conocimientos cada vez más objetivos, pero la verdad jurídica no es una adecuación de la razón humana con la realidad social, sino con un ideal ético al que no se lo puede reconocer por los contrastes y luchas que ocasiona en la conciencia humana; de ahí que el mero conocimiento del Derecho sea intrascendente si no es transformado a un campo práctico, pues el orden jurídico es por su naturaleza misma una tendencia de realización. Aún más: se debe confrontar el precepto de Derecho con la mentalidad política, social de un pueblo, su tradición jurídica y la condición cultural.

Nuestro ordenamiento positivo, de evidente valor jurídico, tiene sin embargo ciertas fallas que más que aspectos metodológicos, obedecen a esquemas de construcción, estructura y elaboración técnica. El usar un método adecuado de investigación nos permitirá delimitar el contenido y campo de acción propio del Derecho en íntimo contacto con otros problemas culturales, pero cuya metodología jurídica debe tener características peculiares por ser una realidad específica y por no ser posible trasplantar un método válido para otras ciencias, si bien es cierto que tampoco puede tener una independencia absoluta.

La ciencia pretende conocer la realidad objetiva que consideramos está en constante transformación, lo que produce que en los objetos, procesos y fenómenos existentes, lleguen a producirse contradicciones que generan más y más cambios y el autodesarrollo de lo simple a lo complejo, y de lo inferior a lo superior, en escala de superación, aunque estos cambios no son lineales, sino que se dan saltos e incluso retrocesos. El hecho de que la realidad se transforma continuamente ha producido la existencia de varias direcciones metodológicas ubicadas dentro de diversas tendencias, pasando por los métodos tradicionales (lógico, clásico), dogmáticos (positivistas, formalistas), exegéticos (culto del texto de la ley), sociológicos, teleológicos, realismo jurídico, métodos político — jurídicos y sincretismos metodológicos (mezcla de sistemas armonizables).

El siglo actual se caracteriza por una visión pluralista del método jurídico que amolda el método a la naturaleza de la realidad a que sirve, sin introducir elementos contradictorios y al que llegamos no por la comodidad que supone el tomar posturas conciliadoras o intermedias, sino porque al penetrar en la temática de la metodología podemos llegar a la afirmación de que la cuestión de los procedimientos metódicos, precisamente por su característica complejidad, exige superar las soluciones monistas insuficientes por su simplicidad para resolver el asunto metodológico.

Ya el planteamiento del problema del método implica un estado de maduración científica que nos lleva al empirismo, colocando la discusión de su propio conocimiento en esferas plagadas de inquietudes y dificultades. Saber a qué nivel de complejidad, qué tipo de fenómeno es el que nos compete estudiar es necesario para delimitar el objeto y el método en Derecho; si la complejidad de los procesos varía, el método para estudiarlos también cambia, por lo tanto el objeto condiciona al método, pero lo contrario también es cierto, estos es: depende de lo que pretenda conocer, los pasos a seguirse para lograrlo; las conclusiones a que lleguemos al final de la investigación dependerán del método empleado, de modo que el objeto (teórico) cambiará dependiendo del método, pero también ocurre que el método no logra aprehender al objeto y es necesario entonces que cambie el método: éste y el objeto son inseparables y por esto es tan importante una discusión acerca del objeto del Derecho para seleccionar el método adecuado.

El objeto del Derecho es una parte del ser social; esto debe estar claro al seleccionar un método. Debemos tener presente que la historia de la humanidad preba que el trabajo humaniza al hombre biológico (y con la humanización aparecen entre otros, los fenómenos jurídicos), y si aceptamos que método y objeto se encuentran relacionados y mutuamente determinados y, si el Derecho estudia las relaciones jurídicas pero no al individuo aislado, sino al ser social, entonces el método para profundizar en el conocimiento de este objeto, tendrá que ser un método que refleje los rápidos cambios del objeto de estudio del Derecho.

Por otro lado, la vida social se integra por una serie de hechos que la Facultad de una Universidad no puede reproducir sino artificialmente, con hipótesis abstractas, ajenas al marco de imperfecciones con que

aparecen en la realidad, que es precisamente de lo que nacen las dificultades más importantes para llegar a su exacto conocimiento. El Derecho como ciencia histórico — social tiene que considerar el fenómeno jurídico dentro de su sociedad para explicarlo.

Las características del fenómeno jurídico no son parte de la naturaleza humana, sino que se han constituido en el proceso del desarrollo histórico — social, precisamente como producto de la historia. Quienes estudiamos Derecho debemos conocer la Historia del Derecho, no como parte de nuestra cultura general, sino como parte de nuestro método para conocer el Derecho actual, pues conocer el pasado nos sirve para entender el presente. Conocer la Historia del Derecho nos permite entender por qué surgen determinadas teorías, cuál es su sustrato filosófico, y esta información es una valiosa guía para la investigación jurídica.

En conclusión, tres aspectos importantes que deben seguirse para penetrar y encontrar las conexiones y transformaciones del Derecho, son:

1.— Un conocimiento empírico profundo del objeto que nos interesa en el momento actual: comprensión clara del Derecho actual, entendiendo este Derecho en íntima conexión con la sociedad en la que se producen los hechos jurídicos y en la que interactúa el hombre como parte de éstos.

2.— El conocimiento de la Historia del objeto: cómo ha llegado a ser lo que es en la actualidad, pues para conocer un objeto hay que conocer su historia, pero para hacer historia de algo, hay que conocer ese algo, que se traduciría en un conocer simultáneamente el objeto y cómo el objeto deviene en lo que actualmente es; sería la Historia del Derecho.

3.— El conocimiento de la Historia Teórica del objeto, es decir las diferentes explicaciones que sobre el objeto se han dado, en cuanto a las representaciones que se han hecho sobre el objeto de investigación; serían las direcciones metodológicas aplicadas según las diversas escuelas.

Podemos finalizar señalando que el jurista aunque posea un alto nivel de formación jurídica y sentido crítico, no puede sustraerse de la influencia del medio en que vive; la mentalidad y conciencia jurídica dominante difieren así como sus relaciones personales, pero la técnica no, por eso es necesario ir desarrollando un método (conjuntamente con la teoría) que nos permita seguir y representarnos a nuestro objeto de manera verdadera, pues uno de los grandes errores de formación que afecta a los juristas latinoamericanos es la inconsciente imitación de los métodos aplicados en países de distinta organización político — jurídica.

LA PERSONALIDAD JURIDICA DE LAS ASOCIACIONES DE TRABAJADORES

Isabel Robalino

Una de las instituciones básicas de nuestro Derecho Colectivo del Trabajo, instrumento fundamental en el sistema de salariado vigente, es la asociación profesional, de la que trata el Código del Trabajo en el Título V, capítulo I, que se refiere a las asociaciones de trabajadores.

Una vez que el sistema corporativo medioeval terminó por la decadencia de los gremios, el liberalismo individualista llegó a suprimir el derecho de coalición y de asociación de los trabajadores.

El Código Penal francés de 1810 al tratar de las asociaciones o reuniones ilícitas decía en su artículo 291: "Ninguna asociación de más de veinte personas, cuyo fin sea el reunirse diariamente o en determinados días para tratar asuntos religiosos, literarios, políticos u otros, podrá formarse sin la aquiescencia del Gobierno, y bajo las condiciones que quiera imponer a la sociedad la autoridad pública". Aquellas que se hayan formado sin autorización, prosigue el Código, serán disueltas imponiéndose penas a sus dirigentes.

Para nuestro Código Civil la persona jurídica es una "persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones" (Art. 587) concepto que nos viene del Código de Napoleón.

De esta manera el derecho de asociación, que emana de la naturaleza misma del hombre que es ser social, "animal político", como nos decía Aristóteles, se convierte en una graciosa concesión del Estado.

El problema dice relación directa con la concepción de la personalidad jurídica.

Esta es, para los inspiradores y para los que siguen la doctrina de nuestro Código Civil, una ficción del derecho. No hay persona jurídica, por lo tanto, según ella, sin el reconocimiento previo del Estado.

Modernamente ha prevalecido en cambio la doctrina según la cual la persona jurídica es una realidad, en cuanto se trata de un conjunto de personas unificadas por una volición común, determinada por el fin para el cual se asocian o al cual se subordinan.

El derecho, la libertad de asociación están estrechamente vinculados a esta concepción de la personalidad jurídica y no llegan a su plena expresión sino mediante el reconocimiento y la aplicación de la doctrina de la realidad de la persona jurídica.

En nuestro derecho positivo ha predominado la teoría de la ficción, consignada en el Código Civil y profundamente arraigada, además, en el concepto vulgar de la persona jurídica. Comienza a introducirse en nuestra legislación el concepto de la persona jurídica como persona real —realidad jurídica por cierto no realidad física— preexistente a cualquier tipo de reconocimiento por parte de la autoridad estatal, con el Decreto 212 de 21 de julio de 1937 (R.O. 547 de 23 de julio de 1937) dictado por el Ing. Federico Páez en ejercicio del Mando Supremo de la República, que regula el ejercicio de los derechos que corresponden a la Diócesis y organizaciones religiosas.

El Decreto reconoce la existencia de dichas personas y para que entren en el goce de sus derechos prescribe la publicación en el Registro Oficial y la inscripción de sus Estatutos en el Registro de la Propiedad, que será ordenada por el Ministro de Gobierno y Cultos, previa presentación de los Estatutos del organismo que tenga a su cargo el gobierno y administración de los bienes de estas personas jurídicas.

Hay aquí un claro reconocimiento de que las Iglesias y Comunidades religiosas son una realidad jurídica preexistente a cualquier reconocimiento por parte del Estado. Así lo reconoció también la Corte Suprema de Justicia en una notable sentencia a favor de la Arquidiócesis de Quito, que en sus considerandos invoca el Decreto 212, como también el Art. 5º del *Modus Vivendi* entre la Santa Sede y el Gobierno del Ecuador, para concluir que "la declaratoria acerca de que las instituciones católicas, luego de la inscripción prevista en el Art. 1º del mencionado decreto 212, podrán ejercer los derechos civiles que les corresponda sobre los bienes, que al 18 de diciembre de 1935, poseían, implica el reconocimiento de la existencia anterior de aquellas entidades, como sujetos aptos para las relaciones de derecho privado, una vez que sin personería jurídica no se concibe cómo han podido adquirir y poseer con anterioridad al *Modus Vivendi*". La sentencia cita el Art. 5º del *Modus Vivendi* que expresa que la Diócesis y demás organizaciones e instituciones católicas en el Ecuador tienen el carácter de **personas jurídicas**, llenando las formalidades del Decreto 212 y... gozarán de todos los derechos civiles sobre los bienes que poseían al tiempo de la expedición del Decreto 121 (que declaró que desde la vigencia de la Constitución de 1906 — 1907, las comunidades religiosas e Iglesias perdieron el carácter de las Instituciones de Derecho Público y para adquirir el de derecho privado deben cumplir lo preceptuado en el Código Civil) y prosigue: "Vale decir dentro del tiempo comprendido entre la expedición de la Carta Política de 1906 — 1907 y el 21 de julio de 1937, fecha del mencionado decreto

212". (Sentencia del 22 de diciembre de 1954, en el juicio ordinario que por nulidad de cláusula testamentaria siguió Rosa Galarza contra la Curia Metropolitana. Segunda Sala de la Corte Suprema).

La ley de Comunas de 1938, parece también adherirse a esta doctrina al establecer las regulaciones sobre la forma de elección y de reconocimiento del "Cabildo" que representa a la comuna, sin entrar a abordar siquiera el problema de la comuna como persona jurídica, que la ley supone existente.

En forma ya explícita, entra la doctrina de la realidad de la persona jurídica al acervo de nuestro derecho positivo, a través del derecho constitucional, al derecho del trabajo, a partir de 1967.

La Constitución de ese año, promulgada y publicada el 25 de mayo, en efecto, en el capítulo VI del Título IV que trata de los derechos, deberes y garantías, al referirse al trabajo y a la Seguridad Social dice en el Art. 64, numeral 10: "Se garantizan el derecho y la libertad sindicales de trabajadores y empleadores, conforme a las normas legales y sin necesidad de autorización previa".

Tenemos aquí, en el texto mismo de la Constitución, vinculada la libertad de asociación sindical, a la doctrina de la persona jurídica como persona real, que para su existencia no requiere de la aprobación estatal como lo exige todavía el Código Civil.

Este precepto constitucional postulaba necesariamente una reforma del Código de Trabajo que hablaba de la "aprobación" de los Estatutos de las organizaciones sindicales para que adquirieran la personería jurídica.

Y así el Legislador, para poner en concordancia el Código con la Constitución de la República, dicta la Ley 70 — 05 — (R.O. N° 420 de 28 de abril de 1970) que reforma el título V del Código del Trabajo en lo tocante a las asociaciones de trabajadores:

Dicha Ley se encuentra incorporada, en la codificación vigente, al Código del Trabajo, a través de las siguientes disposiciones:

Art. 436.— "Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin necesidad de aprobación previa, tienen derecho a constituir las asociaciones profesionales o sindicatos que estimen conveniente, de afiliarse a ellos o de retirarse de los mismos, con observancia de la Ley y de los Estatutos de las respectivas asociaciones..."

"Las organizaciones de trabajadores no podrán ser suspendidas o disueltas, sino mediante procedimiento judicial, ante el juez del Trabajo".

Art. 438.— "Las asociaciones profesionales gozan de personería jurídica por el hecho de constituirse conforme a la Ley y constar en el registro que al efecto llevará al Dirección General del Trabajo. Se probará la

existencia de la asociación profesional mediante certificado que extienda de dicha dependencia. Con todo, si una asociación profesional debidamente constituida, ha realizado actos jurídicos antes de su inscripción en el registro y luego de la remisión de los documentos de que trata el artículo siguiente, el efecto de la inscripción de retro — trae a la fecha de celebración de dichos actos jurídicos".

Estas disposiciones, la primera de las cuales recoge, en parte textualmente, lo dispuesto en el convenio internacional del Trabajo N° 87 sobre libertad sindical, expresan de manera explícita la doctrina de la realidad de la persona jurídica. Esta entra en la esfera del derecho por el ejercicio del derecho de asociación de las personas que se unen para determinado fin; no es una creación del Estado, no tiene **necesidad de autorización previa**. Por lo tanto tampoco pueden ser disueltas las personas jurídicas, por la autoridad administrativa, sino por el juez. Si la persona jurídica ha realizado actos antes de ser registrada, estos actos son válidos, retrotrayéndose el efecto de la inscripción. Los Estatutos de la asociación profesional no se **aprueban**, sino solamente deben **registrarse**, lo que tiene por efecto, por una parte la validez de los actos realizados antes del registro, como también el que el mismo no pueda rechazarse, sino en caso de que los Estatutos contengan disposiciones contrarias a la Constitución y a la Ley, y de no procederse al registro quede reconocida de hecho la personería jurídica.

Como garantía de libertad y del derecho humano básico de asociarse para el logro de las diversas metas que se propone alcanzar el hombre en la convivencia social, el derecho afirma la existencia real de la persona jurídica. En otras palabras podríamos decir que esta es la regla, en condiciones normales, ante el hecho de una asociación de personas. La excepción sería su no existencia, cuando los estatutos violan la Constitución o la Ley. En cambio, en la doctrina de la ficción, se supone la no existencia, si el Estado no crea la persona jurídica. Las consecuencias son necesariamente restrictivas de la libertad.

En el caso de la doctrina hoy incorporada al Código del Trabajo el **registro** es simplemente el cumplimiento de una formalidad para hacer pública y permitir la prueba fehaciente de que se ha establecido mediante la asociación de personas y con voluntad formal, una persona jurídica. Dada la importancia de la misma en el convivir social, su creación no puede estar exenta de formalidades, y la prueba de su existencia no puede darse por cualquier medio, sino por un instrumento público, como es la certificación que extiende la Dirección General del Trabajo. En el segundo caso, el de la doctrina de la ficción de nuestro Código Civil, la **aprobación** de los Estatutos da nacimiento a la persona jurídica, y de ahí que en este caso no puedan reconocerse los actos realizados antes de esta aprobación.

La diferencia, como vemos es clara y es fundamental. Sin embargo hay quienes no han querido ver esta diferencia y en la práctica se cometen numerosos errores al respecto, ya que, como decíamos al comienzo, la teoría de la ficción ha pasado a ser noción del conocimiento vulgar sobre la materia.

En las dependencias administrativas, el "registro" se ha vuelto en la práctica burocrática, algo similar a la "aprobación" de Estatutos, o sea a mantener una dependencia de la autoridad estatal que el Legislador quiso suprimir, al introducir la nueva doctrina, para asegurarse debidamente la libertad sindical.

A ello contribuye también la errónea interpretación de la Ley 70 — 05 de 1970, dada por el Codificador. Siendo clara la Ley citada y desprendiéndose de sus considerandos la intención del Legislador, la "Comisión Jurídica" en 1971 y "Comisión Legislativa" en 1978 que procedieran a la codificación del Código del Trabajo, no aplicaron la reforma al "Comité de Empresa", que no es sino un Sindicato de Empresa con especiales facultades. Se dejó, equivocadamente, en el inciso 2 del artículo 455 de la redacción en el sentido de que los Estatutos del Comité "serán sometidos a la **aprobación** del Ministerio del Trabajo" y posteriormente registrados, cuando esto se encontraba tácitamente derogado por la Ley 70 — 05, que es general para todo tipo de sindicatos.

Hará falta de parte de juristas y administradores, como también de dirigentes sindicales, el que se vaya aplicando cada vez con mayor precisión, la Ley, y se difundan los principios en que se fundamenta, que son garantía inequívoca del derecho de asociación.

1.— EL FACTO DE NO CONCURRENCIA

Comprendemos bajo esta denominación a aquellas actividades de utilidad de los pueblos, en donde las empresas privadas y las empresas de Servicios de Empresa colaboren conjuntamente, entre las cuales se puede mencionar en la explotación de actividades complementarias de las que tienen como objeto principal de su negocio propio.

2.— DOS MODALIDADES

En la presente se la mencionada concepción, bajo dos modalidades distintas:

1. La obligación de las empresas colaboradoras de prestar a la Empresa de Servicios de Empresa los servicios que son necesarios para el desarrollo de su actividad principal.

2. La facultad para la Empresa de Servicios de Empresa de prestar a las empresas colaboradoras los servicios que son necesarios para el desarrollo de su actividad principal.

Examinemos que ejemplos de estas partes administrativas, donde se puede observar la colaboración entre las empresas privadas y las empresas de Servicios de Empresa, en el desarrollo de sus actividades principales, y que se refieren a la explotación de las actividades complementarias de las que tienen como objeto principal de su negocio propio.

1. Artículo 1.º del Código del Trabajo y del Código de Comercio, en la parte que se refiere a la explotación de las actividades complementarias de las que tienen como objeto principal de su negocio propio.

EFICACIA JURIDICA DE LAS PRACTICAS RESTRICTIVAS

Juan Fernando Pérez Terán

Cuestión estrictamente vinculada con la noción de la "competencia ilegal", el presente artículo destaca algunas de sus notas legislativas y doctrinarias más sobresalientes.

1.— EL PACTO DE NO CONCURRENCIA

Comprendemos bajo esta denominación a aquellas convenciones en virtud de las cuales se acuerda, entre dos o más personas y, en el caso de Sociedades de Responsabilidad Limitada, entre los socios de ellas, abstenerse de la realización de actividades competitivas de las que constituyen el objeto social de la propia compañía.

2.— DOS MODALIDADES

Suele presentarse la mencionada convención, bajo dos modalidades distintas:

- a) La obligación de no emprender en negocios competitivos de los de la Sociedad, se circunscribe a los socios en tanto en cuanto conserven esta calidad dentro de la Compañía.
- b) Se hace extensiva la prohibición a los socios, por un determinado periodo de tiempo, posterior a la pérdida del "status" de socio.

Examinemos dos ejemplos de estos pactos contractuales, acerca de cuya eficacia jurídica versa el presente artículo, tomados de formularios de estatutos que se conocen en el Derecho Comparado y que se utilizan en el presente artículo para desarrollar la tesis jurídica pertinente a su eficacia o ineficacia.

b. 1. Artículo...— Ni los Administradores o Gerentes, ni los socios por sí o por interpuesta persona... podrán ejercer en el Ecuador,

por cuanta propia o ajena, para su propio beneficio, la actividad que constituye el objeto de la sociedad, so pena de, según el caso, ser removidas o de perder, en favor del fondo social, las aportaciones hechas y los derechos en las utilidades.

b. 2. **Cláusula... Obligaciones y derechos de los Socios.**— Además de los derechos y obligaciones, establecidos en este contrato y en la Ley de Compañías, los socios no podrán emprender en negocios que en forma alguna, compitan con el objeto social de la Compañía, salvo autorización unánime de la Junta General. En caso de que un socio, sin autorización de la Junta General, emprendiere un negocio que compita con la Compañía, será responsable por los daños y perjuicios causados, y además deberá entregar a la Compañía, las utilidades obtenidas en tal negocio; todo lo cual podrá ser exigido por la Compañía en juicio verbal sumario. La prohibición de competir, se extenderá hasta por un año más, después de que el socio hubiere dejado de ser tal.

3.— EL REGIMEN LEGAL APLICABLE

El caso planteado, se refiere a una prohibición contractual de competencia y se anota que en el sistema legal ecuatoriano, no existe legislación específica, como en otros países, por ejemplo Colombia y España, en la que se regule todo lo relativo a las prácticas comerciales restrictivas. (En Colombia la Ley 155 de 1959, contra los monopolios; en España, entre otras leyes, el Estatuto de la Publicidad de 15 de junio de 1964).

De tal suerte que para enmarcar la integridad del problema, tenemos que referirnos, a los siguientes ordenamientos positivos:

a) Las disposiciones del Código Civil, en lo relativo a la obligación que tiene el que causa daño o provoca un perjuicio, de indemnizar al que lo padece. (Código Civil, Artículo 2241 y siguientes).

b) Las disposiciones contenidas en la Ley de Compañías, que prohíben al administrador dedicarse a negocios que sean competitivos con los que constituye el objeto social de la Compañía que administra. (Ley de Compañías, Artículo 132, reformado y Artículo 303). Normas concordantes con el caso, no directamente aplicables, sino de valor analógico.

c) La disposición contenida en el Artículo Tercero de la misma Ley de Compañías, que prohíbe la formación y funcionamiento de Compañías "que tiendan al monopolio de las subsistencias y de algún ramo de cualquier industria, mediante prácticas comerciales orientadas a esa finalidad", que constituye un parámetro legal de amplia referencia, concordante con las instituciones generales del Derecho Comercial como Ley contra monopolios, Leyes antitrust y, en general de represión de las prácticas restrictivas de la práctica de la competencia (Ley Española de 20 de julio de 1963).

d) El Artículo 19 numeral 10 de la Constitución Política de la República, norma en la que se contiene, como un derecho y una garantía de la que están asistidas todas las personas "la libertad de trabajo, comercio e industria, con sujeción a la Ley".

e) Los preceptos de las Leyes de Marcas de Fábrica y Patentes de Invención. Normas que pueden agruparse, desde un enfoque doctrinario, dentro de la figura de "la propiedad industrial y la competencia comercial", según el pensamiento del tratadista colombiano J. Gabino Pinzón.

4.— CONTENIDO DE LOS PACTOS EJEMPLIFICADOS

a) Comporta la limitación del Artículo de este Estatuto, que ya se ha transcrito, la obligación de naturaleza negativa para emprender dentro del territorio del Ecuador, en propio beneficio, por sí mismo o por cuenta de otro, la actividad que constituye el objeto social de la Compañía.

Es penalizada la inobservancia de esta obligación de no hacer, en el caso del socio, con la pérdida, "en favor del fondo social" de aportes y utilidades.

Este pacto acusa las siguientes notas que lo vuelven jurídicamente inadmisibles:

En primer lugar, afecta a terceros que no habrían contratado la limitación o prohibición porque el término "por cuenta ajena", supone la participación de un tercero que encomienda al socio la gestión que concurriría con el objeto social.

En segundo lugar, la expresión "para su propio beneficio", no es antifolclórica en el sentido de que puede referirse al beneficio del socio, o del tercero, ajeno al pacto, sino que es contradictoria con la posibilidad prevista en la estipulación de que se concurre por sí o por un tercero, en competencia con el objeto social puesto que se entiende por "propio beneficio", el beneficio del socio, hipótesis que repugna con la gestión a nombre de un tercero, que se constituiría en el beneficiario directo.

En tercer lugar, la sanción o penalidad que se seguiría de la concurrencia violatoria del pacto suscrito, y que consistiría en la pérdida de los aportes y las utilidades, en favor de la Sociedad, acarrearía problemas jurídicos insolubles desde el punto de vista de las normas legales que rigen el funcionamiento de la Compañía de Responsabilidad Limitada.

En efecto, ¿los aportes del socio, pasarían a constituir un superávit de capital?; ¿tendrían más bien que ser tenidos como participaciones de Tesorería? Los dos interrogantes plantearían la necesidad, en el caso de capitalizar dicho superávit o de distribuirlo.

La capitalización, se haría, con cargo a valores del pasivo de la Compañía, lo que resulta un imposible contable y jurídico.

La distribución, plantearía dificultades de orden tributario, las mismas que se harían presentes en lo que mira a la segunda sanción, consistente en la captación de las utilidades, que no se encontraría a qué cuenta asignarlas, ni cómo aplicarles las retenciones y créditos tributarios pertinentes.

Al respecto, debe tenerse presente que conforme al Artículo 140 numeral décimo de la Ley de Compañías, "la escritura de constitución... expresará: Los demás pactos lícitos y condiciones especiales que los socios juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a lo dispuesto en esta ley".

A nuestro juicio, se presentan circunstancias objetables a la licitud del pacto examinado, en los términos que se expresan en el presente comentario.

b) El pacto de no concurrencia contenido en la cláusula de estos Estatutos adolece de un vicio de nulidad que afecta a su íntegra validez, por cuanto la prohibición contractual de competir, en el caso presente, no contiene una limitación en el espacio.

En otras palabras, podría pretenderse que se está frente al caso de competencia ilícita, aún cuando se emprenda en negocios de concurrencia con el objeto social, en otros países.

Conviene recordar al respecto que en el ordenamiento legal español, hasta la expedición de la Ley sobre represión de prácticas restrictivas de la competencia del año 1963, como expresa Joaquín Garrigues, en su "curso de Derecho Mercantil", Tomo I, página 238, Madrid 1976", "se entendía que tales pactos eran admisibles, siempre que contuvieran una limitación en el espacio y en el tiempo, a la prohibición de competir.

Se entendía que si esa limitación no existía, el pacto constituía una restricción intolerable a la libertad de trabajo, incluida, por consiguiente, dentro de la prohibición genérica del Artículo 1255 del C.C."

Como lo anota este mismo tratadista en virtud de la vigencia de la Ley de prácticas restrictivas, "las prohibiciones de competir que constituyan consecuencia implícita en la propia naturaleza de negocios jurídicos lícitos son admisibles, siempre que tales prohibiciones no excedan de los límites justificados por el contenido del negocio jurídico que las fundamenta..."

Es evidente en los ejemplos examinados que los límites que vienen dados por el contenido del negocio jurídico, son los que corresponden al contrato de Compañía.

Mas, la gestión social, así como no se limita al territorio nacional, que podría constituir su limitación, en el espacio, no se ve cómo puede constituir, al mismo tiempo, justificación para prohibir la competencia en un ámbito territorial igualmente ilimitado, cuando el socio emprenda en actividades de concurrencia en el exterior.

No se diga en lo que respecta a los límites temporales de la prohibición.

Estos rabasan, con mucho, los fundamentos del negocio jurídico en que consiste el contrato de Compañía.

La prohibición de competir, extensiva por un año más a la fecha en la que el socio ha perdido su calidad de tal, y por consiguiente su "status" conjunto de derechos y obligaciones, va a todas luces más allá de la justificación del negocio y constituiría, volviendo a citar las palabras del tratadista español Garrigues "una restricción intolerable a la libertad de trabajo".

Esta restricción, como tal, estaría reñida con los principios que informan los conceptos básicos de la autonomía de la voluntad, dentro de los límites naturales de ella, que constituyen la Ley, la moral y el orden público, doctrina que se informa en las normas de los artículos 1488 y siguientes del Código Civil.

Como ya se ha dejado precisado en el análisis del Derecho positivo ecuatoriano aplicable a la materia, no existe en nuestro sistema una legislación específica sobre la concurrencia y la competencia ilícita.

Este particular determina que debamos remitirnos para ilustrar nuestra opinión, francamente decidida por la ineficacia jurídica de los dos pactos de no concurrencia ejemplificados, con la referencia a la Ley 155 de 1959 de la República de Colombia.

En el numeral séptimo del Artículo 11 de dicha Ley, se declara que constituye competencia desleal "la ejecución de actividades del mismo género a que se dedica la Empresa a la cual pertenecen, por parte de socios, directores y dependientes, cuando tales actividades perjudiquen a dicha empresa por ser contrarias a la buena fe y al honrado y normal desenvolvimiento de las operaciones en el mercado".

En el caso, no se alcanza a ver en qué forma la actividad del socio, concurrente con la Sociedad, puede perjudicarle, como lo exige la Ley colombiana, en razón de ser una actividad contraria a la buena fe y al honrado y normal desenvolvimiento de las operaciones en el mercado.

Desde que la buena fe se presume, la Compañía estaría en el caso de probar que el acto de concurrencia obedece a una actitud de mala fe, y que se lo ha ejecutado al margen de las normas de honradez y regularidad mercantiles.

Todo lo dicho nos induce a pronunciarnos por la nulidad del pacto de no concurrencia de la cláusula del ejemplo.

En respaldo a esta opinión, debe citarse el criterio de Garrigues para quien una prohibición contractual de competir, que comporta limita-

ción de la competencia que trascienda "en todo o en parte al mercado nacional" es indudablemente nula. (Garrigues, op. cit. pág 238).

Hemos visto ya que el pacto que nos ocupa, no sólo que sería exigible, teóricamente dentro del territorio nacional, sino aún en el exterior.

Para concluir, nos remitimos a la concordancia de todos estos principios con los contenidos, por una parte en el Artículo 3 de la Ley de Compañías y en el Artículo 19 numeral 10 de la Constitución Política de la República.

La primera de estas normas prohíbe la formación y funcionamiento de Compañías "que tiendan al monopolio... de algún ramo de cualquier industria mediante prácticas comerciales orientadas a esa finalidad".

Los pactos de no concurrencia contenidos en los Estatutos que se ejemplifican, tienen en forma directa al monopolio del objeto social, desde que la palabra "tendencia" significa en lenguaje jurídico expresión de intención, inclinación o ánimo.

La norma constitucional citada, constituye la garantía de libertad de trabajo, comercio e industria.

Ya hemos visto cómo, aún en el pensamiento del tratadista español, el pacto de no concurrencia, representa "una restricción intolerable a la libertad de trabajo", cuando aparece configurado más allá de los límites de espacio y de tiempo, y de los que justifican el negocio jurídico que les sirve de fundamento.

LA RESERVA DE LEY EN EL ORDEN TRIBUTARIO

Francisco Tinajero V.

El presente artículo tiene como origen el estudio de los diferentes criterios jurídicos vertidos sobre el asunto que es objeto de interpe-
lación por parte del Representante Nacional Ing. León Febres Cordero, al
Ministro de Finanzas, Sr. Rodrigo Paz.

En criterio del suscrito, sólo uno de los informes, el presentado
por el Sr. Dr. Rodrigo Garcés Moreano parte del estudio de uno de los insti-
tutos jurídicos que tienen que considerarse para determinar con claridad y
precisión la posición jurídica acertada frente al problema que debe ser re-
suelto, esto es, si el Decreto Presidencial 343 es violatorio del principio de
reserva de ley, consagrado en la Constitución de la República (Art. 53) y del
Código Tributario (Art. 3), o no lo es.

Otro de los juristas consultados, el Dr. Juan Larrea Holguín estu-
dia otro de los institutos jurídicos que entran en juego en un correcto enfo-
que del problema, esto es, el relativo a la finalidad del tributo (fines extra-
fiscales del tributo).

Lamentablemente, ninguno de los dos juristas antes nombrados
ha tenido el acierto de vincular los dos institutos jurídicos y derivar de esa
vinculación conclusiones realmente válidas.

Estimo que, para abordar el asunto con claridad y precisión, se
hace indispensable esclarecer ciertos puntos oscuros en torno a la institu-
ción jurídica de la reserva de ley o principio de legalidad y a otra institución
jurídica que invade por cierto el campo económico social: la finalidad del
tributo.

I.— LA RESERVA DE LEY O PRINCIPIO DE LEGALIDAD

No es exclusivo del Derecho Tributario, ni mucho menos, el prin-
cipio de reserva de Ley; aún más, me atrevería a decir que otras ramas del
Derecho con siglos y siglos de elaboración (frente a los pocos años del D.

Tributario), han aplicado el principio de legalidad o reserva de ley. Muy concretamente, el Derecho Penal que desde siempre ha sostenido que no hay delito ni pena, sino están previamente establecidos en la ley.

En el ámbito del Derecho Tributario el principio se presenta muy claro al decir que no hay tributo sin ley que lo establezca, y que se traduce a una afirmación más concreta del legislador de muchos países al sostener, como el nuestro, que no hay tributo, ni variación alguna que a él se refiera (inclusive la eliminación), sin que sea una ley la que disponga sobre la creación, modificación o extinción de los tributos, así como de las exoneraciones que se establezcan, por motivos de orden económico, social o político.

Pero es de anotar que el principio de reserva de ley tiene, en todos los ámbitos del Derecho en que se aplica, excepciones importantes. Así por ejemplo, citemos en el ámbito del Derecho Penal, el caso de sanciones que se impone por ordenanzas municipales por violaciones a ciertas normas en ellas establecidas, como la de derrocamiento de edificios construidos sin permiso, o de multas por no izar la bandera nacional en los días de fiesta cívica. En ninguna forma he de admitir el criterio tan generalizado, sostenido inclusive por algunos de los distinguidos juristas que han presentado sus informes sobre este mismo asunto, que la Ordenanza, en el Ecuador, sea un acto legislativo. Se me dirá que la Ley y la Constitución así lo dice; pero respondo simplemente que la naturaleza del acto descrito en la Ley de Régimen Municipal, los recursos que respecto de dichos actos en ella se establecen, el alcance de la fuerza obligatoria que tienen, etc., etc... nos muestran que su valor es exactamente igual al del reglamento. El reglamento y la ordenanza tienen la misma jerarquía jurídica: siempre han de estar subyacentes a la ley, sujetos a ella. Reglamento y ordenanza sólo en el sentido formal pueden ser considerados como leyes, pero materialmente no son sino actos administrativos abstractos, esto es, dirigidos a la generalidad y que tienen permanencia, en cuanto no se agotan con el cumplimiento por una sola vez, de aquello que mandan, sino que sus efectos y fuerza obligatoria pueden cumplirse en una y mil veces.

Sin salir de este ámbito de la administración municipal, al que he llegado en forma incidental, podemos ver así mismo que también en el ámbito tributario, el principio de reserva de ley tiene sus limitaciones. Así, por ejemplo, en cuanto se trata de la posibilidad de que los municipios establezcan tasas por servicios, o que señalen el valor y forma de pagar las contribuciones especiales de mejoras, se deja que le hagan mediante esos actos administrativos abstractos, de obligatoriedad general llamados ordenanzas, pero que no pueden ir más allá, ni invadir el campo no permitido por el Art. 53 de la Constitución, 3 del Código Tributario y 64 de la Ley de Régimen Municipal. Y en este mismo campo, podemos meditar así mismo, sobre la incidencia de los actos administrativos de avalúo de predios, frente a la variación necesaria de los impuestos prediales que tienen como punto de partida para su determinación, el valor de los inmuebles.

Lo anterior nos sirve para ir al campo preciso del Decreto 343. Ante todo, dos palabras sobre la naturaleza jurídica de los llamados

"Decretos Ejecutivos", cuya denominación no se encuentra, por lo general en los textos jurídicos. Los principios relativos a la jerarquía de las normas jurídicas (constitución, ley, reglamento y ordenanza, circulares, instructivos, órdenes), nos enseñan que los decretos son de distinta naturaleza: unos de orden estrictamente legislativo, entre los que tendríamos en el Ecuador los llamados Decretos Supremos, que la doctrina denominada Decretos Leyes, expedidos por los gobiernos de facto; los Decretos Leyes que expide la Función Ejecutiva, en ejercicio de facultad expresa de la Constitución que actualmente no están permitidos en el Ecuador, sino en los casos de emergencia y que en materia tributaria sólo pueden establecer el cobro anticipado de tributos; y por último los Decretos, llamados "presidenciales" o "ejecutivos" que no tienen carácter de leyes, sino que son de naturaleza estrictamente administrativo, al punto que son impugnables por acción contenciosa — administrativa "objetiva", según nos manda la Ley de Jurisdicción Contenciosa — Administrativa. Nacen estos Decretos al amparo de disposición legal expresa o simplemente de un estado de necesidad, pero no tienen un alcance superior a la Ley. Por ejemplo, podemos indicar los decretos por los que se nombra ministros, los que declaran la utilidad pública de un bien, o los que ponen en vigencia un reglamento; todos ellos tienen base directa en una ley.

Uno de esos decretos es el número 343, que motiva este estudio.

Pero volvamos a lo que decíamos ya: hay limitaciones al principio de reserva de ley o de legalidad. Mediante esos actos administrativos abstractos de obligatoriedad general, llámense decretos presidenciales o ejecutivos, reglamentos, ordenanzas, pueden regularse lícitamente, enmarcándose en la constitución y en la ley, situaciones de carácter especial y trascendente. Y es precisamente una de estas circunstancias especiales las que establece el artículo 4 de la Ley Arancelaria al decir que el Ejecutivo puede reformar el arancel, tanto en la nomenclatura como en los derechos por él establecidos, "cuando las necesidades del país así lo requieren", es decir, cuando las circunstancias son de orden especial y trascendente y necesitan de una rápida y oportuna modificación.

No puede verse, en este sentido, que exista contradicción entre la norma de los artículos 53 de la Constitución y 3 del Código Tributario, con la del Art. 4 de la Ley Arancelaria y sostener, sin mayor análisis que esta última está derogada tácitamente por las primeras. Mayor razón para esta afirmación la encontramos si admitimos, como no puede ser de otra manera, la clarísima argumentación del Dr. Larrea Holguín, en cuanto se refiere a la derogación tácita, tanto más que tiene el respaldo invalorable de la opinión del Dr. Luis Felipe Borja, cuando afirma que "la discordancia, la contradicción aparente, los motivos que indujeron a expedir la nueva ley, no bastan para declarar derogadas todas las disposiciones de la ley antigua, pues no quedan insubsistentes sino las disposiciones que sean absolutamente incompatibles con la nueva ley". (Estudios sobre Derecho Civil, T. I.) Importante es reflexionar sobre aquello que nos dice el Dr. Larrea: las normas relativas a la plena capacidad de la mujer casada y a la igualdad de los hijos, consagradas en la Constitución de 1967, sólo tuvieron plena vigencia una vez que diez años más tarde, reformadas expresamente numerosí-

simas normas del Código Civil y expedido un Decreto Ley que así lo señalaba, dejaron en claro una situación discutida por todo ese tiempo.

Las limitaciones al principio de legalidad o reserva de ley tienen un claro fundamento: resolver en forma ágil la problemática propia del devenir en la actividad estatal. Y es así como, en el ámbito municipal se permite el establecimiento de tasas por servicios y el establecimiento de las contribuciones especiales de mejora, tanto en su valor, como en la forma y períodos de recaudación; o en el ámbito aduanero, la reforma del arancel; o en materia de predios, la revisión periódica de los avalúos que son el punto de partida para la determinación del tributo. Estas situaciones por demás claras, no son casos opuestos al principio de reserva de ley; son simplemente limitaciones impuestas por el estado de necesidad que podemos analizar brevisísimamente en algunos, al menos de los casos expresados a manera de ejemplos.

Así, si se trata de una contribución especial de mejoras, el legislador no está jamás en condiciones de prever la casuística inagotable que puede presentarse en la realidad; sólo puede, por tanto, establecer lineamientos generales que describen el tributo y los casos en los cuales se puede aplicar. Es decir, señala el tributo, en sí mismo, y el hecho imponible; pero no establece la cuantía, aunque sí la forma de establecerla, que ha de ser mediante ordenanza.

Igual podemos decir de los derechos o impuestos aduaneros. La ley establece el tributo en sí mismo, señala los hechos generadores del tributo y la forma de establecer su cuantía: mediante decretos (actos administrativos igual que las ordenanzas) expedidos por el Ejecutivo.

No puede, pues, sin más, aplicarse el principio de reserva de ley; tan cierto es esto, que el mismo Código Tributario, en su artículo 4 señala el contenido de la ley tributaria: señalamiento del objeto imponible, y los sujetos activo y pasivo, las excepciones y deducciones, los recursos y "la cuantía del tributo o la forma de establecerla". Es así, como Ley Arancelaria, en el Art. 4 no hace sino cumplir con ese requisito: señalar la forma de establecer el tributo en cuanto su cuantía, o sea, mediante actos administrativos provenientes del Ejecutivo.

Quien pretenda afirmar que el Decreto 343 constituye una arbitrariedad del Presidente de la República, por invadir el campo reservado para el legislador, y sostenga que ese Decreto tiene naturaleza jurídica de acto legislativo ignora, simplemente, los grandes principios rectores en esta materia que nos enseña el Derecho Administrativo.

El Art. 4 del Código Tributario complementa perfectamente las disposiciones relativas al principio de legalidad o de reserva de ley contenida en el Art. 53 de la Constitución y 3 del propio Código; y las complementa porque nos señala cuál ha de ser la materia estrictamente reservada al legislador, y en qué aspectos de esa misma materia, se ha de dejar actuar a las autoridades del orden administrativo central o descentralizado. Y eso, se aplica mediante las correspondientes normas de muchas leyes: la de Ré-

gimen Municipal en materia de impuesto predial urbano, la Arancelaria, en materia de impuesto aduanero, etc. etc.

Es de notar que las situaciones correspondientes a estos típicos casos en que se deja a la administración de regulación aun periódica de datos relativos a la cuantía del tributo, son especiales. En los últimos citados, por ejemplo, anotemos que el valor de la propiedad raíz es variable como lo es de todos los bienes que están en el comercio y es preciso que ese valor sea ajustado y reajustado, cada vez que el vigente no corresponda a la realidad del momento. Por ello, la municipalidades pueden hacer esos ajustes en dos formas: ordinariamente cada cinco años, y extraordinariamente cuando lo crean conveniente en cada caso particular. En el caso de los impuestos arancelarios, hemos de considerar que se precisa cambiar el régimen económico, la cuantía del tributo, ante la presencia muchas veces imprevista, de acontecimientos o circunstancias específicas. Debe el Estado, por ejemplo, proteger ciertos campos industriales del país o la actividad agrícola o ganadera; para ello se precisa muchas veces, entre otras medidas urgentes, reformas a las tarifas impositivas de aduana que deben subir considerablemente o bajar aún a cero, según los casos. Y estas medidas urgentes no pueden ser abordadas y tomadas por el legislador, especialmente porque la normal producción de la ley requiere de un tiempo generalmente considerado, que no se compadece con la urgencia; por ello, el propio legislador confía a la administración, la adopción de esas medidas. Sólo así puede en determinadas circunstancias ser el tributo un medio eficaz de "estabilidad y progreso sociales" y procurar una "mejor distribución de la renta nacional"; sólo así puede el tributo, en circunstancias especiales ser "instrumento de política económica general", como lo proclama el Art. 6 del Código Tributario.

Esto nos lleva a reflexionar sobre lo que trata el punto siguiente.

II.— LA FINALIDAD DEL TRIBUTO

La doctrina, acogida por muchas legislaciones nos enseña, precisamente, que el fin primordial del tributo es el de proveer a las arcas públicas de los medios económicos necesarios para atender las tareas específicas del Estado: prestación de servicios públicos, cuidar por los intereses públicos, buscar, en fin, la realización del bien común.

Pero también nos enseña la doctrina que el tributo tiene otras finalidades propias: ser "instrumento de política económica general, estimulando la inversión, la reinversión, el ahorro y su destino hacia los fines productivos y de desarrollo nacional"; atender "las exigencias de estabilidad y progreso sociales y (procurar) una mejor distribución de la renta nacional", como nos manda el Art. 6 del Código Tributario.

Si atendemos a estas finalidades "para fiscales" del tributo, reflexionemos sobre la limitación que ellas tendrían en la práctica, si sólo pudiesen regir en materia de tributación, las normas rígidas propias de la ley, llamadas a perdurar básicamente por mucho tiempo. Junto a ello, pen-

semos que no se puede administrar a través de medidas legislativas o "gobernar con decretos", como hemos dicho muchas veces en crítica adversa a la postura de nuestras dictaduras.

Estas dos necesidades, la una de carácter absolutamente técnico — jurídico y la otra de carácter más bien político, nos señalan la exigencia de tomar un camino: dotar al Ejecutivo de cierto grado de posibilidades para hacer posible su propia obligación de cumplir y hacer cumplir la ley; pero no un simple cumplimiento, digamos "literal", de la ley, sino la aplicación de la norma legislativa (princiando por la contenida en la Constitución), en cuanto ella encierra un comportamiento del Estado como realizador del bien común, objetivo que implica muchas exigencias de todo orden, uno de los cuales está trazado en la última línea del Art. 4 de la Ley Arancelaria: "cuando las necesidades del país así lo requieren".

Entonces, frente al afán puramente formalista de unos, que pretenden encontrar contradicción entre dichas normas del Art. 4 de la Ley Arancelaria, con las de los Arts. 53 de la Constitución y 3 del Código Tributario, para concluir que la primera está tácitamente derogada, hemos de oponer un criterio más humano: sostener que el Estado debe cumplir con sus fines, a través del cumplimiento de la Ley, tomando como instrumento regulador de actividades en las cuales la persona humana es la meta como sujeto de servicio y atención. No podemos tomar a la ley como una serie infinita de normas frías que han de cumplirse a pesar de consagrar, como en muchos casos, absurdos desde el punto de vista ontológico del Estado.

Desde este punto de vista, no podemos admitir tampoco que el Art. 4 de la Ley Arancelaria esté derogado, porque eso nos llevaría a sostener que la ley debe cumplirse aún en perjuicio del propio Estado y en contra de los intereses legítimos del país y de sus habitantes. El Derecho no tendría sentido si sólo se refiriese a establecer y estudiar situaciones jurídicas frías; tiene validez como Ciencia, desde el momento en que estudia y trata de solucionar las necesidades del hombre como persona y del hombre como sujeto de atención por parte del Estado. Es por ello que el Derecho es la Ciencia más Humana y por ello que quienes tenemos como ocupación habitual el estudiarlo y tratar de desarrollarlo, nos sentimos inmersos en el afán de servicio de nuestros semejantes, de su bienestar, de su progreso. Desatender estos factores es deshumanizar el Derecho y por lo mismo deshumanizar la ley y llegar a alterar los valores: no la Ley al servicio del hombre, sino a la inversa. Eso no podemos admitir.

Estas mismas consideraciones, aplicadas a la "parafiscalidad del tributo", nos llevan también a hacer reflexiones importantes, en cuanto esa parafiscalidad debe tener en cuenta los inmutables valores de la persona, como sujeto del servicio del Estado. Y de allí que en la condición puesta por el Art. 4 de la Ley Arancelaria de que el Ejecutivo puede variar las condiciones señaladas en el arancel, mediante Decretos, "cuando las necesidades del país así lo requieren", debemos ver encerrados, en esa condición establecida de la propia ley, los principios que hemos sostenido antes, no como simples aportes de consideración, sino como datos determinantes de la expedición de la norma. Creer que el legislador tuvo mezquinos propósi-

tos de expedir esa norma, es pensar en términos de un negativismo injustificable de todo punto de vista.

Por ello, hemos de ver que la Ley Arancelaria no nos trae una norma de relleno que puede fácilmente ser considerada como derogada; nos consagra más bien un principio básico del convivir humano; nos señala un camino de agilidad frente a la solución de problemas álgidos y apremiantes. Y allí en donde encontramos esos valores, hemos de tener más en cuenta todavía las enseñanzas que dos eminentes ecuatorianos: Luis Felipe Borja y Juan Larrea Holguín, nos trazan sobre aquello que la derogatoria de las leyes por normas futuras de carácter general.

Trasladando todas estas consideraciones al campo concreto que hemos tratado de estudiar, vamos a encontrar lo siguiente:

1.— La Constitución, sabido es, nos traza normas generalísimas sobre la más grande diversidad de materias, que necesariamente han de ser reguladas por la ley, por el reglamento, por la ordenanza, por la circular, por el instructivo. Y por ello, en la pirámide de la jerarquización de las normas, veremos que bajo la Constitución, para ejecutarla, está la ley; que bajo la ley, para ejecutarla, están diversos actos administrativos, como el Decreto, el reglamento, la ordenanza; que bajo esos actos administrativos están otros de menor significación jurídica, pero quizá, en determinado momento, de más contenido humano: las circulares y los instructivos y órdenes administrativas.

Nuestra Constitución vigente, en el Art. 53 nos traza el principio de legalidad en materia tributaria, orientado al cumplimiento de fines específicos contenidos en el Art. 52 de la misma Constitución: "además de ser medios para la obtención de recursos presupuestarios, sirven como instrumentos de política económica general".

2.— La Ley ejecuta la Constitución desde el momento que contiene normas encaminadas a hacer posible la vigencia efectiva de los preceptos constitucionales. Así, el Art. 3 del Código Tributario que repite, en cierta forma el principio de legalidad en materia de tributos, se complementa perfectamente con el artículo 4 del mismo Código para establecer cuál ha de ser el contenido de la Ley Tributaria particular; consagra en el Art. 5 los principios básicos de igualdad y generalidad sostenidos por Derecho Tributario y trae en el Art. 6 la determinación muy concreta de los fines del tributo.

3.— La Ley Tributaria particular, veamos en el caso, la Arancelaria, contiene las normas que no solamente hacen posible la aplicación de la Ley general (Código Tributario, en este caso), sino también, como es obvio, el precepto constitucional. Y es así, como el Art. 4 establece en cuanto a los impuestos aduaneros, la forma de establecer la cuantía del tributo, o sea, cumple con lo que manda el Art. 5 del Código Tributario.

No es preciso que lleguemos a más bajos niveles en escala jerárquica de la forma jurídica. Baste señalar que se cierra, en el caso, con el

decreto 343 emitido en cumplimiento de todas las normas precitadas de superior valor en esa escala.

Obvio es, entonces, que sostengamos que el Art. 343 no sólo lo que pudo dictarse con validez plena en el orden jurídico, sino aún más que debió dictarse, porque así lo exigen las circunstancias especiales del país, para defender los valores trascendentes del Estado, como ejecutor del bien común.

III.— PARA CONCLUIR

Si no lo he hecho ya, expresamente me muestro adverso a los respetables criterios de juristas que han opinado por la derogatoria del Art. 4 de la Ley Arancelaria, por encontrarla opuesta a la norma constitucional. Como dejo demostrado, no sólo que no es adversa, sino que se ajusta a la norma constitucional.

Pero esa oposición no nace solamente de que yo sostenga una tesis adversa a la suya; nace especialmente del ánimo que me inspira al tratar de interpretar la ley no como consagración de principios fríos, sino como expresión de valores humanos, transformados en principios y estos, trasladados a ser norma jurídica positiva en el Ecuador. La fría aplicación del principio de Derecho es inhumana y por ello, debemos rechazar esa aplicación fría. Diría que es la clásica forma de interpretar la ley en los regímenes oligárquicos y burgueses.

Busco la interpretación de la ley, siguiendo las enseñanzas de la Ciencia del Derecho, esto es, el conjunto de principios emanados de la naturaleza humana, de la necesidad humana, de las metas humanas. No deshumanizo al Derecho, porque no quiero ser su sirviente, ni quiero que el hombre ecuatoriano sea sirviente del Derecho; pretendo ser servido por el Derecho y que el Derecho sirva al hombre ecuatoriano.

EN EL CENTENARIO DE LA CONSTITUCION DE 1883-1884

Décima Carta Política de la Constitución: 1883 — 1884

Hernán Salgado Pesantes

LA CONSTITUYENTE DE 1883 — 1884 (1)

En octubre de 1883 se reúne la Asamblea Constituyente convocada, previo común acuerdo, por los tres gobiernos provisionales que entonces compartían el Poder. Esta décima Constituyente sería al encargada de restablecer el orden jurídico siguiendo el errado camino de dictar una "nueva" Constitución y luego designar Presidente de la República, junto con otros altos funcionarios, para el próximo período constitucional.

Precisamente, el hecho de que la Asamblea Constituyente eliga al Presidente de la República causará reacción en el liberalismo; pues, según Alfaro se había acordado entre los representantes de los tres gobiernos provisionales (previo a la común aceptación de convocar a la Constituyente) que la elección del Presidente Constitucional de la República se haría por sufragio popular directo.

Alfaro señala que "en la convicción de que la Asamblea no se atribuiría jamás la facultad de hacer esta elección, no se hizo constar esta restricción en cláusula especial". "Además, dice, yo consideraba hiriente esa condición para la honorabilidad de los Legisladores, aunque ella era y debió ser la expresión y única manera de satisfacer las aspiraciones y susceptibilidades de los partidos contrarios". (2).

En realidad, lo procedente era que la Asamblea Constituyente designe a un Ejecutivo interino, encargado de realizar las elecciones popu-

(1) De la obra próxima a publicarse "La estructura jurídico — constitucional del Estado del Ecuador".

(2) Jorge Pérez Concha: Eloy Alfaro, su vida y su obra. Universidad de Guayaquil 2ª Ed. 1978, p. 53

lares para Presidente y Vicepresidente, como también para Legisladores. Elecciones que desde el año de 1861 tenían el carácter de directas. Y, si bien los ciudadanos participantes o cuerpo electoral seguían siendo un porcentaje reducido a la población total (debido a las restricciones del sufragio: saber leer y escribir, exclusión del voto femenino, etc.), la elección popular no dejaba de ser un fundamento para la legitimidad del nuevo gobierno.

Mas, es en este punto donde descansa el secreto resorte que movía, desde los inicios de la República, a reunir un órgano Constituyente. Era éste el mecanismo político para captar "constitucionalmente" el Poder del Estado: mecanismo autocrático, de espaldas a los intereses nacionales y a las exigencias de un auténtico gobierno representativo. Frente a este interés político resultaba secundario el interés jurídico de elaborar una nueva Constitución, que a la postre no sería sino la reproducción de una Constitución anterior.

Para que el referido mecanismo político revistiera de un carácter jurídico — constitucional se acostumbró a insertar en nuestras cartas fundamentales, entre las disposiciones transitorias una norma señalando que por "esta vez" (algunas evitaron utilizar tal expresión) la Constituyente elegirá al Presidente y Vicepresidente de la República, a los Consejeros de Estado, a los Ministros de la Corte Suprema, etc. Llenando, según las circunstancias, un número mayor o menor de cargos públicos.

Esta vieja práctica política antijurídica, atentatoria contra el constitucionalismo y antidemocrática, estará invariablemente presente a lo largo de siglo y medio de nuestra vida republicana, como uno de los procesos establecidos para optar el Poder y que junto al fraude electoral desfiguran grotescamente a cualquier sistema de gobierno.

LAS NORMAS CONSTITUCIONALES QUE RIGIERON EL PERIODO PROGRESISTA.-

En la Ley Fundamental, fruto de la Convención Constituyente de 1883 — 84, no se crea nada nuevo ni se reestructura al Estado ecuatoriano. Al igual que en pasadas ocasiones se siguen los lineamientos de las Constituciones anteriores, esta vez se reproduce —con pocas variantes—, la Carta de 1878 y por ende de la de 1861, orientándose con análogo sentido. Entre los rasgos jurídicos que caracterizan a la décima Carta Política del Ecuador podríamos destacar los siguientes.

Ciudadanía y sufragio

La ciudadanía que tiene relación directa con los derechos políticos de elegir y ser elegido, está más claramente conceptuada al hacer referencia a la nacionalidad ecuatoriana: "Son ciudadanos —se dice— los ecuatorianos..." (Art. 9). Aspecto que guarda armonía con las aptitudes legales requeridas para el sufragio: "Son electores los ecuatorianos que ejerzan los derechos de ciudadanía." (Art. 39).

Hasta entonces, no se había hecho mención de la calidad de ecuatorianos que debían ostentar los ciudadanos de nuestro Estado (ni lo harán las Constituciones de 1897 y 1906), simplemente se puntualizaban los requisitos exigidos. Asimismo para ser elector sólo se pedía ser ciudadano en ejercicio.

Por lo demás, se mantienen la edad de veintiún años o ser casado o haberlo estado y el requisito de saber leer y escribir. Como sabemos, los ecuatorianos que gozan de la ciudadanía y pueden votar son los hombres, pues las mujeres permanecerán excluidas hasta 1929. En esta Constitución se habla expresamente de que "son ciudadanos de los ecuatorianos varones..." (Art. 9)

Un mérito de la Carta de 1884 es el de suprimir definitivamente la capacidad económica para poder ser elegido a las funciones más importantes del Estado (generalmente para ser Presidente, Vicepresidente, para los Senadores, Diputados y Ministros de Estado). De este modo desaparece el último vestigio del sufragio censitario que fuera suprimido por la Constitución de 1861.

Del Poder Legislativo

El Congreso Nacional mantiene su estructura bicameral. Igualmente, subsiste la forma de representación y el número de legisladores que habíase establecido desde la Constitución de 1861: dos senadores por cada provincia, con la variante de que las provincias ecuatorianas subían a diecisiete al crear esta Constituyente las provincias de Bolívar y de El Oro. Para la Cámara de Diputados, las provincias continuaban eligiendo un diputado por cada treinta mil habitantes y uno más por el exceso de quince mil; reconociéndose a toda provincia al menos un diputado sea cual fuere su población. Esta regulación dada en 1861 no será actualizada sino en la décimo — tercera Constitución de 1929.

Para ser diputado se exige ser "ecuatoriano en ejercicio de los derechos de ciudadanía" (Art. 49), es decir, puede ser elegido a partir de los veintiún años: edad mínima que pocas Constituciones la mantendrán (la de 1906, de 1929 y la no promulgada de 1938). Para los senadores se requiere ser ecuatoriano en ejercicio de la ciudadanía y tener la edad de treinta y cinco años. En ninguno de los dos casos se exige ser ecuatoriano por nacimiento, aunque tratándose de los senadores se agrega el requisito de cuatro años de residencia en el país para quienes fueran ecuatorianos por naturalización. (3).

Solamente en las Constituciones de 1845, 1852 y de 1869 se exigió a los senadores que fueran ecuatorianos por nacimiento; desde la Carta

(3) Este requisito data de 1861, con un antecedente en la efímera Carta de 1851 que pedía quince años de residencia a los ecuatorianos naturalizados que aspiren a llegar al Congreso unicameral de entonces.

liberal de 1906 se normará —de modo inalterable— que lo sean, diputados y senadores.

Por otro lado, se recorta a dos años el período de duración de los diputados, mientras se mantiene el cuatrienio para los senadores. Cabe señalar que desde entonces (1884) se impuso este sistema, siendo recogido en todas las Constituciones posteriores, incluso en la actual luego de las recientes reformas y a pesar de poseer un Congreso unicameral. En este contexto, la duración cuatrienal del Senado da a la Función Legislativa cierto sentido de continuidad y de permanencia frente al Ejecutivo.

La Cámara del Senado conserva, además, aquella renovación parcial que se realizaba por mitad cada dos años (debiendo efectuarse la primera vez por sorteo) y que conlleva aspectos positivos; entre otros, permite que se reflejen en el Congreso las nuevas tendencias políticas. La posibilidad de una reelección indefinida se conserva para senadores y diputados.

Una decisión importante es la de disponer que el Congreso funcione anualmente, de modo ordinario, en lugar de hacerlo cada dos años; mas tal disposición será reformada, retornándose a las reuniones bienales a partir de 1888, es decir, desde el gobierno de Flores Jijón. Sin embargo, las Constituciones posteriores restablecerán definitivamente las reuniones ordinarias anuales del Congreso (punto que anteriormente había constado sólo en las Cartas de 1830, 1845 y de 1852).

Esta Constitución trae una nueva fecha para la reunión ordinaria del Congreso: el 10 de junio, en lugar del 10 de agosto que habíase observado sin alteración desde 1861 y que luego se mantendrá. El período de sesiones legislativas dura sesenta días improrrogables, a diferencia de las anteriores Constituciones que reconocían la posibilidad de una prórroga (de quince o treinta días), lo cual significaba un período mayor de sesiones. (4).

Para los legisladores rige la prohibición de aceptar "ni aun interinamente ni en comisión, empleo alguno de libre nombramiento del Poder Ejecutivo" durante el período para el cual son elegidos (Art. 56). Esta disposición, que preserva la independencia de la Función Legislativa, existió en varias Constituciones anteriores a veces con excepciones y atenuantes. Como prohibición absoluta, es decir, que no se soluciona con la renuncia de la curul legislativa o dejando vacante la misma, aparece en esta Carta y en las de 1851 y de 1861.

Las atribuciones del Congreso permanecen invariables dentro de los lineamientos establecidos en las últimas Constituciones, particular-

(4) Sólo la Constitución de 1897 y la actual reproducirán los sesenta días improrrogables, siendo el menor tiempo de duración otorgado al Congreso y superado únicamente por la Carta de 1830 que señalaba un período de treinta días de sesiones prorrogables por quince días más. La penúltima Carta de 1967 dispuso el período de sesenta días improrrogables pero el Congreso debía reunirse ordinariamente dos veces al año, caso único en nuestro constitucionalismo.

mente las de 1878 y 1861. Así por ejemplo, el juicio político es propuesto por la Cámara de Diputados ante el Senado: la primera tiene como atribución propia la de acusar y conocer de las acusaciones contra el Presidente o encargado del Ejecutivo, los Ministros de Estado, Magistrados de la Corte Suprema y Consejeros de Estado. Tales acusaciones son presentadas ante el Senado que dictará el veredicto correspondiente, según los casos.

La Cámara de Diputados mantiene la iniciativa para legislar en materia de impuestos y contribuciones. Atribución del Congreso en pleno es la de "declarar electos al Presidente y Vicepresidente de la República o perfeccionar su elección; recibir el juramento de los altos funcionarios; admitir o negar su renuncia; elegir Consejeros de Estado, Ministros de la Corte Suprema de Justicia, del Tribunal de Cuentas y de las Cortes Superiores y admitir o negar sus renunciaciones; aprobar o no las propuestas que hiciere el Ejecutivo para Generales y Coroneles; censurar la conducta de los Ministros de Estado..." (Art. 53).

Entre las atribuciones del Congreso dividido en Cámaras, pueden citarse las de: "Cuidar de la recta y legal inversión de las rentas nacionales"; "autorizar al Ejecutivo para contratar empréstitos sobre el crédito público" "Reconocer la deuda nacional, determinar la manera y medios, así de amortizarla como de pagar sus intereses. No se reconocerán los créditos contraídos sin la debida autorización, ni los procedentes de hechos contrarios a las leyes"; "Determinar y uniformar la ley, peso, valor, tipo y denominación de la moneda nacional; resolver acerca de la admisión y circulación de la extranjera; y establecer el sistema de pesas y medidas". (Art. 62, numerales 3, 4, 5 y 10). (5).

Del Poder Ejecutivo

La Constitución de 1884 difiere de la anterior de 1878 (y también de la garciana de 1869) al restablecer el cargo de Vicepresidente de la República, llamado a subrogar al Primer Mandatario. De faltar el Vicepresidente se dispone que subrogarán al Jefe de Estado el último Presidente del Senado o, en su defecto, el último Presidente de la Cámara de Diputados (regulación que viene desde 1830 y 1835, y que sirvió de regla general). La Carta liberal de 1906 volverá a suprimir la Vicepresidencia, hecho que se mantendrá hasta la de 1945, inclusive.

Un aspecto nuevo constituye la prohibición de reelección del Presidente y del Vicepresidente en los dos periodos subsiguientes, es decir, deben transcurrir ocho años para ser reelegidos (sin que pueda tampoco el Presidente ser elegido Vicepresidente o viceversa). Una disposición semejante hubo en 1830 y las Constituciones liberales de 1897 y de 1906 mantendrán tal prohibición (a pesar de presumir que sus caudillos —Alfaro y Plaza Gutiérrez— retornarían al Poder antes de que transcurran los dos periodos).

(5) Precisamente, la Constituyente de 1883 — 84 adoptó el sucre como unidad monetaria en lugar del peso de ocho reales.

Las atribuciones del Ejecutivo y sus facultades extraordinarias no sufren alteraciones significativas. Entre las facultades extraordinarias consta el confinio (con la prolija regulación de 1861 y de 1878) pero se suprime la expatriación, lo cual es positivo mas no durará mucho pues las reformas constitucionales de 1887 vuelven a dar al Ejecutivo la facultad extraordinaria de expatriar.

Del Poder Judicial

Para los magistrados de las Cortes Supremas y Superior y del Tribunal de Cuentas, que son elegidos por el Congreso, se vuelve a extender el período de duración a seis años, tal como existiera en las Constituciones de 1845, 1851 y de 1869 (la actual, antes de las últimas reformas, también dispuso seis años de duración para los ministros de la Corte Suprema, Tribunal Fiscal y Contencioso Administrativo). Pudiendo ser reelegidos.

Para preservar la independencia del Poder Judicial se da una nueva norma constitucional: a los magistrados de las Cortes Supremas y Superior y del Tribunal de Cuentas se les prohíbe aceptar empleo de libre nombramiento del Ejecutivo, aunque renuncien a su cargo y durante un año después de la renuncia.

Entre las reformas introducidas por la Constituyente para una mejor administración de justicia, está el establecimiento de los Jurados.

Derechos y Garantías

Son establecidas de modo análogo a las de 1878, que estuvieron bastante bien sistematizadas y amplias. Se reafirma la abolición de la pena de muerte por delitos políticos y comunes, excepcionándose —esta vez— el asesinato, además del parricidio y matricidio. Sin embargo, entre las reformas constitucionales introducidas en 1887 se dirá que esta disposición no comprende a "los que, armados y organizados como militares, alteren por la fuerza el orden constitucional." (Art. 14).

Esta reforma, muy debatida y que encenderá más la oposición, permite al gobierno de Caamaño —en sus postrimerías— utilizar la pena de muerte sin recurrir a las leyes militares. Regulación que entró en vigencia cuando ya habían sido pasados por las armas destacados líderes liberales, como Nicolás Infante y Luis Vargas Torres. (6).

(6) La reforma fue promulgada el 26 de julio de 1887; Infante fue fusilado el 1º de enero de 1885 y Vargas Torres, el 20 de marzo de 1887.

TIPOLOGIA DE LA RESISTENCIA LEGITIMA

Roberto Ponce Serrano

En este estudio se considerarán las diferentes formas o modalidades que la resistencia a los actos arbitrarios del Poder presenta o puede presentar en la práctica. En realidad, resulta difícil en una materia tan propicia a desbordar los esquemas rigurosos tratar de establecer con precisión y claridad sus variantes.

En principio, la reacción del gobernado se relaciona en forma directa con el acto arbitrario de la autoridad o del agente de ejecución. Así como las formas en que el Poder puede ilegítimamente poner en peligro la esfera de los derechos individuales o colectivos protegidos por el ordenamiento jurídico positivo son múltiples, también el ejercicio de la resistencia legítima presenta, tanto en la teoría como en la práctica esa multiplicidad y variedad.

Pese a las limitaciones antes expresadas, establezcamos algunos criterios de clasificación de la resistencia a los actos excesivos del Poder, criterios que, como se ha indicado, estarán en gran parte determinados por la naturaleza del acto arbitrario de la autoridad.

Un primer gran criterio de clasificación se encuentra dado por el alcance que tiene el acto de Poder en relación a las personas que se verían afectadas por él. En este primer sentido, se establecerán las diferencias entre la resistencia individual, la resistencia colectiva y la resistencia generalizada.

* El presente estudio, especialmente adaptado para la Revista de la Asociación Escuela de Derecho, es parte de la tesis doctoral del autor (mejor egresado de su promoción en esta Facultad), tesis cuyo tema central es "El Derecho de Resistencia a la Opresión en la Teoría Constitucional". Para facilitar su lectura se han suprimido las citas textuales y las referencias históricas.

Si el acto arbitrario de la autoridad establece una situación de injusticia para un individuo en particular, correlativamente tendremos lo que propiamente se conoce como **resistencia individual** contra los abusos del Poder. Este caso generalmente se refiere a la agresión que sufre un individuo de la especie humana o una persona moral o jurídica de cualquier tipo que sea. No debe extrañarnos que hablemos de la posibilidad de resistir que tienen las personas morales pues ellas también pueden ser objeto de ataque por parte de quienes mandan.

El denominador como "resistencia individual" la repulsa de este primer tipo de exceso de Poder, no conlleva necesariamente que sólo la persona objeto del ataque se defienda resistiendo. En efecto, es totalmente posible la resistencia legítima por parte de terceros, parientes o extraños, que auxilian al gobernando ilegítimamente agredido. La misma causa justificante que respalda a quien es objeto directo del ataque, garantiza a quienes por solidaridad acuden en su auxilio.

Dentro de este primer criterio de clasificación, la segunda posibilidad se presenta cuando, a través del acto ilegítimo de la autoridad, se tiende a poner en peligro la esfera jurídicamente protegida de un grupo determinado de personas. En este caso tenemos lo que se puede denominar como **resistencia colectiva**. Este tipo de resistencia comunmente se va a dar cuando el Estado ejercita actos de Poder en materias que afectan a un determinado grupo de personas e incluso a un determinado sector social.

En estos casos la repulsa al acto excesivo de Poder reviste ya cierto grado de organización pues los sujetos afectados tienen a buscar una cierta representación a través de comités o brigadas de defensa. Esta delegación realizada por los particulares no impide que la defensa de los intereses comunes del grupo sea realizada en forma individual.

La tercera posibilidad y la que reviste mayor complejidad es aquella en la que el acto arbitrario de la autoridad, por afectar la esfera de los derechos e intereses de la sociedad en general, conlleva una **resistencia generalizada**. Nos encontramos ante lo que generalmente se ha conocido como resistencia civil. No adoptaremos la terminología común ya que consideramos que los dos tipos de resistencia antes descritos constituyen también resistencia civil o ciudadana.

En el caso de la "resistencia generalizada" el grado de organización es mucho mayor, consiguientemente la resistencia individual o aislada casi desaparece, pues se concentran todos los esfuerzos para apoyar a un grupo de personas que dirigen la resistencia social.

Un segundo criterio de clasificación encuentra su origen en la duración que a lo largo del tiempo tiene el acto arbitrario de la autoridad. De esta duración dependerá, como es lógico, el tiempo durante el cual el gobernado o los gobernados han de resistir.

En efecto, existen actos excesivos de Poder que se ejecutan inmediatamente, la agresión no dura sino un momento, por lo tanto la resis-

tencia será **inmediata y momentánea**. Por otro lado, tenemos actos arbitrarios cuya agresión permanece; consiguientemente, se hará necesaria una **resistencia permanente**. De aquí podemos deducir una regla según la cual la resistencia ha de durar tanto tiempo como la agresión del Poder.

El tercer y más importante criterio de clasificación de la resistencia legítima está dado por la forma en la que la repulsa a la autoridad se presenta. Como regla general podemos decir que así como la agresión puede asumir las más diversas formas, la resistencia también.

Pese a lo anteriormente anotado, utilizando un criterio general de clasificación de la resistencia por su forma, distinguiremos dos tipos fundamentales de resistencia: pasiva y activa.

Lo que en la doctrina filosófico — política se ha conocido como **resistencia pasiva** consiste en denegar la obediencia, en un no cumplir lo mandado, en un no hacer. Lógicamente, este tipo de resistencia ha sido considerado como la forma más adecuada de oponerse al ejercicio arbitrario del Poder. Consecuentemente, incluso en países en los cuales la teoría de la obediencia pasiva ha sido casi generalmente aceptada, se ha reconocido la legitimidad de la resistencia pasiva.

En realidad, según la doctrina tradicional del derecho natural y desde un punto de vista político y ético, existen buenas razones para sostener que la forma pasiva de resistir es el medio más adecuado para defender los derechos y libertades de los ciudadanos frente al abuso del Poder estatal. Efectivamente, el boicotear las medidas injustas de los gobernantes negándoles obediencia se ha calificado, dentro de la doctrina social católica desarrollada recientemente en Alemania, como el medio de defensa más asequible y sin duda alguna el más irreprochable.

No se vaya a creer que la "pasividad" de la resistencia le reste su eficacia. Por el contrario, muchas veces la prudencia se ha constituido en el pilar fundamental de la efectividad de la resistencia legítima. Bástenos citar la obra del gran teórico y práctico de la resistencia pasiva en nuestro siglo, Mahatma Gandhi, quien al frente de uno de los pueblos más pobres de la tierra hizo retroceder al prepotente imperio británico.

A nuestro entender, considerando siempre la forma que reviste la agresión ilegítima del gobernante, la resistencia pasiva tendrá siempre un lugar privilegiado, tanto dentro del derecho como de la ciencia política, si se tiene en cuenta que una guerra civil es, por lo general, una desgracia mayor que el grave abuso del Poder por parte del gobierno.

En oposición a la primera forma de resistir tenemos la denominada **resistencia activa** que, siendo una forma de denegar la obediencia, consiste fundamentalmente en la obstrucción o rechazo positivo a la acción injusta del Poder estatal. Esta defensa puede tener lugar empleando la fuerza o sin hacer uso de ella.

Los medios de lucha defensiva sin el empleo de la fuerza consisten principalmente en la movilización de la opinión pública. En este sentido, a causa del estacionamiento de nuevos cohetes nucleares de medio alcance en Europa, Heinrich Boll, galardonado con el Nobel de Literatura, acertadamente considera que escribir es ofrecer resistencia.

El establecimiento de una jurisdicción superior capaz de juzgar los actos arbitrarios del Poder, ha sido también catalogada como otra de las formas de lucha defensiva sin el empleo de la fuerza. Sin embargo, el recurso a una instancia superior tiene serias dificultades tanto en el plano interno como en el internacional. En lo interno, el monopolio de la coacción puede impedir la ejecución de lo ordenado por uno de los órganos de Poder en contra de otro. En lo internacional, el excesivo celo estatal en mantener su independencia respecto de otros Estados, de alguna manera ha impedido la eficacia del recurso ante una corte internacional de justicia.

Por otro lado, este recurrir a una instancia superior choca un tanto contra la teoría general de la resistencia legítima pues ésta es una forma actual y directa de impedir que la agresión estatal se consuma. En consecuencia, este "recurso" dependerá de la posibilidad de suspender la ejecución de lo ordenado; es por ello, que esta forma de defensa se dará con mayor facilidad en los casos de resistencia colectiva y generalizada.

Los dos procedimientos de resistencia activa sin empleo de la fuerza antes señalados, no pueden entrar realmente en juego dentro de los regímenes autoritarios pese al reconocimiento de los derechos humanos fundamentales realizado por la comunidad internacional. En cambio, recientes experiencias dentro de la órbita socialista comprueban que la huelga general puede resultar un medio muy eficaz de resistencia activa sin el empleo de la fuerza.

La segunda gran forma de resistencia activa es aquella que implica el **empleo de la fuerza**, en la defensa. Esta manera de resistir es conocida dentro de la terminología política como resistencia activa armada.

El resistir haciendo uso de la fuerza, no tanto en el plano individual cuanto en el colectivo, ha sido objeto de una de las más apasionadas polémicas dentro de la filosofía del derecho y de la teoría constitucional y política. En realidad, las implicaciones que respecto del orden público tiene, determinan que su empleo esté sometido a nuevos y más estrictos requisitos.

La resistencia activa haciendo uso de la fuerza, al igual que los otros tipos de resistencia legítima, constituye también una causa justificante en la medida en que se trata de una acción defensiva y no de ataque. En efecto, consideramos que la resistencia activa armada es un caso de legítima defensa de la población estatal cuando el bien común y sus elementos más elevados, como los derechos y las libertades esenciales de los ciudadanos, están expuestos a una grave amenaza como consecuencia del abuso del Poder.

Por lo tanto, la fundamentación jurídica de este tipo de resistencia se encuadra dentro de la teoría general de la resistencia legítima, ya que el derecho a repeler o impedir la agresión ilegítima de quienes mandan corresponde a la persona colectiva lo mismo que a la particular, y bajo condiciones semejantes en lo fundamental.

Pese a lo anteriormente afirmado, destacados representantes de la doctrina tradicional del Derecho natural, cuyo aporte a la ciencia constitucional no ha sido suficientemente difundido, como son Roberto Belarmino y Francisco Suárez, no invocan el derecho a la legítima defensa para justificar la resistencia activa, sino el derecho del pueblo como titular originario del Poder estatal.

La doctrina de los dos pensadores antes mencionados tiene como base la premisa de que el Poder político es un atributo de la comunidad, de que el pueblo es el primer depositario del Poder y, por lo tanto, puede alterarlo cuando no está conforme con la manera en que lo ejerce la autoridad. El ciudadano no está constreñido a una obediencia ciega, pues el mando existe para el bienestar de la comunidad y cuando no cumple con este objetivo puede ser modificado.

A fin de buscar el empate entre estas dos tesis aparentemente contradictorias, nos parece conveniente hacer una importante distinción: la agresión del Poder constituye un acto aislado o la agresión es permanente tendiendo a institucionalizarse. Hay que tener presente que de todas maneras se trata de un gobernante legítimo, es decir que posee un título que legitima su origen. Mas cuando el gobernante ejerce el Poder en forma contraria al orden jurídico fundamental perderá su título justificante.

Volviendo a la distinción anterior, cuando el acto arbitrario de la autoridad o de los agentes de ejecución es un acto aislado, la resistencia correlativa puede ser encuadrada exclusivamente dentro de la teoría de la causa justificante. Es decir, la autoridad pierde su prerrogativa al mando respecto de ese acto en concreto.

En cambio, cuando la injusticia se ha institucionalizado o simplemente tiene un carácter permanente, a más de la causa justificante de la resistencia legítima, justificante que es aplicable respecto de toda arbitrariedad, hemos de considerar que la autoridad ha perdido definitivamente su derecho al mando, retornando este derecho al pueblo como a su titular originario.

Ahora bien, tanto una como otra corriente de pensamiento exigen para posibilitar la resistencia activa armada, forma más difícil y conflictiva de la resistencia legítima, algunos requisitos que todavía no han sido considerados.

En primer lugar debe existir un grave peligro para el bien común o, si es el caso, la definitiva orientación contraria hacia el bien de la comunidad por parte del gobierno. En segundo lugar, la certeza de que no se habrá

de seguir un mal igual o mayor para la colectividad que el mismo despotismo que se trata de eliminar.

Estos requisitos adicionales para la legitimidad de la resistencia activa armada, si bien pueden ser objeto de una apreciación no meramente subjetiva sino, por el contrario, de un análisis profundo y de conjunto, requieren también ser considerados con la prudencia y responsabilidad que la gravedad del caso demanda.

Lo anteriormente expresado reviste particular importancia en la medida en que, como consecuencia de las perturbaciones políticas, con frecuencia son los grupos pequeños pero violentos y radicales, o bien los grupos que se preocupan menos por el bien común, los que terminan por imponerse y hacerse del Poder político.

Por eso creemos conveniente que para el ejercicio de este derecho a resistir se garantice que las nuevas condiciones perseguidas responden efectivamente al bien común. Consecuentemente, la resistencia activa armada de la colectividad ha de estar lo suficientemente organizada con una triple finalidad: establecer una justa representación de los diversos sectores sociales y políticos, decidir rápidamente la situación jurídica frente al despotismo a fin de evitar una larga guerra civil, e impedir que se establezca un gobierno autoritario por parte de los grupos radicales.

Por otro lado, deberá constar que es imposible o inútil la apelación a una instancia superior. Se han de agotar todas las instancias constitucionales y legales previstas en el ordenamiento jurídico del Estado en el que se ha presentado el conflicto entre gobernantes y gobernados.

Como es lógico, ha de existir una seguridad razonablemente fundada de triunfo, pues en el caso de que la resistencia fracase generalmente tiende a agravarse más todavía la opresión. De acuerdo con la doctrina escolástica, cuando la resistencia no tenga ninguna probabilidad de triunfar, habrá que ponerse en manos de Dios confiando la resolución del problema a su divina voluntad.

Para finalizar este estudio sobre la tipología de la resistencia legítima, es necesario considerar la medida más extrema para terminar con el gobierno despótico consistente en la eliminación del gobernante autoritario o, lo que es lo mismo, el **tiranicidio**.

Existiendo ciertos antecedentes en el mundo romano y en la edad media, el problema fue discutido principalmente en los siglos XVI y XVII con polémicas que atrajeron a las personalidades más destacadas de la época. Por la ardiente defensa de la justicia en las relaciones entre la autoridad y los ciudadanos y por sostener la legitimidad del tiranicidio bajo ciertos presupuestos, sobresaldrá la figura de Juan de Mariana S. J., cuya obra "De Rege et Regis institutione" será censurada y quemada públicamente en París por partidarios del absolutismo.

En realidad, pese al profundo cambio producido desde la época monárquica en la que generalmente predomina una concepción individualizada del Poder, hasta llegar a las modernas formas democráticas de gobierno en las que el Poder se institucionaliza, no dejan de tener actualidad ciertos principios trazados por el descollante miembro de la Compañía de Jesús.

En su doctrina se presume la orientación teológica del Poder, estableciendo como finalidad última del mismo el bien de los asociados, se establece el principio de legalidad en los actos de gobierno, se reconoce el derecho del pueblo a resistir como una facultad irrenunciable y, por este derecho, inclusive la posibilidad de dar muerte al gobernante que tiraniza. Pero, sin duda, se exige prudencia en esta difícil materia al requerir que la calificación del gobernante como "enemigo público" sea hecha por el pueblo en su conjunto.

En efecto, la doctrina más acabada sobre el tiranicidio establece la necesidad de un proceso público de enjuiciamiento, es decir, elimina de plano la muerte del tirano a arbitrio de la multitud o de personas privadas. Consecuentemente, la muerte de un gobernante por parte de una persona privada o de un grupo de personas, bajo su propia responsabilidad o a instigación de una minoría política, es simplemente un delito.

Hay que tener presente que lo establecido en el párrafo anterior se refiere a los casos de resistencia colectiva y generalizada, pues en el caso de la resistencia individual las reglas a aplicar son exclusivamente las de la legítima defensa como causa justificante.

En las modernas formas democráticas de gobierno, dada la complejidad que entraña el ejercicio del Poder y la distribución que de éste existe, el tiranicidio va perdiendo actualidad en cuanto el Poder no se encarna en una persona; mas el principio según el cual es lícito resistir a quien o a quienes atacan ilegítimamente el orden democrático fundamental mantiene plena vigencia.

EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN LA SITUACION ACTUAL DE LATINOAMERICA

Emilio Izquierdo

—• INTRODUCCION

De acuerdo con el reciente desarrollo del Derecho Internacional Humanitario, especialmente a partir de la Conferencia Diplomática de Ginebra, de 1977, cuando fueron aprobados los dos Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, se puede afirmar que esta disciplina tiene dos grandes campos de acción: los conflictos armados internacionales y los conflictos armados sin carácter internacional.

Entonces, al hablar del Derecho Internacional Humanitario en la situación actual de América Latina, y especialmente a la luz de los fenómenos contemporáneos de la América Central, quizás la atención deba concentrarse a la situación de conflictos armados sin carácter internacional. Porque, fundamentalmente lo que ocurre en la actualidad está mas determinado por las guerras de liberación —contra gobiernos de despóticos, dictatoriales—, para dar a este concepto una terminología moderna, o guerras civiles, para adecuarlo más al término clásico.

Para poder arribar al tema que se acaba de esbozar, conviene recordar algunas nociones básicas de Derecho Internacional Humanitario y, al mismo tiempo, hacer una descripción histórica de su evolución.

No se trata de una nueva materia de Derecho Internacional, pues los orígenes de su normativa son tan antiguos como la historia de la humanidad. Sin embargo, el Derecho Internacional Humanitario recién en 1949 completa un cuerpo legal internacional amplio, con la conclusión, en Ginebra, de los cuatro Convenios básicos: el primero, para aliviar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; el segundo, para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar; el tercero, sobre el trato de los prisioneros de guerra; y, finalmente, el cuatro, sobre la protección de la población civil en tiempo de guerra.

Esto es lo que se conoce como "Derecho de Ginebra", o sea, una parte del Derecho de Gentes, que tiende a proteger a las víctimas de la guerra.

Por otro lado, existe el llamado "Derecho de la Haya", con algunas sustanciales diferencias frente al de "Ginebra".

El "Derecho de la Haya" fue el resultado de las Conferencias de la Paz, celebradas en dicha ciudad en 1899 y 1907 y que codifica el Derecho de la Guerra en todos los aspectos que no son competencia del Derecho de Ginebra.

El "Derecho de la Haya" se refiere exclusivamente al uso de las armas y a los métodos de guerra, que se concreta en el llamado "Reglamento anexo al Convenio sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre".

El "Derecho de la Haya" o Derecho de la Guerra propiamente dicho, determina los derechos y deberes de los beligerantes en la conducción de las operaciones y limita la elección de los medios nocivos. El "Derecho de Ginebra", o Derecho Humanitario propiamente dicho, postula la protección de los militares puestos fuera de combate, así como las personas que no participan en las hostilidades.

Ambos derechos se inspiran en principios humanitarios, con la finalidad de evitar la violencia. Por su parte, el "Derecho de Ginebra" está destinado a la protección de las personas, y ésta constituye su clave. No le concierne regular la fuerza —como es el caso del "Derecho de la Haya"— sino proteger a las personas de ella.

En definitiva, el Derecho Internacional Humanitario es una rama del Derecho Internacional Público que se inspira en un sentimiento de humanidad, cuyo fundamental objetivo es la protección de la persona humana. Concretamente, está destinado a atenuar los sufrimientos de las víctimas de los conflictos armados.

La elaboración del Derecho de Ginebra, ha marchado a la par, simultáneamente, con la Organización de la Cruz Roja Internacional. Antes, habían ocasionales arreglos, concretos en lugar, sin permanencia en el tiempo, entre diversos grupos de beligerantes, los cuales obligaban tan sólo a ellos, se referían especialmente a capitulaciones militares y terminaban al finalizar el conflicto. Correspondió a la Cruz Roja, recoger las normas humanitarias e incluirlas al derecho de gentes, de alcance universal.

Se podría decir que el origen del Comité Internacional de la Cruz Roja y del Derecho Internacional Humanitario, como tal, es la reunión del 17 de febrero de 1863, en Ginebra, del Comité Internacional y Permanente de Socorro a los heridos militares, el cual convocó a una Conferencia Internacional con el objeto de "suplir la insuficiencia del servicio sanitario en los ejércitos en campaña". La Conferencia se celebró con delgados oficiosos, en Ginebra, en octubre de 1863, la misma que dio paso a la Conferencia Diplomática de 1864, que tuvo como resultado la firma del primer Convenio

de Ginebra, que lo llamó "Para el Mejoramiento de la Suerte de los Militares Heridos en los Ejércitos en Campaña", cuya importancia en la historia de nuestra materia es fundamental. Sus disposiciones esenciales son: salvaguardia y respeto de las ambulancias y hospitales militares, así como del personal y del material de estas formaciones, salvaguardia y respeto de los habitantes del país que presten socorro a los heridos, principio de que los militares heridos o enfermos serán recogidos y cuidados, sea cual fuere la nación a que pertenezcan. Sin embargo, al decir de un experto en la materia, "el mérito y originalidad de este Convenio es el hecho de haber pretendido resolver, de manera general y permanente, la situación que, hasta entonces, sólo había dado lugar a la adopción de disposiciones accidentales".

La Cruz Roja intervino en el auxilio de las víctimas de las guerras que se produjeron entre 1864 y la primera guerra mundial: austro — prusa, en 1866; franco — alemana, de 1870; incidentes producidos en España, entre 1873 y 1874; ruso — turca, en 1877; americano — española, en 1898; ruso — japonesa, en 1904; italo — turco — balcánica, en 1919. Durante la primera guerra mundial, fue mayor su actividad, dada la magnitud e importancia del conflicto.

El Derecho Internacional Humanitario nace pues, con el primer Convenio de Ginebra de 1864. En 1899 se aprueba en La Haya un Convenio por el cual se aplica a la guerra marítima los principios de 1864. En 1906 se completan y perfeccionan las disposiciones existentes. En 1907, con el cuarto convenio de La Haya se establecen las categorías de combatientes que en caso de ser capturados tienen derecho al estatuto de prisioneros de guerra y gozan de un trato especial durante todo el período de su detención.

A la luz de estas convenciones fue creada en Ginebra la Agencia Central de Prisioneros, que ha dado mayor eficacia a las labores del Comité Internacional de la Cruz Roja. Con la experiencia y organización alcanzada, el Comité preparó un proyecto de Convenio con la finalidad de ampliar y completar el Derecho de La Haya —concretado ya en 1907—, y establecer el Estatuto de los Prisioneros de Guerra. Como consecuencia de ello, en Ginebra, en 1929 se concluye el Convenio Relativo al Trato de los Prisioneros de Guerra.

Al mismo tiempo fue adoptado el Convenio de Ginebra para Mejorar la Suerte de los Heridos y Enfermos de los Ejércitos en Campaña, que revisaba, completándole, al de 1864 — 1906. Igualmente, ya se hace una referencia a la necesidad de establecer un estatuto para la protección de las personas civiles, no combatientes.

Este tema de la protección a la población civil, fue objeto de varias conferencias de la Cruz Roja la cual se hallaba preparando una Conferencia Diplomática cuando estalló la Segunda Guerra Mundial, que la interrumpió. Esta hecatombe mundial volvió a poner a prueba a la Cruz Roja, pero ahora de manera más drástica que antes. Diariamente, durante los cinco años de conflagración, la Cruz Roja intervino "para mejorar el trato de los cautivos, evitar las represalias, vigilar para que los campamentos fuesen establecidos en zonas salubres y protegidas contra el peligro, para

que los prisioneros de guerra estuviesen alojados de manera apropiada, calentados, vestidos y alimentados". Sería largo enumerar sus actividades, la enorme cantidad de voluntarios que participaron en estas labores y la acción adicional de la Agencia de Prisioneros de Guerra de Ginebra.

II.— EL DERECHO VIGENTE

Con la experiencia vivida, el Comité Internacional de la Cruz Roja inició la revisión y armonización de los textos del Derecho Internacional Humanitario existentes. Para ello, preparó el proyecto de un nuevo Convenio, relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra, y la ampliación de la asistencia a los heridos y enfermos en el mar que incluía a los naufragos.

Los cuatro proyectos de textos aprobados por la Conferencia de la Cruz Roja, de Estocolmo, en 1948, permitieron que el Gobierno suizo convocara una Conferencia Diplomática para celebrarse en Ginebra, en abril de 1949. La Conferencia trabajó durante cuatro meses en los cuales completó los cuatro Convenios descritos al inicio, los mismos que revisan y completan los ya existentes, excepto, el IV relativo a la protección de la población civil en tiempo de guerra, que constituye una novedad en el Derecho de Ginebra de ese entonces. Estos textos constituyen el Derecho Internacional universalmente reconocido sobre la materia, y han sido ratificados o aceptados por más de cien países.

A partir de entonces, las sucesivas conferencias internacionales de la Cruz Roja examinarían la posibilidad de ampliar los terrenos del Derecho Internacional Humanitario y completar algunas de sus instituciones, a la luz de la experiencia, la evolución de los acontecimientos mundiales y especialmente del desarrollo del Derecho Internacional Público General. De esta manera, desde 1969 surge la idea de incrementar nuevos textos a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, y para ello se celebran, en varias oportunidades, conferencias de expertos que concluyen dos proyectos de Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949. El primero relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales; y el segundo, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

A fin de examinar estos proyectos preparados por el Comité Internacional de la Cruz Roja, el Gobierno de Suiza, invitó, en 1973, a iniciar una Conferencia Diplomática para estudiarlos y aprobarlos. Esta Conferencia se desarrolló en cuatro periodos, el primero en 1974 y el último en 1977. Lo particularmente interesante de esta Conferencia, que se llamó "Para la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario", es que contó con la activa participación de delegados de los movimientos de liberación nacional.

Conviene ahora estudiar, brevemente, el lugar en el que se hallan los Convenios de Ginebra en el Derecho de Gentes. Derecho de Gentes, definido como el resultado de los usos a los que se conforman los Estados y de los Convenios que concluyen entre sí.

En el estudio de la Historia del Derecho encontramos un momento en el cual "el respeto de los derechos de la persona no dependían más que de la legislación interna de cada Estado. Se consideraba que una especie de "contrato social" ligaba a los individuos al grupo colectivo al que pertenecían y que se había entregado, de una vez y para siempre, al Estado para que éste reglamente el uso de sus derechos. Los principios de derecho natural seguían siendo honrados como inspiradores de las leyes y de los derechos esenciales de la persona y seguían siendo proclamados por las legislaciones internacionales pero el ejercicio de estos derechos dependía de la potencia pública".

En este punto aparece el Derecho Internacional, a través de convenios apropiados concluidos entre estados, para limitar la violencia y para salvaguardar, al máximo, los valores humanos en peligro durante los conflictos bélicos.

De esta manera, los Convenios de Ginebra han sido concebidos para ser aplicados solamente en tiempo de guerra. Pero sucede que, sin que exista la situación de guerra internacional los conflictos en el interior de los estados oponen a los gobernantes y a los gobernados. Como consecuencia de ello, están amenazados por los mismos peligros que ocurren en tiempo de guerra internacional y, si consideramos su situación únicamente desde el punto de vista personal y humano, haciendo abstracción de toda consideración política, sus casos requieren las mismas garantías. "La lógica humanitaria es tan fuerte que la analogía de la situaciones ha valido a los individuos víctimas de las guerras civiles o de los disturbios internos, es decir a los propios ciudadanos de un Estado determinado, una protección jurídica que, aún no siendo tan vasta como la que se aplica a los ciudadanos extranjeros, asegure, sin embargo, un mínimo de trato humano".

Por su carácter de caridad, por su alcance de protección al ser humano, a la humanidad, se puede decir, como ya lo han insinuado varios autores, que el Derecho Internacional Humanitario es un derecho "suprainternacional", puesto que: en primer lugar, obliga a los Estados como sujetos de Derecho Internacional; en segundo lugar, a aquellos grupos beligerantes dentro de un conflicto sin carácter internacional, que no son sujetos de Derecho Internacional; y, finalmente, establece derechos en favor de personas que son objeto de la protección. Ya se ha dicho, igualmente, que se trata de una nueva concepción de Derecho, de un Derecho de la Humanidad, pues está destinado a defender la dignidad del ser humano.

III.— LOS PRINCIPIOS

Algo que es fundamental para el análisis de esta disciplina constituye el estudio de los principios que la inspiran.

"En el derecho de gentes se distinguen las reglas que son objeto de textos precisos, de un carácter obligatorio y en virtud de las cuales los estados están obligados a realizar o no algunos actos y los principios de los que se derivan estas reglas".

Los principios, como regla general, no son considerados parte del Derecho Internacional positivo, aunque están en plano superior al propio derecho ya que éste nace de aquellos.

Son esencialmente la razón de ser y objeto de los instrumentos internacionales. Generalmente están enunciados en los preámbulos que servirán como puntos de apoyo e inclusive de interpretación de las normas de cada instrumento.

Sin embargo, los Convenios de Ginebra no tienen preámbulo, de allí la universalidad de los mismos, esta circunstancia se dio con la finalidad de evitar aquello que pudiese haber ocasionado conflicto de ideas que a la postre habría impedido la suscripción de los Convenios. "El alcance universal de los Convenios de Ginebra tenía tal importancia que convenía cuidarlo, dejando para ello a cada firmante la tarea de formular por sí mismos y de conformidad con sus preferencias ideológicas, los principios del convenio. Lo esencial era establecer reglas comunes de ellos, que ligaran efectivamente y de la misma forma a todas las naciones entre sí".

Los principios del Derecho Internacional Humanitario se encuentran distribuidos en gran número de normas de los Convenios, en todas aquellas que están específicamente vinculadas a las nociones básicas para modelar el espíritu de la protección humanitaria.

Estos principios aparecen realmente como prescripciones "de principios", adaptadas en fórmulas relativas a "en cuanto sea posible", "en todas las circunstancias posibles", "si lo juzga necesario", "se esforzarán por".

De este modo, en su mayoría, las disposiciones que aparecen como artículos comunes a los cuatro Convenios tienen valor de principio. Se puede considerar que son una especie de preámbulos, porque están al inicio de cada Convenio y marcan una terminología única para cada categoría de protección humanitaria.

En el Artículo 1º se dispone que: "Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y hacer respetar el presente Convenio en todas circunstancias". Se trata de un compromiso solidario de observar el cumplimiento de las normas humanitarias por el país parte, e intervenir para procurar que los que no cumplan lo hagan.

El Artículo 2º se refiere al ámbito de aplicación, es decir, que los Convenios serán aplicados en tiempo de guerra, con exclusiva referencia a la guerra internacional, y estipula que: "si una de las Potencias contendientes no es parte del Convenio, las Potencias que son partes en el mismo quedarán sin embargo obligadas por él de sus relaciones recíprocas. Estarán además obligados por el Convenio respecto a dicha Potencia, en tanto que ésta acepte y aplique sus disposiciones". Con este texto se elimina la cláusula "si omnes", consagrada en el Derecho de La Haya, por medio de la cual no se encontraba obligado el Estado que no sea parte del Convenio, prevaleciendo, esto sí, el interés humanitario de todos.

Los Convenios de 1949 no han previsto una amplia normativa sobre las relaciones de los estados respecto de sus propios ciudadanos, excepto la mención hecha por el Artículo 3º, común a los cuatro convenios, mediante el cual, para el caso de guerra civil, o de incidentes internos en los Estados, "un mínimo de trato humano es garantizado a los detenidos". Añade que "las partes en conflicto" "se esforzarán" por poner en vigor, por medio de acuerdos especiales, todo o parte de las demás disposiciones del Convenio, mientras que un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, "podrá" ofrecer sus servicios". El valor de principio de esta disposición le da su carácter general. De acuerdo con los expertos, "el respeto de los principios humanitarios no se impone solamente a los Gobiernos sino también a todas las personas que se encuentran mezcladas a los disturbios interiores". Esta regla es un enunciado de principio de humanidad.

Sin embargo, como veremos más adelante, el ámbito de acción del Derecho Internacional Humanitario aplicable a los conflictos sin carácter internacional fue ampliado y regulado concretamente por el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra, suscrito en 1977. Y, como regla general, se puede añadir que la Cruz Roja ha tratado por todos los medios, en el curso de cada conflicto interno, que los beligerantes, guerrilleros y combatientes en lucha con su propio Estado, se comprometan a conformarse y adaptar a sus comportamientos los principios de los Convenios, y la posibilidad de su permanente asistencia.

Por otro lado, los artículos 4, 5 y 6 contienen disposiciones relativas a lo que debe entenderse como personas protegidas, a la aplicación del Convenio por las Potencias neutrales y a la conclusión eventual de acuerdos especiales entre los beligerantes para precisar o ampliar, en caso de necesidad, algunas cláusulas. Tienen carácter técnico sin enunciar principios.

En el Art. 7 está contemplado el principio de inalienabilidad de derechos de las personas protegidas. En este sentido, los Convenios de Ginebra tienen por objeto proteger a las víctimas de los conflictos armados y, consecuentemente, es importante ubicar a estas personas, en la medida de lo posible, fuera del amparo de las presiones que puedan ejercer sobre ellas, por parte de la Potencia detenedora u otras, para forzarlas a renunciar a sus derechos esenciales a su condición.

En otra parte de los textos, se encuentra la norma mediante la cual los Convenios serán aplicados "con el concurso y bajo el control de las Potencias Protectoras", es decir, de los Estados neutrales encargados de la salvaguardia de los intereses de las Potencias beligerantes en territorio enemigo. Las Potencias Protectoras ejercen, dentro del Derecho Internacional, una labor por demás importante y necesaria como se puede colegir del enunciado de su cometido dentro de los conflictos armados; inclusive como complemento y apoyo de la actividad general que deba ejercer la Cruz Roja. Ambos pueden coincidir en labores conjuntas y colaborar mutuamente, por lo tanto se complementan.

Aparte de los artículos introductorios o iniciales, comunes a los cuatro Convenios, existen otros, igualmente comunes, pero dispersos en los textos, y que también tienen la fuerza de principios, o los definen, siendo éstos, fundamentalmente, los que se refieren a las represalias y a las sanciones penales.

La prohibición de las represalias se refiere concretamente a la norma mediante la cual éstas no pueden ser ejercidas contra las personas. Por ello, se establece que no pueden ser maltratados los prisioneros de guerra para responder a las violaciones del Convenio cometidas por el enemigo.

En lo relativo a las sanciones penales, las disposiciones "dan comienzo en cierto modo, a un derecho penal internacional, convirtiendo para ello en crímenes internacionales las infracciones que, en el lenguaje corriente, son designadas frecuentemente con la denominación de "crímenes de guerra".

Estos artículos forman ante la conciencia internacional el cuadro de las "infracciones graves", violaciones que, si no tuvieran castigo, significarían la degradación de la personalidad y la supresión del concepto de humanidad. "Las infracciones graves son las que implican algunos de los actos siguientes, si son cometidos contra las personas o bienes protegidos por el Convenio: homicidio internacional, tortura o tratos inhumanos, incluso las experiencias biológicas, el causar de propósito grandes sufrimientos o realizar atentados graves a la integridad física o a la salud, las deportaciones y traslados ilegales, la detención ilegítima, coaccionar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o privarla de su derecho a ser juzgada normal e imparcialmente según las estipulaciones del Convenio, la toma de rehén, la destrucción y apropiación de bienes no justificados por necesidades militares y ejecutadas en gran escala de modo ilícito y arbitrario".

De esta manera, a la luz de los textos de los Convenios y del análisis filosófico de la materia y tomando en cuenta la opinión de los estudiosos del Derecho Internacional Humanitario se puede concluir que los principios iniciales del Derecho Internacional Humanitario son dos: el Principio de Necesidad y el Principio de Humanidad. El primero, mediante el cual el mantenimiento del orden público legitima el empleo de la coerción, el estado de guerra justifica el recurso de la violencia; por medio del segundo, la humanidad requiere que se obre siempre en beneficio del ser humano. Estos dos bloques permiten el surgimiento del Principio del Derecho Humanitario, mediante el cual, "el respeto a la persona humana y su pleno desarrollo estarán garantizados en toda medida compatible con el orden público y, en periodo de guerra, con las exigencias militares".

Junto a esto es necesario simplemente enunciar que confluyen también en esta materia los principios que rigen a la Cruz Roja y ellos son: de humanidad, imparcialidad, neutralidad, independencia, voluntariedad, unidad y universalidad.

IV.— LOS CUATRO CONVENIOS

Ya en materia de la ley positiva del Derecho Internacional Humanitario, como se ha enunciado anteriormente, éste se concreta a los cuatro Convenios de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales de 1977. Todos, Instrumentos jurídicos suscritos en Ginebra bajo los auspicios del Comité Internacional de la Cruz Roja.

Los Convenios I y II tienen disposiciones casi similares, el primero se refiere al mejoramiento de la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña y el segundo a los heridos, enfermos y naufragos de las fuerzas armadas en el mar. Comprenden la protección de los combatientes, su tratamiento y cuidados cuando han pasado de la condición de soldados en combate, a individuos físicamente impedidos de continuarlo, y quienes, por esta circunstancia, necesitan asistencia médica. También contienen disposiciones para la búsqueda de heridos y enfermos en el campo de batalla, registro y transmisión de informes para identificar a las personas protegidas, cometido de la población como colaboradores de la asistencia, y actividad de los buques neutrales. Protección del personal y del material sanitarios, que comprende vehículos sanitarios, bienes muebles e inmuebles de las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja, aeronaves sanitarias, buques y, finalmente, protección de los barcos hospitales.

El Convenio III establece el Estatuto de los Prisioneros de Guerra. Dentro de este tema, "en el caso de conflictos internacionales, se trata de los miembros de las fuerzas armadas y de las milicias, los miembros de los movimientos de resistencia que posean al frente de ellos un jefe responsable, lleven abiertamente las armas y posean un distintivo y se conformen a las leyes y costumbres de la guerra, las personas civiles autorizadas para seguir a los ejércitos, los voluntarios en caso de levantamiento en masa", caerían dentro del Estatuto de Prisioneros de Guerra una vez que hayan depuesto las armas, como consecuencia de su captura.

El Convenio establece reglas específicas sobre los derechos y deberes de los prisioneros de guerra, su protección y trato, la vida en los campamentos y la repatriación.

Con respecto a los conflictos internos, el Estatuto de Prisioneros de Guerra, de acuerdo con el Convenio, parte, como hemos visto, del Artículo 3, común a los cuatro Convenios, mediante el cual se garantiza un mínimo de trato humano, a través de un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, que podrá ofrecer sus servicios a las partes contendientes.

En este contexto, el cometido de la Cruz Roja, en general, "en su calidad de intermediario neutral entre las Partes en conflicto", asume la tarea principal con la asistencia de las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja. Esta acción se ejerce principalmente en las siguientes áreas: visitas a los campos de prisioneros, registro de los prisioneros de guerra, transporte y distribución de socorros, asistencia a los detenidos en caso de conflictos internos. Evidentemente, la Cruz Roja ha contribuido en la tarea de humanizar el conflicto.

El cuarto Convenio se refiere a la protección de las personas civiles, poniendo límites a los beligerantes en la conducción de las hostilidades, estableciendo zonas de seguridad, hospitales civiles, la prestación de socorros, la protección de la infancia, un sistema para facilitar el intercambio de noticias familiares. Igualmente establece reglas para la protección del individuo, mediante el respeto de la persona humana, el régimen de los extranjeros en el territorio de una Parte en conflicto, el régimen de ocupación y la internación, como medida de seguridad.

Para las labores de la Conferencia Diplomática, que en 1977 concluyó los dos Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra, fueron de enorme utilidad varias resoluciones de las Naciones Unidas, para regular el respeto de los Derechos Humanos en los casos de conflicto armado, especialmente las relativas a: la protección de los periodistas en misión peligrosa, en las zonas de conflicto; principios básicos para la protección de la población civil; el napalm y otras armas incendiarias y todos los aspectos de su eventual empleo; asistencia y colaboración para localizar a las personas desaparecidas o muertas en los conflictos; protección a la mujer y al niño; armas incendiarias y otras armas convencionales determinadas, cuyo empleo puede ser objeto de prohibiciones o restricciones por razones humanitarias. A esta lista se podrían añadir muchas más.

Tal como se ha dicho anteriormente, el Protocolo I se refiere a los conflictos armados internacionales, mientras el II hace referencia a los conflictos armados sin carácter internacional.

El párrafo cuarto del Artículo primero del Protocolo I aporta significativamente a la materia al ampliar el campo de acción del Derecho Internacional Humanitario, pues dice que "comprenden los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas".

Desde entonces, ya no se puede negar el carácter internacional de la lucha de los pueblos que buscan su autodeterminación.

Otra novedad de los Protocolos constituyen las normas sobre métodos y medios de la guerra, pues se establece la prohibición del "empleo de armas, proyectiles y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios...", el empleo de métodos y medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o los que quepan prever que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural.

En cuanto al Estatuto de Prisioneros de Guerra, los Protocolos lo definen expresando "que todo combatiente que caiga en poder de una parte adversa, será prisionero de guerra".

El Protocolo II es un producto del Artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, que lo desarrolla y completa y dice que se aplicará en los conflictos armados que "se desarrollen en el territorio de una Alta Parte Contratante entre sus fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control total que les permita realizar operaciones sostenidas y aplicar el Protocolo".

Lo más significativo de la aprobación de los Protocolos es el hecho del reconocimiento, por parte de la comunidad internacional, sin equívocos, de la aplicación de los Convenios a las guerras de liberación, a las rebeliones, luchas internas, insurrecciones, revoluciones; y, en general, a las guerras civiles.

V.— CONCLUSION

Algunas reflexiones caben en estos momentos respecto de la relación que podía darse entre la guerrilla y el Derecho Internacional Humanitario, tema que, por lo demás, ya ha sido objeto de estudio por los expertos del Derecho Internacional Humanitario.

Por su carácter extraordinario y haciendo abstracción de la ley positiva, el Derecho Internacional Humanitario no puede limitarse a distinguir o establecer las clases de conflictos o la condición de protegidos, sino exclusivamente la calidad de seres humanos. De ahí que la evolución del Derecho Internacional Humanitario requerirá de un mecanismo de adaptación a toda circunstancia y lugar, y a toda situación en la cual esté en peligro la salvaguarda de la dignidad humana. A todo rincón de la tierra donde se combata y se requiera del oportuno socorro al hombre cautivo, inutilizado o inocente.

El Derecho Internacional Humanitario no puede concretarse a un conjunto de normas jurídico — filosóficas, sino marchar a la par con los fenómenos políticos y militares. Por eso, para el caso de la guerrilla, el Derecho Internacional Humanitario no debería concebirse desde un punto de vista estrictamente jurídico establecido por los reglamentos y métodos de los Convenios de Ginebra; pero, sí deberá, más que calificar, establecer una garantía general para el respeto y la protección de los derechos humanos fundamentales. Lo cual puede ser considerado para su evolución.

Se ha sugerido que para una mayor eficacia del Derecho Internacional Humanitario será necesario establecer un sistema de reciprocidad en la práctica de protección, no como monopolio de una de las partes, ni como factor para una escalada en las hostilidades, sino, como norma de comportamiento y tarea que involucre a cada responsable y a cada combatiente.

La opinión pública puede ser un factor que ayude a la mejor práctica de normas humanitarias en esta clase de conflictos, para canalizar mejor la desviación de los combates de aquellos sitios donde se encuentra

la población civil, y manteniendo la alerta sobre la suerte de los prisioneros, para evitar ejecuciones y torturas.

Sin embargo, aún hace falta adaptar jurídicamente el Derecho Internacional Humanitario al caso de la guerrilla, que es un fenómeno generalizado en estos días, y que no requiere de instituciones jurídicas complicadas que lo normen, sino, esencialmente, reglas sencillas cuya falta sea notoriamente una violación de los derechos elementales del hombre y en el cual exista una firme decisión política para llevarlo adelante y aplicarlo.

La premisa debería ser: no hay conflictos legítimos o ilegítimos, sino, tan sólo, víctimas a las que socorrer.

NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Manuel Badillo G.

Introducción:

El Estado es una persona moral de derecho público y como tal, tiene capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones.

Para obligarse, el Estado actúa y se obliga a través de los órganos facultados legalmente para ello.

En todas sus actividades, el Estado lleva a cabo el ejercicio de derechos y obligaciones de carácter patrimonial y dentro ellas, se encuentran los contratos que celebra con el fin de cumplir sus metas y objetivos.

Es característica distintiva de los contratos administrativos que, el Estado no actúe unilateralmente haciendo uso de su potestad de imperio; aquí se manifiesta su voluntad en un plano de igualdad con los particulares; el órgano público celebra los contratos con el fin de llevar a cabo las actividades que le interesan. Por lo tanto, si la oferta que presenta el Estado a la otra parte no le parece conveniente, ésta puede rechazar o no aceptar el contrato que se le ofrece.

Los contratos se celebran cuando el Estado no puede o no desea efectuar por sí mismo una actividad específica: construcción, adquisición de bienes, presentación de un servicio, etc., por lo cual solicita la colaboración de los particulares los mismos que concurren de manera voluntaria.

Los estados modernos en la actualidad cumplen gran cantidad de actividades, por lo que para satisfacer de manera más conveniente sus deberes para con la colectividad, deben apoyar su gestión en la celebración de contratos administrativos.

Entendemos por Estado: "la sociedad política autónoma acentuada permanentemente sobre un territorio propio, dirigido por una estructu-

ra jurídica de gobierno que decide en última instancia y cuyo fin es el bien común temporal". (1)

El Estado, al no alcanzar a cubrir todas las áreas de competencia que le corresponden, debe acudir a entes descentralizados y autónomos —autárquicos— a quienes encarga parte de sus funciones, y estos a su vez, para un cabal cumplimiento de las mismas, celebran con los particulares contratos con el fin de atender y cumplir de manera óptima sus objetivos.

Concepto

Martínez Vera, tratadista mexicano de Derecho Administrativo, sostiene que: "Los contratos administrativos pueden definirse como el acuerdo de voluntades entre un organismo público y otro o, entre un órgano público y una persona particular con el fin u objeto de crear o transferir derechos y obligaciones de carácter patrimonial y cuya elaboración y cumplimiento están sujetos a las leyes de interés público". (2).

En último término la razón de la celebración de los contratos administrativos es la satisfacción de alguna necesidad de interés social.

Los criterios son divergentes en cuanto se refiere a determinar su naturaleza, algunos autores afirman que el contrato administrativo existe solamente cuando en él intervienen exclusivamente instituciones públicas, y que el contrato es civil en cambio, si en el mismo intervienen particulares.

Este es sin duda, un criterio sumamente subjetivo y equivocado; porque limita la eficacia del contrato a la simple participación de los sujetos.

Debemos entender que la diferencia básica y que determina la naturaleza propia del contrato administrativo, se encuentra en la legislación aplicable al mismo primero y en segundo lugar, en el objeto del contrato.

De acuerdo a lo anotado, serán contratos administrativos, aquellos con los cuales se está persiguiendo un beneficio colectivo, un servicio a la comunidad relacionado directamente con el ejercicio de las atribuciones del Estado. En tanto, que, el contrato será civil, o contrato de la administración si interviniendo un particular en su celebración, el mismo, no cumple con los requisitos arriba mencionados.

(1) Julio Tobar Donoso, Elementos de Ciencia Política, Ediciones Universidad Católica, Quito, 1981.

(2) Rogelio Martínez Vera, Nociones de Derecho Administrativo, Ediciones Banca y Comercio, México, 1978.

Un hecho que hay que destacar, es que, todos los contratos que celebra el Estado, administrativos o civiles —de la administración—, se caracterizan por la diferencia o desigualdad de intereses que existen entre la administración y los particulares que intervienen como partes de los mismos.

Elementos y régimen jurídico de los contratos.

A pesar de la disparidad de opiniones existentes entre los tratadistas, es casi coincidente la enumeración relativa a los elementos del contrato administrativo, entre los que se mencionan más frecuentemente los siguientes: a.— Los sujetos; b.— El consentimiento; c.— El objeto; d.— La forma; y, e.— La causa.

a.— Los sujetos

Son los individuos o personas determinadas, susceptibles de derechos y obligaciones. Por excelencia, la persona, sea humana o física, jurídica o colectiva.

En los contratos administrativos, a igual que en toda relación de este tipo, intervienen dos sujetos: la institución pública, dentro del ámbito de su competencia que le otorga la ley y el particular que debe tener la capacidad legal para poder obligarse.

La competencia de las instituciones públicas para contratar emana de la Constitución Política, como ley fundamental de la República y de la ley de creación en el caso de aquellas entidades que gozan de personería jurídica, sin desconocer, por supuesto, el alcance de las demás leyes conexas.

En cambio, la capacidad legal para obligarse del particular la regula el Código Civil, que en su artículo 1488, establece que: "Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

1.— Que sea legalmente capaz...", y el artículo 1489 agrega: "Toda persona es legalmente capaz, excepto la que la ley declare incapaces".

En consecuencia por lo dispuesto en la ley precitada, basta que una persona esté en goce de su capacidad jurídica de ejercicio para que pueda contratar con el Estado.

b.— El consentimiento

Establecido la legislación civil, se conceptúa, como la manifestación de la voluntad conforme entre la oferta y la aceptación, o el acuerdo de dos o más voluntades sobre un mismo asunto.

La manifestación de la voluntad del Estado, o de cualquiera de sus órganos administrativos, a través de los cuales ejerce su actividad, se sujeta a la ley y a los requisitos que ésta le impone; si no se cumplen los mandatos legales la voluntad de la administración estaría viciada y ello acarrearía la invalidez del contrato y posteriormente su nulidad.

En todos los casos la voluntad de la administración debe ser dada de manera expresa.

Los particulares pueden expresar su sentimiento en cualquiera de las formas señaladas en la legislación civil, y de una forma pura y simple.

c.— El objeto

En nuestro Código Civil se entiende por objeto, de conformidad al artículo 1481, el cumplimiento de una prestación que puede consistir en dar, hacer o no hacer una cosa.

El objeto del contrato administrativo, se da como una prestación de utilidad pública sujeto al modo y condiciones establecidas por la administración. El fin primordial está dado por el cumplimiento del objeto que se contrata, para satisfacer una necesidad de orden público.

En la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas vigente, se citan varios objetos que pueden ser causa directa de la relación contractual: la construcción de una obra determinada, la prestación de un servicio, la adquisición de bienes, etc.

d.— La forma

En el ámbito civil generalmente los contratos se perfeccionan por simple acuerdo de las partes y en caso de que se exijan formalidades de algún tipo esencial para su validez, éstas se dan con la correcta actuación de las partes, sometidas a las disposiciones del Código Civil.

En cambio, en materia administrativa, el contrato no existe, no ha nacido a la vida jurídica si no se cumplen todos los requisitos legales de existencia previstos en la ley; en su totalidad los contratos administrativos deben celebrarse por escrito, sean licitados, concursados, o no.

e.— La causa

Se debe entender como el motivo, la razón que indujo a las partes a la celebración del contrato; es plenamente justificado y lógico que ella sea diferente entre el particular y el órgano administrativo.

El particular, busca su beneficio propio, el lucro; mientras que el órgano administrativo, las instituciones públicas en general tratan de satisfacer las necesidades colectivas sin que importe su costo; puesto que el bien social que generan es lo primordial.

LAS CLAUSULAS EXORBITANTES

Un principio rector en las relaciones contractuales entre los particulares es aquel que, establece que: "el contrato es la ley para las partes". Artículo 1588 Código Civil.

Las obligaciones y derechos de los contratistas originadas en el contrato jurídicamente reciben el nombre de cláusulas, cuyo cumplimiento no puede quedar al libre arbitrio de una de las partes y para modificarlas se requiere de un acuerdo previo de voluntades.

Sin embargo en los contratos administrativos, están en juego el interés particular y el interés de la colectividad; y siendo este segundo de suma importancia, el Estado, sí puede unilateralmente alterar el contenido de las cláusulas del contrato, pero si el particular no se encuentra de acuerdo con ellas, podrá solicitar la resolución del mismo, e inclusive deberá ser indemnizado, en los casos que sea procedente.

La reforma no podrá darse en relación a aspectos sustanciales de los contratos, ni mucho menos referirse a los contratos licitados o concursados, por prohibirlo expresamente el artículo 29 de la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas que, señala que: "Toda reforma sustancial a las bases de la licitación dará lugar a una nueva licitación".

Toda alternación unilateral de las cláusulas del contrato, por parte de la institución pública, se hará mediante las denominadas "órdenes de cambio" que, son necesarias para la modificación de rubros que únicamente se refieren a aspectos de detalle en la construcción de la obra, por lo tanto no se puede establecer que bastará para introducir alteraciones de otra naturaleza. Para que tengan lugar, deberán mencionarse en el contrato respectivo.

Para modificar o alterar rubros que impliquen cambios sustanciales referentes a lo señalado en el contrato, será necesario que se realice el respectivo contrato complementario, modificatorio o ampliatorio, de conformidad con lo establecido en el artículo 11 de la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas". (3).

No obstante el órgano público no será forzado en ningún caso a llevar a la conclusión final un contrato cuando el mismo afecte el interés general y su cumplimiento implique un grave sacrificio social.

Por otro lado, el órgano público, no podrá obligarse de manera distinta a lo previsto en la ley, como ya lo indicamos anteriormente; y mucho menos se situará en la situación de desventaja frente a los particulares, de hacerlo ese contrato desde luego se entenderá viciado de nulidad.

(3) Procurador General del Estado, Informe de Labores, Quito, 1983

El Estado y los órganos del poder público en base de su poder de imperio son quienes imponen siempre los límites en que se ha de desarrollar los términos de la contratación y es aquí, donde hace prevalecer el interés de la comunidad y surgen las denominadas cláusulas exorbitantes.

Concepto

Cláusula en su significación más general, se entiende como la disposición particular que forma parte de un convenio, tratado, convención, etc.

Exorbitante es todo aquello que supera un límite u orden regular.

Contractualmente, las cláusulas exorbitantes son aquellas que de manera unilateral rompen la igualdad de las partes al facultar a la administración pública, de manera exclusiva, para tomar decisiones a su favor.

Para Gustavo Penagos, la existencia de las cláusulas exorbitantes, se da como una manifestación permanente del "Poder Público", en virtud de la valoración que tiene el interés social en la vida de un Estado. Igual opinión sustenta el tratadista argentino, José Canasí, quien afirma que es necesario reconocer a la administración la facultad de modificar el contrato, el nombre del interés general; y como consecuencia, el pago justo y equitativo, el particular, de una justa compensación.

Lamprea, sostiene en cambio que, las cláusulas exorbitantes son aquellas que se consideraría inusitadas en relaciones particulares, porque confiere atribuciones contractuales excesivas a una de las partes contratantes frente a la otra.

Mas, en relación a la administración pública son necesarias, ya que reiteramos nuevamente el interés público prima sobre el de los particulares.

Las cláusulas exorbitantes existentes en la legislación ecuatoriana, se refieren:

1º.— A la terminación unilateral de los contratos.

La terminación unilateral de los contratos, se estipula únicamente a favor de la administración; el artículo 51 de la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas, establece que: "En los contratos de obras y servicios en caso de retardo o incumplimiento total o parcial por parte del contratista, el Estado o las instituciones a las que se refiere el Art. 1, podrán dar por terminado anticipada y unilateralmente el contrato, y proceder previa liquidación contable, a una nueva contratación sujetándose a esta Ley...."

Es criterio de la Procuraduría General del Estado, que la terminación unilateral a la que se refiere el artículo citado, es aplicable respecto de los contratos de construcción de obras y prestación de servicios, exclusi-

vamente; en relación a los contratos de adquisición de bienes será aplicable lo dispuesto en el artículo 1.532 del Código Civil, que prevee la existencia de la condición resolutoria, la misma que, va implícita en los contratos bilaterales. La resolución equivale a la manifestación de voluntad de una de las partes de dar por terminado un contrato cuando el otro obligado no cumple con lo que le incumbe.

La Procuraduría General del Estado, admite la terminación unilateral de este tipo de contratos, cuando en los mismos existen cláusula expresa al respecto.

Es mi opinión particular, que la terminación unilateral puede declararse en relación de todo tipo de contrato, sin excepción alguna, puesto que la manifestación del poder del Estado, se da como un privilegio propio e inherente de la administración, quien está facultada a declarar su voluntad, sin necesidad de acudir al Juez, y por lo tanto, está dentro de la esfera de su competencia:

- Calificar la causal de terminación;
- Declarar la terminación;
- Determinar los efectos de la terminación;
- Exigir del particular el cumplimiento de la carga que se le impone. Esto mediante el procedimiento coactivo. Por lo que la administración puede darles a las obligaciones a su favor, por su sola decisión, el carácter de actualmente exigibles.

Doctrinariamente la declaración unilateral de terminación del contrato, se asimila a la caducidad que produce la ineficacia de un acto o contrato, al no haberse cumplido el mismo dentro de los plazos previstos o determinados para ello.

2º.— A las garantías

En el Capítulo II de la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas, se establece la exigencia, y como requisito indispensable para la celebración de cualquier contrato con el Estado o instituciones públicas la presentación de las correspondientes garantías; al respecto el Art. 13 de la citada ley anota: "Las personas que contraten con el Estado... rendirán una de las siguientes garantías..."; y el Art. 14 agrega: "En los contratos de obras y servicios... retendrá el cinco por ciento de los pagos que hiciere por cuenta del contrato".

Esto significa que en todos los contratos es necesario estipular garantías y mantenerlas vigentes durante todo el tiempo de duración del contrato, es decir, desde la fecha de suscripción del mismo, hasta la recepción definitiva. En los contratos cuyo monto no sea muy elevado para garantizar el fiel cumplimiento de los mismos, se puede aceptar una de las garan-

ías estipuladas en el artículo 2 del Reglamento de Registro de Garantías e incumplimientos de Contratos.

3º.— Otras cláusulas exorbitantes

Podemos citar, entre otras cláusulas exorbitantes que tienen un sentido estrictamente contractual, ya que las instituciones dentro de las cuales se contemplan son eminentemente de carácter civil; las siguientes:

a.— La resciliación

Esta institución, reconocida doctrinariamente, por el derecho francés, especialmente, ha sido acogida por la Procuraduría General del Estado que, la ha difundido a nivel general, para que se aplique como la manera más idónea de dar por terminado los contratos mediante un acuerdo formal entre el órgano o institución pública contratante y el contratista, cuando han existido imprevistos insuperables que comprometen el cabal cumplimiento del contrato, (fuerza mayor, caso fortuito), etc. De esta forma se evita todo el perjuicio al órgano o institución pública, cuanto a los particulares, y con ello se precautela el bien colectivo.

Esta institución, se asimila a la establecida en el artículo 1610 número 1 del Código Civil que, dice: "Las obligaciones se extinguen en todo o en parte:

1º.— Por convención de las partes interesadas, que sean capaces de disponer libremente de lo suyo;..."

b.— Las multas e indemnización por daños y perjuicios.

Multa es la pena o sanción pecuniaria que impone el contratante al contratista por el incumplimiento contractual en que incurre; se da como cláusula exorbitante a favor de la administración, por cuanto la misma se cobra de manera adicional a las garantías y a la indemnización de daños y perjuicios.

Las multas pueden estipularse en todo tiempo de contratos y se debe considerar como una sanción que impone la administración a los contratistas que dentro de los plazos establecidos en el contrato o las prórrogas autorizadas no cumplen con sus obligaciones; sin perjuicio de que se opte por la acción judicial correspondiente.

La acción judicial se iniciará de conformidad a lo estipulado en los artículos 17 de la Ley Orgánica del Ministerio Público y 58 de la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas. La misma se da con el fin de obtener la indemnización por daños y perjuicios, que de conformidad al artículo 1599 del Código Civil, comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

La indemnización por daños y perjuicios se da con el objeto de cubrir la pérdida, el mal causado a la administración.

Lamarque, citado por Lamprea, en su tratado de Contratos Administrativos, señala, que: "El carácter exorbitante no aparece siempre en forma objetiva; depende, en cierta medida, de consideraciones que parten de supuestos de apreciación subjetiva". Estos supuestos se refieren a la intención de la administración, o a los motivos que la animan. (4).

Podemos concluir afirmando que las cláusulas exorbitantes constituyen únicamente elementos suplementarios del contrato administrativo, de los cuales se valen los órganos o instituciones públicas con el fin de lograr una eficiente prestación de sus servicios y para la realización plena de sus metas que son servir y satisfacer el interés de la colectividad.

• BIBLIOGRAFIA CONSULTADA •

CANASI, José, DERECHO ADMINISTRATIVO, Volumen II, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1974

ESCOLA, Héctor, TRATADO INTEGRAL DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, Volumen I, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1977.

LAMPERA R. Pedro A., CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, Fondo de Cultura Jurídica, Bogotá, 1979

PENAGOS, Gustavo, CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Tomo II, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1982.

(4) Pedro A. Lamprea R., Contratos Administrativos, Fondo de Cultura Jurídica, Bogotá, 1979.

Discursos

POSESION DEL SR. MAURICIO MONTALVO

"ERITIS MIHI TESTES", seréis mis testigos, es el lema solemne bajo el cual el fundador Aurelio Espinosa Pólit amparaba a esta Universidad Católica, a través de esta su Facultad fundadora.

Y sería la misma cita bíblica que a modo de troquel sagrado la que inspiraría hace tiempo atrás a un puñado mínimo e idealista de compañeros a empeñar su condición de estudiantes, en testimonio de su FE, por una lucha de ilusión, de coraje, de dignidad, de reivindicación y por qué no decirlo, de alegría y esperanza, y por ello encontró su real expresión en el nombre que los identificó y guió: FUERZA ESTUDIANTIL Movimiento Libre Universitario.

Quizá, en toda la incertidumbre que guarda el quizá del alejamiento, el anhelo de ayer es hoy una realidad que el tiempo se encargará de perfeccionar, y los gestores de aquel momento están antes y sobre mí en este sitio. Si porque la FE fraguada entonces, en el compartir fraterno de discusiones y deliberaciones, templada en la adversidad de la incompreensión, la burla y el desprecio, atizada por los altibajos de las crisis y revitalizada por afinidad interior de un optimismo trascendente, esa FE, digo, no ha terminado aún su misión.

Este no es sino un peldaño más de todos aquellos propósitos que la engendraron y que ahora tienen una oportunidad mayor de efectivizarlos. Los pequeños hechos se hacen grandes cuando son obra de la sinceridad, la rectitud de nuestra trayectoria y de nuestra lucha diaria han de ser garantía del esfuerzo mayor que estamos deseosos de cumplir. Esta AED no es, no puede ser una meta, es simple escala de otras realizaciones mayores; en el tránsito de este año debemos difundir el ideal que nos abraza, ya no sólo a nosotros sino a los leales miembros de Alianza Estudiantil Democrática e Independencia.

Imposible resulta en estos momentos no recordar aquellos instantes iniciales, no evocar sus escenas y no asimilar las enseñanzas de este

encuentro vital donde el compartir transformó la amistad en hermandad. No es la oportunidad para reseñar aquello, ni el respeto por la mayoría de los presentes me lo permite, pero quienes participaron de esos momentos sabrán, con más exactitud que otros, lo que este acto significa para ellos, para la Facultad y para ese ideal.

Tanto más delicado para mí cuanto esta tribuna mereció, por sobra de méritos, a personas de la talla de un Iván Ayala o de un Roberto Ponce, a quienes menciono no por poco preciar a quienes efectivamente lo hicieron; al contrario, creo que al hacerlo estoy añadiendo una virtud más tanto a Rodrigo Jijón como a Carlos Larreátegui, ilustres predecesores míos.

A despecho de esto, en honor a aquellos primeros arrestos de novatos, en la proyección imborrable de esas expresiones augurales, no puedo dejar de señalar mi convicción inalterable en los postulados que caracterizan a FUERZA ESTUDIANTIL y que sin ser gobierno, con el aporte enriquecedor de otras agrupaciones, se han impuesto en toda la Facultad y hoy son símbolo de ésta: la excelencia académica y la extensión social comprometida, la independencia del movimiento estudiantil, la conciencia universitaria netamente estudiantil, la praxis política de altura, una Facultad donde el llamarse cristiano ha dejado de ser un tabú y el abordar los temas religiosos ya no es tema de espanto, y en tantas otras manifestaciones que se sintetizarían en las palabras de un amigo del FADE en el lanzamiento de RUPTURA, cuando nos invitaba a cultivar las virtudes del Espíritu: a ti Juan David, flamante representante a Junta de Facultad, y a todos, reconocámoslo, la FE, con el amor, son precisamente las más altas virtudes del Espíritu.

Lo dije antes y hoy lo repito: la verdadera Fuerza Estudiantil está en la unidad de todos los estudiantes. A partir de ello no es aventurado afirmar que la actual AED no es de tal o cual grupo, ni que está representada por estas o aquellas personas, no. Esta AED pertenece, en afortunada cuña de Alianza Estudiantil Democrática, a todos los estudiantes de la Facultad; a todos aquellos que se han vinculado en esos intereses comunes, cuya defensa reclama su concurso mancomunado y desinteresado; en esas aspiraciones compartidas cuya conquista requiere la participación activa de todos los movimientos estudiantiles, y finalmente, en esas exigencias, que por justas y urgentes, son universales y no pueden prestarse al juego del abandonamiento político.

En esta oportunidad me permito insistir en los delicados y graves que son los problemas de esta Facultad como para darnos el lujo de permitir entronizar la competencia y el egoísmo ahí donde debe reinar la cooperación, el diálogo y el aporte crítico. La solidaridad estudiantil no puede ser un fracaso, esquivando personalismos partidistas, debemos compactarnos en torno de ese ideal común: la construcción de una Facultad mejor.

A una Universidad le es consustancial el respeto y la tolerancia al pensamiento ajeno, la idea distinta no puede ser óbice para la consecución de esos logros comunes que la hora presente nos impone. La cultura y

la caballerosidad no quitan énfasis a nuestros planteamientos, al contrario los enaltecen y vigorizan; por ello no entiendo cómo una labor administrativa que siempre he reconocido en la directiva que fenece se haya empequeñecido y empañado con la dilatoria injustificada y de poco válida explicación del acto que hoy celebramos.

Sin embargo, siempre he pensado que en la obra de la evolución humana, así como las buenas intenciones no deben ser entorpecidas el esfuerzo bien encaminado de unos no debe ser destruido por otros, sino más bien aplaudido y continuado por los que los que les suceden.

En ese sentido, empeño mi palabra que así será y recojo las palabras, en el debate electoral, de mi amigo José Valencia para incluir al FA-DE en la tarea propuesta por la plataforma unitaria de Alianza Estudiantil Democrática. Fuerza Estudiantil e Independencia, para que agrupados en una comunión leal, estrecha y eficaz, desarrollar los factores que pueden y deben unirnos, y vincularnos por la esencia vital e indestructible de la comunidad de aspiraciones y de la similitud de reivindicaciones. Realicemos esta obra obra selectiva, impostergable y costosa, acogiendo cuanto de nuevo se presente y pueda ser simiente fértil de alguna generosa realización y conservemos cuanto sea digno de sobrevivir en este perpetuo perfeccionamiento que constituye la existencia de la PUCE.

Aparte de todas las vicisitudes formales y administrativas, del quehacer diario que desenvuelve esta Facultad nuestra mirada se dirige hoy con más énfasis que nunca, hacia un punto medular de su existencia: la elevación de su nivel académico, las "urgencias académicas de la Facultad" como brillantemente las definió nuestro Decano en su discurso de posesión y que su antecesor, Dr. Albán, tanto ponderó.

No es posible que sigamos engañándonos y engañando a las futuras generaciones con estudios la más de las veces insustanciales y de menor formalismo; la PUCE no puede seguir otorgando títulos sin el efectivo respaldo de un conocimiento sólido, el doctorado debe ser el resultado del convencimiento que tenga la Facultad de Derecho de la debida instrucción, preparación, erudición y moralidad del titulado.

Y para ello es indispensable que a la Facultad le conste, no sólo la aprobación curricular de tales o cuales materias, sino ante todo, la criticidad, la versación y el compromiso del aspirante.

Pareciera que las palabras de Saúl Alejandro Taborda, una de las personalidades más interesantes de la Reforma Universitaria Argentina, cobrasen un valor profético. Dice Taborda: "De aquí que las universidades hayan sido y continúan siendo el lastre más gravoso, el peso muerto más injusto que los pueblos arrastran a remolque en la corriente de su Historia. De aquí que las Facultades de Derecho, a las que corresponde aludir en primer término, desde que son las que fijan el contenido social de los altos institutos, mientras sigan la orientación que ahora siguen, no podrán nunca llenar otra función que la de proveedores al por mayor de parásitos para el presupuesto; de caudillos para los turbios manejos de los partidos

de la derecha, del centro y de la izquierda; de hueros verbalistas para los congresos legislativos; de medianías doctoradas para la cátedra, para la magistratura y para el foro".

Duras expresiones, y crudas si es que fatalmente se terminan aplicando a nuestro medio. Para que ello no suceda debemos confluir en las reivindicaciones comunes a toda la Facultad —incluidos docentes y educandos— y que fueran delineados por el Dr. Zambrano en el discurso aludido para sintetizarlo en una expresión: "EL PLAN MAESTRO DE LA REFORMA".

Si es que coadyuvamos a plasmar este anhelo habremos justificado nuestra presencia aquí y en la AED. Forjemos esta reforma en un plano de más absoluto pluralismo, con la participación amplia, meditada, medida y concienzuda de todos los estamentos, y en un clima lo suficientemente reflexivo para que en él no tengan cabida ni la inmovilidad medrosa, huraña y reaccionaria que puerilmente teme a todo lo que es renovación por débil que ésta resulte, ni el afán destructivo atropellado e infructuoso que confunde innovación con snobismo, ni tampoco el burdo traslado, copiado acríticamente, de un sistema extranjero.

Dentro del Plan Maestro, la investigación ocupará necesariamente papel primordial. A través de ella una Universidad no será ni carga ni estorbo y justificará su inclusión en la sociedad. Ciertamente, su implementación hasta hoy postergada, no puede marginarse más y en este punto recibo entusiasta y agradecido el interesante proyecto del FADE.

La Reforma, pues, involucra a todos, y se refiere no sólo al pensum; nada habremos ganado si exteriormente logramos un plan de estudios magnífico pero por dentro no hemos conseguido mejorarnos. Precisamos de estudiantes y profesores a tiempo completo, con vocación de maestros éstos, con afán de conocimiento aquellos. Así podremos desarrollar un proyecto de estudios integral; capaz de consolidar la suficiencia académica, la investigación científica, la actividad paradocente y la extensión universitaria en un todo orgánico, medular y comprometido; digno de expresar en su quehacer social, lo que es una Facultad de Derecho en una Universidad Católica.

Adicionalmente resalto los planteamientos dados desde diversos sectores, respecto a la enseñanza jurídica; en la armonización y contemporización de todo pues encontraremos los lineamientos básicos de la acción a seguirse. Sólo me permito hacer hincapié en dos pilares de nuestra labor futura: la evaluación de los docentes y la extensión universitaria.

Los estudiantes, bien lo saben los profesores, distinguimos aunque no infalible, sí acertadamente, al maestro del simple pasante que repite un texto, una ley o que con desgano divaga para matar a todo trance la hora de clase. Esto no puede seguir así, el profesor es un orientador y un director de la vida intelectual del estudiante; un detrimento de su misión sagrada de educar —que no es sólo informar— se viene enraizando una rutina abstraída en prácticas y doctrinas anodinas. Y con esto no exoneramos de

culpa a los alumnos que muchas veces actuamos con peor displicencia, irrespeto e irresponsabilidad. Sin embargo, este no es momento de encontrar culpables; tal vez las causas del mal no son extrañas y se encuentran en el sistema mismo. Mejor así porque el llamado anterior que hice a mis compañeros, a un trabajo mancomunado y sincero, lo extiendo ahora a nombre de sus discípulos y con la franqueza de mi corazón, a vosotros maestros, para juntos enarbolar altivos la bandera de una Facultad auténticamente fraterna, solidaria y, por supuesto, también jurídica, conforme a Derecho.

Recíbase, por tanto, la evaluación no como una tacha, ni como un obsequio de mal agradecidos; téngasela como instrumento de ayuda, mejoramiento y colaboración.

Además, esta no puede venir sola. Es urgente la Capacitación Pedagógica de los docentes, y como paso menor aunque más directo y accesible: la sugerencia, el consejo, la inquietud y a veces el reclamo de los propios educandos. Dialoguemos entre nosotros, que cada cátedra sea fuente de discusión y participación amistosa. Creo que sólo así la evaluación de profesores hallará una generación que la sepa merecer y abrigo la esperanza de que quienes la conquisten, la afirmarán no como licencia demoleadora, sino como acción creadora.

La Universidad si quiere dejar de ser un parásito y una despreciable reproductora de pseudo — profesionales, debe abrirse a la sociedad como la flor al sol que la alimentó. No basta que el perfeccionamiento interior y la excelencia académica se desarrollen y mantengan dentro de estos muros; nuestro afán y laboriosidad deben irradiarse a la sociedad que nos ha modelado para exigirnos. La labor de los consultorios gratuitos es digna de todo aplauso y es imperiosa su vigorización; en la misma hallaremos el impulso a otras labores de extensión que necesariamente deben venir y nosotros asumir responsablemente. En esta tarea confluyen el aprendizaje práctico, la aplicación del conocimiento adquirido y sobre todo la solidaridad humana.

Además, para esta Facultad es inaplazable que inicie y refuerce la conexión con las otras Facultades análogas, con las otras casas universitarias y con todos aquellos elementos e instituciones que ejercitan sus ocupaciones afines. Pero, por sobre todo, que mantenga, por virtud y fundación, su papel estelar en esta Universidad, asumiendo los problemas y las defensas de ésta como obligación propia e irrenunciable.

Para terminar quiero expresar mi agradecimiento sincero a todos los estudiantes que han depositado su confianza en nosotros; a los compañeros que han manifestado su apoyo de uno u otro modo; a los miembros de Alianza Estudiantil Democrática e Independencia, en especial a aquellos que me han dado verdadero ejemplo de compañerismo; a los compañeros de lista y quienes la hicieron posible, y en fin, a todos quienes permiten un convivir auténticamente democrático dentro de estos claustros.

Pero queden advertidos que este gracias suena a demanda de responsabilidad y trabajo, porque de lo contrario lo que hoy hemos conseguido se puede convertir en penosa afrenta a la Historia y execrable vergüenza frente al futuro.

Para Fuerza Estudiantil —Movimiento Libre Universitario, no hay agradecimiento; en esta palestra, repito, están ustedes y yo soy su indigno portavoz. Ustedes, y quien sabe si algunos más, que les anima una visión trascendente de la vida y del mundo sabrán encontrar el verdadero gracias en ese más allá, donde yo alguna vez también espero encontrarlo.

Finalmente, Doctor Zambrano, acogo su invitación cordial, a nombre de los estudiantes de Derecho le garantizo que laboraremos por los altos intereses y fines de esta Facultad para que siga siendo, y con ella la Universidad Católica toda, la pionera en el país.

Concluyo, como lo hizo Jaime Roldós Aguilera en su posesión:

"DIOS GUIE NUESTROS PASOS"

Quito, 19 de diciembre de 1983

PRESENCIA DE JULIO TOBAR DONOSO EN LA UNIVERSIDAD CATOLICA

Discurso pronunciado por Iñigo Salvador Crespo, en la sesión solemne en homenaje al Dr. Julio Tobar Donoso, en el nonagésimo aniversario de su nacimiento. (Quito 25 de enero de 1984, Aula Magna de la Facultad de Jurisprudencia de la P.U.C.E.)

Este es el homenaje más justo y merecido que la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, por feliz y unánime iniciativa del Directorio de su Asociación de Estudiantes, podía ofrecer a la memoria de su fundador y Decano Emérito, Dr. Julio Tobar Donoso, en el nonagésimo aniversario de su nacimiento.

De los merecimientos del Dr. Tobar Donoso es, a más de su virtud, su amor a la juventud el que más descuella. El y su entrañable amigo, el Padre Aurelio Espinosa Pólit, hicieron posible que hoy la universidad en la que nos formamos lidere a las demás del país, no sólo en excelencia académica —que es lo más importante— sino también en infraestructura física, organización y disciplina.

En tiempos en que el sectarismo antirreligioso luchaba contra todo lo que representa fe católica, estos dos hombres, con el apoyo de Monseñor Carlos María de la Torre y la colaboración imprescindible del entonces Presidente de la República, Dr. José María Velasco Ibarra, emprendieron una empresa difícil pero prometedora.

Tobar Donoso coadyuvó a la fundación de una universidad distinta a las entonces existentes. Se distinguía en que era privada pero, sobre todo, por su carácter católico.

Una universidad confesional en esa época de anticlericalismo casi aberrante significó a la vez un imperativo y un reto. Su necesidad estaba fundamentada en la ausencia de una opción para centenares de jóvenes ávidos de obtener una profesión bajo la sabia guía de la Iglesia. Su riesgo consistía en la posibilidad de institucionalización del apelativo católico y su consiguiente desvirtuación.

Tal riesgo, sin embargo, no se dejó vislumbrar sino hasta los últimos lustros.

Ante las crecientes y cada vez más definidas diferencias sociales, el calificativo "católico" fue adquiriendo un nuevo matiz; no que la necesidad de formar profesionales inspirados por el espíritu cristiano hubiera dejado de ser el fin primordial de la universidad, sino que su proyección social, en lugar de limitarse a ser post—académica —a través del contingente aportado por los alumnos después de haberse graduado en ella— exigía ser simultánea a la formación de ellos.

El calificativo "católico", en su acepción de amor al prójimo y bienaventuranza al sufriente, exigía un compromiso cada vez más decidido de la universidad hacia la desalentadora realidad social del país; un compromiso con tintes políticos que de ninguna manera debía ser eludido por temor a rebasar su función aparentemente sólo académica.

Esa falta de determinación en un momento neurálgico fue lo que involuntariamente provocó la inmiscusión en esta *alma mater* de ideologías del todo ajenas a la doctrina del amor, por sí misma capaz y suficiente de equipar cualquier desequilibrio social. Tendencias materialistas, abandonadas y monopolizadoras de reivindicaciones clasistas, cobijadas por la violencia y el rencor, que fueron, no sin razón, acogidas por una juventud tradicionalmente ansiosa de hacer el bien, aquí y ahora.

La situación continúa hasta nuestros días y la labor iniciada por el Dr. Julio Tobar Donoso, está en ese ámbito, inconclusa todavía.

Tobar Donoso sustentó, en la teoría y en la práctica, la necesidad de que el cristiano tome parte activa y cabal en la política, entendida ésta como apostolado al servicio de los demás y no como oportunismo en propio beneficio. Así nos lo da a entender al plantear la interrogante "existe una política cristiana?" en sus "Elementos de Ciencia Política", fruto de su docencia sobre esta materia en la Facultad de Jurisprudencia.

La doctrina cristiana, por su innegable esencia de amor al hombre, debe inspirar a sus seguidores la adopción de posiciones decididas en la búsqueda del bien común. "La mejor manera de llegar a una política auténticamente humana es fomentar el sentido interior de la justicia, la benevolencia" y el servicio a los hombres a fin de que alcancen con mayor plenitud y facilidad su propia perfección.

Ante tal compromiso, es obligación de los hombres de derecho impulsar a nuestra Universidad a adoptar su irrenunciable papel político, en una hora que, como nunca antes, lo reclama.

No puede ser soslayada la faceta de Tobar Donoso como internacionalista y, dentro de ella y, a la vez, por sobre ella, la de patriota.

Pocos hombres hubieran sido capaces de sacrificar su propia honra por la supervivencia de su patria —entendida no como intangible entelequia, sino más bien, como el conglomerado humano que la informa— como lo hizo él en las aciagas jornadas de 1942, cuyo cuadragésimo primer

aniversario pronto conmemoraremos. "No hay mayor amor que dar a la vida por los amigos" fue la máxima que inspiró su irreprochable proceder.

Hoy, cuando el bienestar prima sobre el bienestar y valores fundamentales e inmutables como la moral y el bien común son marginados por la conveniencia coyuntural y los propios intereses, la figura de Tobar Donoso se yergue con su enseñanza: "Lo útil puede parecer momentáneamente en desacuerdo con la moral; —nos dice— pero a la larga sólo lo moral, lo que está de acuerdo con las leyes de la naturaleza racional es real y verdaderamente útil (....) La justicia y la rectitud —añade—, triunfan a la postre sobre los desvaríos del utilitarismo y hedonismo políticos, que debilitando las fuerzas espirituales, bastardean aún los afanes por el progreso material y el logro de los ideales meramente temporales".

"¿Con qué síntesis más cabal y acertada puede caracterizarse la vida del Dr. Julio Tobar Donoso, que llamándolo: "testigo de Cristo?"

Son éstas, palabras del padre Aurelio Espinosa Pólit, primer Rector de esta Universidad, de cierto las más apropiadas para identificar la enorme personalidad del Dr. Julio Tobar Donoso, en cuyo homenaje esta solemne sesión se celebra.

Testigo de Cristo: uno de aquellos que el lema de nuestra Universidad —tomado de la sabia enseñanza del Nazareno— perenniza para gula y enseña de las generaciones formadas en este claustro universitario que es, en parte, obra suya.

Es que, en verdad, Julio Tobar Donoso simboliza, como nadie, el ejemplo del seclar católico que, sin caer en falsa beatería ni en pacato fanatismo, dio, en todos los ámbitos de su vida pública y privada, verdadero e innegable testimonio de su fe.

De hoy en adelante el nombre de Julio Tobar Donoso ornará, como recordatorio y estímulo a seguir su ejemplo, el dintel de entrada a este recinto y su venerada efigie presidirá todo acto que en él se celebre.

Presentación del acto en la Inauguración del Aula Julio Tobar Donoso

MAURICIO MONTALVO

La Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, se ha convocado esta noche y en sesión solemne rinde homenaje público al Doctor Julio Tobar Donoso, fundador y Decano Emérito de la Facultad de Jurisprudencia, con ocasión del Nonagésimo Aniversario de su nacimiento.

Este es un homenaje acuñado y labrado en los corazones de muchos, tal vez desde siempre, pero con mayor énfasis desde que, su discípulo, sucesor en el Decanato y hoy Ministro de Educación Pública, a nombre de la Universidad se inclinó reverente sobre su tumba, y esa misma reverencia es la que se expresa esta noche, como testimonio a la posteridad, en forma de gratitud y reconocimiento.

Gratitud al esfuerzo de adversidad y aspereza de querer iniciar una Universidad y hacerlo en un clima de arduo sectarismo, incomprensión y egoísmo, a través de esta su Facultad, destinada al desenvolvimiento de la ciencia jurídica y a la formación intelectual y moral de una juventud paladinamente católica; de esta Facultad que siendo la pionera ha traspasado las fronteras de la PUCE, y es hoy, a nivel nacional, vanguardia del quehacer universitario ecuatoriano.

Gratitud, que se convierte en tributo de lealtad en quienes disfrutaron y hoy disfrutamos del prestigio del establecimiento por él idealizado y forjado.

Reconocimiento a la integridad de un hombre múltiple, sabio y destacado, que cargó sobre su humanidad la vorágine de la tragedia territorial nacional y lo hizo con el patriotismo que su convicción le inspiró, con la aceptación cristiana de la más admirable valentía y la más piadosa resignación; en este acto saludamos al jurista, al académico, al historiador, al literato, al internacionalista, al hombre público, al hombre íntegro, pero ante todo al maestro, y al hombre universitario de cuya enseñanza, sacrificio y dedicación todos los aquí presentes, unos más, otros menos; nos hemos beneficiado de uno u otro modo.

Pero este no es sino un reconocimiento que se encarga de sentar en el concreto, lo que ya la realidad se ha encargado de hacerlo en la historia a través de la solidez institucional de su obra y a través, sobre todo, de la proyección de sus discípulos hacia los sitios más elevados de la vida pública unos, y otros, en la secreta grandeza de la fidelidad anónima.

La gratitud y el reconocimiento de esta noche se extienden a la personalidad de Julio Tobar Donoso pero recoge su vida, su obra, sus luchas, sus desvelos, sus angustias, en fin todo aquello que como semilla plantada con la ilusión de sus manos germinó en el suelo preparado por unos cuantos idealistas como él para ofrecer a la Patria sus frutos maduros; de unos frutos que hoy nos alimentan para ser en su momento, también, fermento reproductivo de otras generaciones.

Por ello es que debemos repensar seriamente, por medio de Julio Tobar Donoso en la Universidad Católica, en su razón de ser, su naturaleza y fines, y la importancia real de esta Facultad precursora.

Entonces veremos que esta es una Universidad Católica no sólo de nombre y letrado, sino de esencia, compromiso y testimonio cristiano; auténtica en conocimiento, saber y moralidad, donde su Facultad de Jurisprudencia debe ser consecuente con todo ello y luchar para que siga siéndolo.

Hoy que la PUCE se sigue sacudiendo en similares climas, aunque de diversa escala de adversidad, en que lo hizo cuando Julio Tobar Donoso con otros se empeñaron en su fundación, retomemos su raíz vital, pero no nos estanquemos ni anquilosemos, excrutemos los signos de los tiempos y démosle el respeto y la apertura —ambos indisolubles— que el momento actual nos exige.

Que esta Universidad sea lo que tiene que ser o deje de llamarse Católica; lo cual vale decir, entre otros valores, que debe esmerarse por formar abogados probos y sapientes, comprometidos con la fe, con la verdad, la justicia, el bien y la solidaridad social en todo el sentido amplio, pluralista y de respeto a la idea ajena que nos impone la libertad humana y la tolerancia cristiana.

De lo contrario, esta Aula se llamará Julio Tobar Donoso, pero muy probablemente Julio Tobar Donoso no reciba homenaje alguno, porque en la vida, el camino desbrozado con sacrificio y empedrado con renunciaciones, requiere manos que lo continúen, engrandezcan y perfeccionen, y no sólo pasos cómodos que lo recorran usufructuando sus esfuerzos.

Que esta Aula atestigüe la formación de los abogados en los cuales Julio Tobar Donoso pensó y soñó alguna vez, cuando tenazmente emprendió en la fundación de esta Facultad, que sólo así justificará estar encabezada por tan recordado e ilustre nombre.

Quito, enero 25 de 1984

Colaboración Especial

VISION FILOSOFICA DEL HOMBRE DESDE LA PERSPECTIVA DE UN PERSONALISMO IN — SISTENCIAL FRENTE A LAS CONCEPCIONES MARXISTA Y EXISTENCIALISTA

Jesús González López

—• INTRODUCCION:

El problema de la esencia y del destino del hombre ha preocupado al pensamiento de todos los tiempos y en la Filosofía contemporánea dicha reflexión se instala en un lugar privilegiado, importantes sistemas contemporáneos han centrado su interés en la temática antropológica.

El tema del hombre resulta acuciante en la atmósfera cultural de nuestro tiempo, cargada de desorientación y de angustia.

Una metafísica del hombre es el fundamento de todas las disciplinas denominadas Ciencias Humanas; es así como todo discurso psicológico o sociológico debe partir de categorías metafísico — antropológicas; y el mismo discurso teológico constituye una mayor explicitación a partir de los fundamentos antropológicos.

La limitación propia de una comunicación impide intentar la sistematización de cada una de las principales concepciones antropológicas de algunos de los grandes sistemas del pensamiento contemporáneo: Capitalismo, Marxismo, Existencialismo y Humanismo Personalista. Nuestra intención es iluminar la reflexión desde la perspectiva de este último en la rica y original interpretación de una Antropología "in — sistencial".

1.— LA DIALECTICA DE LA SITUACION HUMANA

a) Existir es experimentar la contingencia y la miseria de nuestro espíritu en su condición carnal y pre — sentir la plenitud de la subsistencia. He aquí el fondo de una metafísica integral del hombre: la polaridad angustia — esperanza, polaridad psicológica que corresponde a aquella otra polaridad ontológica: desamparo metafísico — plenitud subsistencial.

b) Los vaivenes de la existencia humana se deben al predominio del sentimiento de nuestro desamparo ontológico o al predominio del presentimiento de nuestra plenitud subsistencial.

c) En el "ens — contingens — que es el hombre — hay un despeñadero hacia la nada y una escalada hacia lo absoluto. Lo humano es una misteriosa amalgama de precariedad y de eternidad.

d) El hombre aspira a la plenitud subsistencial y quiere protegerse contra su desamparo ontológico. Sin embargo, su "ser — en — el — mundo" transcurre en invisible alianza más bien con el desamparo que con la plenitud.

e) Mientras el animal viene definido, el hombre viene tan sólo bosquejado. Su desequilibrio proviene de la tensión constante entre su desamparo ontológico y su afán de plenitud subsistencial. Como es un ser que vive siempre en camino, con una determinación ilimitada, nunca puede gozar de la comodidad animal de "fijarse". El hombre, en cambio, por su conciencia, por su "interioridad" está permanentemente "abierto" al ser.

f) La llamada a la "interioridad", como condición del encuentro del ser y dignidad del hombre, más todavía, como constitutivo óntico de este ser y dignidad humana, a que todos aspiramos, siempre es necesaria. El hombre, perdido en las cosas exteriores, se incapacita, no sólo para conocerse a sí mismo, sino para "ser — él — mismo" lo que su auténtica realidad le exige. Pero el mundo exterior es un continuo peligro para esta "esencial interioridad" en la que se salva la dignidad del hombre. Nos atraen las cosas exteriores, porque "necesitamos" de ellas y no podemos vivir sin ellas. El hombre tiene necesariamente que ocuparse de "sus" cosas: la familia, la casa, el trabajo, los negocios, el alimento, la vestimenta, las diversiones, la salud, la política etc. etc., y sucede con frecuencia que uno se levanta por la mañana, se viste, desayuna, sale de la casa, llega a la oficina, despacha los asuntos, vuelve a casa, almuerza o cena, lee el periódico, conversa con su familia, se acuesta... y en todo el día, absorbido en "sus" cosas, no ha tenido tiempo para pensar ni una sola vez sobre "sí — mismo".

2.— INSUFICIENCIA DE LA INTERPRETACION MATERIALISTA DEL HOMBRE

a) Se ha concebido al hombre como un cuerpo orgánico y se lo ha insertado en el mundo evolutivo al hacerlo emerger de la "materia" que se va transformando y moviendo hacia adelante en formas cada vez más perfectas. El hombre pertenecería así a la especie animal y más aún al mundo de la "materia".

b) El "materialismo" de cualquier especie se presenta como una absolutización de una de las características reales del hombre: el "ser — en — el — mundo".

c) El "materialismo metafísico" establece que la "materia" es la matriz última de toda realidad y, en particular, de toda expresión humana. El hombre no sería más que la expresión más elevada y más noble de la materia evolutiva. Esto significa que el hombre aunque manifiesta un nivel de existencia que es profundamente distinto al nivel del animal y de cualquier perfección en el mundo, es en último análisis comprensible con la ayuda de categorías materiales.

d) "Materialismo histórico" es la explicación de la historia y de la civilización humana a partir de la base socio — económica. Y esto, en franca contraposición con la interpretación hegeliana de la historia que concede la primacía a la actividad racional del Espíritu. El hecho fundamental del hombre, según Marx, no es la actividad fisiológica, sino el "trabajo" que transforma el mundo material y produce la "plusvalía". Mediante el trabajo el hombre se eleva a la dignidad de ser humano, construyendo enteramente y con plena anatomía los diversos aspectos de la civilización. El hombre es una creación del hombre y en este sentido le corresponde ocupar un puesto único e inconfundible en el universo.

La realidad humana —o sea la historia— no progresa de una forma lineal, sino dialécticamente por procesos de tesis, antítesis y síntesis. En las luchas y en los choques la historia da un salto cualitativo hacia adelante.

e) El "materialismo dialéctico" desplaza el centro de atención de la historia del hombre al devenir de la "materia". El mundo material independientemente de la intervención del hombre, se desarrolla dialécticamente. La misma historia humana no es más que una de las formas o expresiones de la dialéctica universal de la "materia".

La materia se convierte en el dato absolutamente primario, matriz, fuente y ser de todas las sensaciones, de las representaciones y de la misma conciencia.

No solamente la materia tiene una existencia independiente de la conciencia, sino que la conciencia no es más que un fenómeno secundario y derivado respecto de la materia, ya que el "pensamiento" es un producto de la "materia".

f) El materialismo en todas sus formulaciones es insuficiente e inaceptable como interpretación del hombre, porque pretende reducir al hombre a las solas dimensiones corpóreas y materiales.

El materialismo reviste un carácter dogmático por cuando afirma que la única realidad existente es la materia y de ella se deriva la conciencia.

El materialismo adolece de incoherencias fundamentales y el materialismo lleva dentro de sí el principio del totalitarismo, al establecer que cada uno recibe su consistencia y su propio valor de la "totalidad", a la que queda sometido para siempre, ya que los individuos son para la "totalidad".

g) La Filosofía de Marx pretende ser más concreta que la del existencialismo, ya que se preocupa más de terminar con la alienación del individuo que debe describir la existencia del mismo.

La misión del hombre es "llegar a ser libre", ya que espontáneamente no lo es, conquistar su ser objetivo, ser verdaderamente humano...

Mientras subsistan las contradicciones del mundo capitalista, la persona permanecerá dividida y desgraciada. La revolución es el único medio que permite a todos los hombres pasar de la conciencia "alienada" a la conciencia real.

El hombre tiene un fin real: su "liberación" de todas las formas de "alienación" (económica — religiosa — filosófica — política, cultural).

Desde su alienación hasta conseguir su libertad, una serie de etapas progresivas se abren al campo de acción de sus posibilidades y lo van haciendo cada vez más libre, tal es el sentido de la "praxis" y este es el fin del marxismo: regenerar al hombre.

h) "No es la conciencia de los hombres la que determina su ser, dice Marx, es su "ser social" quien determina su conciencia...

i) No existe para el marxista un ideal trascendente que juzgue desde lo alto. Consciente e inconscientemente toda referencia a lo eterno es una hipocresía que encubre una huida o una traición; en el hombre comprometido en el devenir histórico todo tiene sentido con relación a este mismo devenir; en él todo está "situado".

Si el acto humano no tiene una doble referencia, por una parte a la historia, en la cual se inserta y, por otra, a una norma superior que lo juzga, sino una sola, es decir, la primera, entonces se encuentra sólo "situado" y su "sentido" total depende de la forma en que haga evolucionar la situación".

Los únicos seres efectivamente "morales" son aquellos que obran en el sentido de la revolución, la cual se confunde con el progreso de la humanidad.

Según Marx la "alienación" tiene su origen en una explotación del hombre por el hombre, que no se basa en la esencia misma de la humanidad y que, por lo tanto, puede tener fin, esto es, ser superada.

j) El naturalismo marxista es un Humanismo: el naturalismo de Marx es, en definitiva, un humanismo, lo que implica, a pesar de todo, un cierto dualismo entre el hombre y la naturaleza, al que el comunismo pretende poner fin. El Comunismo es tanto la reconciliación del hombre con la naturaleza como la reconciliación de la humanidad consigo misma. Así lo proclama el mismo Marx: "siendo el comunismo un naturalismo acabado, coincide con el humanismo, es el auténtico fin de la contienda entre el hombre y la naturaleza y entre el hombre y el hombre. Es auténtico fin de la lucha entre la esencia y la existencia, entre la objetivación y la afirmación de sí mismo, entre la libertad y la necesidad, entre el individuo y la especie. Resuelve el misterio de la historia..."

3.— EL HOMBRE COMO "SER — EN — SITUACION" EN LA PERSPECTIVA EXISTENCIALISTA

a) El Existencialismo ha significado una revolución y una protesta contra la Filosofía abstracta de las "esencias". Ha querido salvar, de esta manera, al individuo, al ser "concreto", al sujeto que parecía olvidado por la filosofía tradicional ante todo preocupada por las esencias. Sin embargo, el Existencialismo ha caído en una gran paradoja: ha querido "salvar" al hombre y, en principio, al hombre "concreto", individual, existente, pero no ha hecho otra cosa que concluir que el hombre es un ser que se encuentra "perdido" para sí mismo. Le ha negado, en primer lugar una "esencia" determinada, pero, lo que es peor, el análisis de la existencia, como realidad concreta e individual, le ha dado un ente "perdido — en — el — mundo", que, en un encuentro precario de sí, más bien descubre su "in — estabilidad" y su "nada": su "no — ser" más bien que "su" ser...

"Ex — sistencia" significa "estar — fuera" ("ex — sistere") y este significado etimológico de "exterioridad", de "extrañamiento", de "estar — fuera" ha coloreado la metafísica del Existencialismo contra sus propios anhelos de salvaguardar la subjetividad.

La esencia del hombre sería su "existencia"; pero si "ex — sistir" es "estar — fuera", la esencia del hombre será, sin más, el "estar — ahí" ("Dasein" en Heidegger): el "estar — en — el — mundo", el "estar — arrojado", "estar — lanzado", "abandonado".

Es natural que a partir de dicha caracterización de la esencia del hombre surja la experiencia de la angustia existencial, la conciencia de la "nada", de la "finitud" sin horizontes.

b) Para Jean Paul Sartre, este hombre "perdido en el mundo" es un "absurdo". El hombre es una "existencia que avanza indefectiblemente hacia la "nada".

Para Heidegger la "ex — sistencia" es aquello por lo que el hombre "está — fuera — de — sí — mismo" sosteniéndose en la "nada"; el hombre es un "ser — arrojado"... "en medio de las cosas" y en "el tiempo". Hombre "en — situación" que no puede escapar a la temporalidad.

c) Para Sartre, los hombres aislados, con sus libertades incommunicables, luchan en el mundo vacíos de todo tipo de finalidad. El mundo no tiene otro sentido que aquel que le da cada individuo por sí mismo, en cada momento, por medio de su proyecto — temporal, proyecto que con la muerte es reducido a la "nada".

Por eso todo el afán existencial del hombre es una "pasión inútil", en afanarse "sin sentido..."

d) El hombre no queda definido por una "esencia" determinada ("animal racional, o "animal político" o "animal técnico"). En rigor el hombre no es ningún "ente", sino más bien un "existente" y con más precisión: "este — exis-

tente". El hombre no es pues, ninguna substancia, susceptible de ser determinada objetivamente. Su ser es "un constituirse a sí mismo..." "un proyecto" que jamás tendrá una definición.

En el proceso de ésta su autoconstitución existencial, el hombre puede engendrar el ámbito de inteligibilidad que le permitirá comprenderse a sí mismo y a su situación con los demás y con el mundo. Así, el hombre no es "conciencia" y menos aún "conciencia de la realidad": él es la "realidad misma..."

e) La dialéctica del "ser y de la nada". El existencialismo metafísico tiene su signo distintivo en la tendencia bipolar del pensamiento hacia la trascendencia del ser y hacia la intimidad de la persona. Situándose en el punto de convergencia de estos dos vectores fundamentales de la historia de la metafísica, ha recuperado, según hemos visto, un sentido genuino y mordiente de la existencia, el mismo que la crisis de los valores agudiza en el hombre contemporáneo, ya lanzándole a sus irreductibles contradicciones, ya fortaleciéndole en sus esperanzas.

La "existencia" es la condición del peregrino que marcha, del "homo viator" —en expresión de Gabriel Marcel— tanto si a su término, "la muerte" le detiene irremediabilmente en el camino, haciendo de él un "absurdo capricho".

Para Heidegger la Trascendencia o el "Ser" es una presencia oculta, es "lo más cercano y lo más lejano", pero como el horizonte absoluto de toda posibilidad, aunque estemos inexorablemente excluidos de su absoluto desvelarse.

El "ser" es la plenitud de sí en sí, que por su misma comprensión se convierte en "mundo" y resulta "estar de más", ya que no puede ser derivado ni de la nada, ni de otro ser, ni de un posible, ni de una ley necesaria. Como escribe Sartre: "Increado, sin razón de ser, sin relación alguna con otro ser, el "ser — en — sí" está demás para la eternidad".

Existe, no obstante, una vía de acceso más directa a esta estructura del "ser — en — sí", y debe buscarse en las fundamentales tonalidades afectivas: para Heidegger será el "sentimiento de angustia" ante la Nada, la que constituye en el fondo del cual el ser emerge develándose. Para Sartre el acceso al "ser" —que de hecho "está demás"—, es el "sentimiento de náusea".

El Existencialismo de Jaen Paul Sartre, en cambio, ha invertido aquella relación: la "Trascendencia" —o el "ser — en — sí"— no es el Fundamento, sino más bien el sistema global de la realidad bruta, la totalidad del ser inmediato, que, si tuviera que fundarse así mismo, no podría hacerlo más que mediante la conciencia —o ese "ser — por — sí"— que es el hombre: sobre el que se vierte el infinito, insportable tarea de fundarse totalmente a sí mismo y, en sí, a la totalidad del mundo.

Frente a este "ser — en — sí", macizo, superfluo, absurdo, está el hombre, —el "ser — por — sí", o la "subjetividad" del hombre—. Dos propiedades fundamentales del "ser — por — sí" son la "negatividad" y la "libertad".

El "sí" de la conciencia se resuelve en el "ser — en — sí", en el hecho bruto de existir "aquí y ahora", o sea, en la singular "situación" en la que cada uno vive y piensa. Así queda eliminada la conciencia en cuanto conciencia: su signo negativo o su "inmanente néantisación" —en expresión de Sartre— hace que la conciencia tenga como propiedad "no ser lo que es". He aquí, precisamente, lo que para Sartre es la subjetividad: una "perpetua fuga del ser..." "En la inmanencia absoluta, en la subjetividad pura del "Cogito" hemos de descubrir el acto originario mediante el cual el hombre es para sí mismo su propia nada..."

El hombre —repite Sartre—, es el "ser de las lejanías"... La subjetividad del hombre emerge del extremo horizonte donde el ser coincide con la nada.

Pero además de el "ser que es su propia nada", el hombre es también el ser "mediante el cual la nada viene al mundo".

En cuanto a la "relación de la conciencia al ser", es una tensión que no llega a un "llenamiento" de la subjetividad, sino que se trata de una tensión "de" de la nada y "hacia" la nada. El "ser" de nuevo está "nadificado".

f) La dialéctica de la libertad total e inútil: por el hecho de que la doble "negatividad" no hace mella en el "ser — en — sí", sino que queda simplemente ajena y aislada de él, en el vano crearse y destruirse de sus mundos, la subjetividad es "libre", o como dice Sartre, "está condenada a ser libre".

En efecto, "libertad" y "negatividad" son dos caras del mismo concepto de la "subjetividad" como fuga del ser y tensión impotente hacia el ser.

La realidad humana "es abandonada" enteramente a la insostenible necesidad de hacerse ser hasta en el más mínimo detalle; así, la libertad no es un ser: es el "ser del hombre" o sea, su nada de ser. El hombre no tiene libertad, sino que es "libertad".

El "hombre, escribe Sartre, no es más que "Su proyecto", no existe más que en cuanto se realiza; es todo en el conjunto de sus actos, no es más que su existencia".

"El hombre, sin ningún apoyo y sin ninguna ayuda, está condenado, a cada instante, a inventar al hombre"... Pero esta libertad está hecha de una radical "inseguridad": su original vacío, su total imposibilidad de "consistir" y de "fundarse". Todo acto responsable de libertad se realiza en una angustia insuprimible: la angustia de tener que prescindir de Dios.

Así, la libertad es, en su origen más profundo, una especie de angustioso vértigo. La libertad es, precisamente este vértigo sobre el abismo de nuestras más opuestas posibilidades: este sentirnos del todo desancrados de toda decisión. En substancia, esta libertad es el signo de la pobreza más extrema, puesto que la libertad, para Sartre, está condenada a moverse entre su propia nada originaria y perennemente insurgente y la plenitud muda e indiferente del ser que ella no pueda cambiar. La libertad es una "enfermedad del ser" y el hombre que lleva ese mal es sólo una "pasión inútil" ("El ser y la nada").

CONCLUSION

El existencialismo que ha querido recobrar la plena subjetividad e interioridad del hombre nos ha dado a un hombre perdido en el mundo, es decir, en la "exterioridad", en la cual su misma subjetividad se diluye y carece de sentido.

El mero "estar — ahí" no refleja a fondo la realidad humana tal como la experimentamos en el núcleo más original. Y es claro que este núcleo no puede estar "fuera del hombre", ni éste ha de relizarse en un "estar — ahí", si antes no "es — en — sí", y este "ser — en — sí" no es otra cosa que "estar — en — sí — mismo", tal como en su más íntima realidad él es. Así, lo más esencial del hombre no es el "ser — hacia — fuera", sino lo primero y más original de su esencia es el "ser — hacia — adentro", el "estar — en — sí" el ser "en — sí — mismo", el "in — sistir": "ser — en — sí", "ser — hacia — sí", "ser — hacia — adentro — de — sí".

4.— LA PERSONA COMO "IN — SISTENCIA"

a.— Esencia del hombre: La "in — sistencia" (in — sistere)

Según Ismael Quiles:

Lo primero y más original de la esencia del hombre es el "ser — hacia — adentro", el "estar — en — sí", el "ser — en — sí — mismo", que es lo que designamos como el término "in — sistir—", "ser — en — sí", "ser — hacia — sí", "ser hacia dentro de sí"...

(Cfr. "Antropología Filosófica In — Sistencial", Ediciones Depalma, Bs. Aires, 1978).

Precisamente es fácil comprobar que cuando nuestra realidad se nos manifiesta más de cerca y en toda su autenticidad, no es nuestra dispersión hacia el exterior, sino en la concentración y reflexión interior, o sea cuando el hombre se recoge, "en — sí". Y esto es lo que caracteriza al hombre y lo diferencia de todos los otros seres del mundo visible, el poder "estar — en — sí", y "desde su interior" contemplar el mundo exterior y actuar sobre él.

Desde esta Metafísica "in — sistencial" de Isamael Quiles, el hombre se puede definir como "conciencia personal, encarnada, libre, responsable y trascendente".

b) Estructura Metafísica del hombre

b. 1 "Yo". El Hombre por ser "in — sistencia" es un ser que vuela sobre sí mismo, que "está — en — sí", que "toma posesión de sí mismo". El hombre es esencialmente "conciencia" y "conciencia individual", es decir un centro individual o personal, desde el cual él distingue son "yo" de todo lo que no es él. El "yo" se constituye en un centro de ser y de conocimiento.

b.2 Libertad: Al instalarse el hombre "en — sí", en su interioridad desde su centro contempla a su alrededor y descubre un campo "de acción" hacia el cual debe orientarse y descubre la "posibilidad de elección" de un camino determinado, es decir la "dirección" en que debe actuar.

La "in — sistencia" revela la libertad y es la condición necesaria de la libertad. Sólo el ser que se recoge a sí mismo en su interior puede ser libre, por cuanto libertad significa en rigor dirección de "dentro hacia fuera".

Los seres irracionales son, de suyo, tan sólo "ex — sistentes", es decir, están lanzados hacia lo exterior, no tienen un punto de apoyo en su interior; carecen de subjetividad; "están ahí" en la exterioridad, incapaces por sí mismo de elegir la "dirección" hacia la cual deben ir: responden automáticamente a los llamamientos exteriores. El ser "in — sistente", en cambio, puede elegir su orientación hacia el exterior y hacia una mayor profundización de su realidad interior. El puede afirmarse o negarse a sí mismo, elegir su destino y buscar su fundamento último, aceptarlo o rechazarlo...

b.3 Responsabilidad: El ser "in — sistente" es el que puede "responder" de sus actos, porque sólo él es libre, sólo él los realiza desde "dentro".

La verdadera dignidad del hombre consiste en que éste puede tomar conciencia de sí y ha sido colocado en el mundo con posibilidad de elegir su propio destino; en una palabra, se le ha otorgado una "responsabilidad". Y esta responsabilidad es sin duda, la mayor dignidad que el hombre posee; por ella puede exigir el respeto de los demás seres creados, el respeto de los prójimos y de la sociedad y aún el respeto de Dios mismo, quien, al crearlo libre, le ha otorgado la responsabilidad de su decisión. "Responsabilidad" significa "capacidad y obligación de responder" y el hombre deberá aceptar las consecuencias de su propia elección.

b.4 Contingencia: La libertad nos presenta un horizonte infinito, pero aquí aparece la dicotomía del ser del hombre: se nos aparece la "precariedad" en nuestro ser: somos "esencial limitación". La experiencia interior nos muestra que, por una parte, tendemos hacia lo infinito, pero que por otra, no podemos realizar con plenitud esta tendencia.

Dualidad del hombre/

—Por una parte es "afirmación": "sistencia" —
"tendencia hacia la infinitud"

—Por otra es Limitación— "in":
radical limitación

b.5 "Ser encarnado": Nuestra interioridad se halla "sumergida" en la materia; es una interioridad que anima una carne...

b.6 Trascendencia: El hombre se nos muestra como un ser dotado de "conciencia": reflexión perfecta sobre sí — mismo.

Dotado de libertad, que sólo desde dentro, desde la "in — sistencia", puede ser una libertad auténtica, ya que la libertad va de "adentro hacia fuera".

Y esto se vive en el descubrimiento de una subjetividad, de una individualidad, de una personalidad irrepetible e incommunicable.

Al llegar el hombre a este descubrimiento de sí y al sentirse hombre, es decir instalado en su interioridad, en su subjetividad, consciente, libre e individual no se encuentra "suficiente", es decir, se experimenta incapaz de valerse por sí mismo, está "in — satisfecho"... Esta experiencia de su "ser — precario" (su contingencia) obliga al hombre a buscar una experiencia más profunda de sí y así experimenta que "está — sostenido — en — su — ser" por un fundamento "absoluto", el fundamento absoluto de todo ser, en el cual él se encuentra "apuntalado", "fundado".

Si el hombre es "in — sistente" por estar "en sí", resulta por esta profundización de su experiencia, también "in — sistente" por "estar en otro". Y este "otro", por ser fundamento "absoluto", está definitivamente en sí mismo, por lo cual no se puede decir de él que "se apoya en ...", sino que simplemente "está" por sí mismo. No "in — siste", sino que simplemente "está" por sí mismo. No "in — siste", sino "siste" —es la "Sistencia Absoluta", y por cuanto el hombre se apoya en esta "sistencia — absoluta" su esencia es "in — sistencia": relación esencial del hombre a la "Sistencia Absoluta".

c. — Trascendencia e In — Sistencia: La plena esencia del hombre comprende la "in — sistencia" y la "trascendencia"; una y otra se requieren y se implican mutuamente en el hombre... El hombre es, en su centro, una tensión "insistencia — existencia", entendiendo por existencia una originaria trascendencia hacia el "mundo", los "otros" y "Dios".

Si la "trascendencia" se realiza, lo hace "desde" un punto de partida: si mi "yo" necesariamente es un "hacia" es porque mi "yo" tiene un "desde" donde... Onticamente es más originario el "desde" que el "hacia". Aún cuando el hombre haya sido creado para el "hacia", no puede realizar esta su esencial tendencia, si primero no recibe un "desde" óntico, desde el cual él pueda por sí mismo y desde sí mismo realizar el "hacia".

La realización de la trascendencia será auténtica sólo cuando la cumpla desde mí, desde mi centro interior, desde mi "mismidad"...

d.— Estadios o niveles hacia la Trascendencia: Aparece así una relación esencial del hombre con su fundamento "absoluto" y como su "in — sistencia", su interioridad y su subjetividad no están cerradas sobre sí mismas, sino esencial y fundamentalmente "abiertas" hacia una "trascendencia absoluta", es decir, la trascendencia fundante del Ser del hombre, la "Sistencia Absoluta".

Se podría identificar claramente cinco estadios o niveles:

1.— Interiorización: Nuestra primera y original experiencia "in — sistencial" la hallamos en la "interiorización". De vuelta de la "ex — sistencia" entre los seres exteriores a nosotros, en los cuales nos hallamos como "perdidos" a nosotros mismos, "nos encontramos": nos recuperamos nosotros mismos, nos encontramos al retirarnos a nuestro "interior". Estamos ya "en" nosotros mismos: estamos ya "en — nosotros": "in — sistimos".

2.— "Intersubjetividad": La experiencia de nuestra "interioridad" la vemos cumplida en una interioridad "no — solitaria", cerrada sobre sí — misma, sino "abierta", por cuanto nuestra interferencia con el mundo y con las demás personas como "prójimos" nuestro, nos da una consistencia y más todavía una "inter — in — sistencia" que nos sumerge en una experiencia común.

Dicha experiencia es, por cierto, la condición para el encuentro pleno de sí mismo. Entonces el "yo" surge en toda su autenticidad, en toda su plenitud y en toda su integración del conjunto de nuestras experiencias humanas, reconociéndose a sí mismo plenamente en relación con el mundo y con los otros seres: "frente" a ellos como subjetividad, pero al mismo tiempo "con" ellos y "entre" ellos. Es su experiencia auténtica por excelencia.

3.— Experiencia infinito — finita del "yo": Pero al llegar a esta plenitud de conciencia desde el fondo mismo del "yo" experimentamos la esencial "limitación", "insuficiencia", "contingencia", "finitud" del "yo mismo".

El "yo" no se basta a sí mismo, se siente insuficiente, sin fundamento en sí para ser como es y lo que es y lo que aspira a ser. Esta experiencia de la "contingencia" le da al "yo" la experiencia de que en sí no tiene sentido alguno, de que le falta su íntimo sentido, apoyo y razón de ser... Tanto así como a los otros, como al mundo y al conjunto de toda esta experiencia cósmica, los experimenta y los vive como "limitados" y "contingentes". De ahí que no encuentre en ellos una razón definitiva de su ser, no encuentra un "sentido", un "fundamento", en el cual pueda reposar tranquilo. Esta percepción de la "finitud" y "contingencia" es ya una especie de "resonancia del infinito".

4.— Estímulo de búsqueda del Infinito: Esta falta de sentido, esta conciencia de "limitación" despierta en el hombre el apetito de un más allá, una espe-

cie de "apetito del Infinito". Los seres finitos, los bienes finitos, las verdades finitas, todo acaba por despertar en nosotros la insatisfacción y la inquietud y consiguientemente la "búsqueda del Infinito" y del "Absoluto" —es una tensión hacia el Infinito.

5.— Hallazgo de lo Absoluto: de la "in — sistencia" a la "con — sistencia": En el fondo último del "yo" contingente y finito descubrimos un terminarse el "yo" y comenzar algo en que el "yo" se siente apoyado: el "yo" abierto a un "fundamento ulterior": está en él y en él encuentra una estabilidad definitiva: lo Absoluto, que "es" y "está — por — sí — mismo" y el hombre se encuentra "en — El". — Su realidad última es la de "estar — en — Otro" "estar el Absoluto".

A MANERA DE EPILOGO:

Concluyo con aquella afirmación de Jean Lacroix "... El hombre no puede nunca desarrollar su personalidad sino poniéndose al servicio de una causa que los supera y sobrepasa... La "trascendencia" no es solamente un final extrínseco al tiempo y al espacio —una especie de polo de atracción o "punto omega"—, sino una saludable inquietud inmanente del ser que lo empuja a una esperanza y búsqueda de un más — ser... Esta pasión escatologizante el hombre forma parte de su grandeza y plenitud humana..." (Marxismo, Existencialismo y Personalismo. Ed. Fontanella, Barcelona, 1971, Pág. 8)

Se trata de la presencia de la Eternidad, de la "meta — historia", actuando por encima de las aventuras humanas desarrolladas en las coordenadas espacio — tiempo.

Ismael Quiles lo describe así:

"La dialéctica de la realidad humana se mueve, sin duda alguna, entre los polos de la subjetividad y de la trascendencia". (O.C. Pág. 327).

El ser que está más replegado sobre sí mismo que está más en sí mismo, no está sin salida, encerrado en la pura subjetividad; antes bien, tiende a la trascendencia, a la comunicación... El ser que en sí mismo está replegado y recogido, por impulso de su interior tiende hacia otros entes.

El "en — sí", el "yo" como tal, hace esencial referencia al "otro", al "tú", como tal.

Y este "otro" es un "otro" en un triple sentido:

- a "otras cosas" que son el "mundo"
- a "otras personas que son el tú"
- al "otro Infinito". Al Absoluto, a la Persona Infinita.

Y como afirma tan bellamente Jean Lacroix:

"... Esta búsqueda consciente del más — ser o este pensamiento comprometido tiene un nombre muy antiguo y muy bello: "creencia". Pues

si la creencia es el total del hombre, está claro que implica primeramente y ante todo esa actividad laboriosa por la cual transformamos al mundo. Que no trabaja no cree... El personalismo sabe que no puede alcanzar su objetivo trascendente sino "en" y "por" una aventura mundana"... (O.C. Pag. 10).

Sólo una dialéctica más completa, una dialéctica de la immanencia y de la trascendencia, del tiempo y de la eternidad permite salvar la total historicidad del hombre, incluso confiriendo a su historia terrestre un término, que no sea una muestra sino una resurrección... Sólo una escatología puede salvar integralmente todos los momentos del tiempo y conferir a cada uno su plenitud.

—• BIBLIOGRAFIA: •—

1.— QUILES ISMAEL

"Antropología Filosófica In — sistencial",
Ediciones Depalma, Bs. Aires 1978.

2.— FUNDACION "SER Y SABER"

1er. Coloquio Internacional sobre Antropología
"In — sistencia", Ediciones Depalma, Bs. Aires, 1981

3.— GEVAERT, JOSEPH

"El problema del hombre", Ediciones "Sígueme"
Salamanca, 1976

4.— LACROIX, JEAN

"Marxismo, Existencialismo, Personalismo",
Editorial Fontanella

5.— PRIMI, PIETRO

"Existencialismo", Ed. Luis Miracle,
Barcelona 1957

6.— ZUBIRI, XAVIER

"Siete ensayos de Antropología Filosófica",
Ed. Universidad de Santo Tomás, Bogotá 1982

7.— NICOLAS, GUILLERMO A.

"El hombre, un ser en vías de realización",
Editorial Gredos, Madrid, 1974

8.— CEVALLOS, SALVADOR

"Exposición esquemática del Pensamiento de Marx",
Educ. Quito, 1981

9.— GEHLEN, ARNOLD

"Ensayos de Antropología filosófica",
Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1973

10.— DIAZ Y MACEIRAS

"Introducción al Personalismo actual", Editorial
Gredos, Madrid 1975

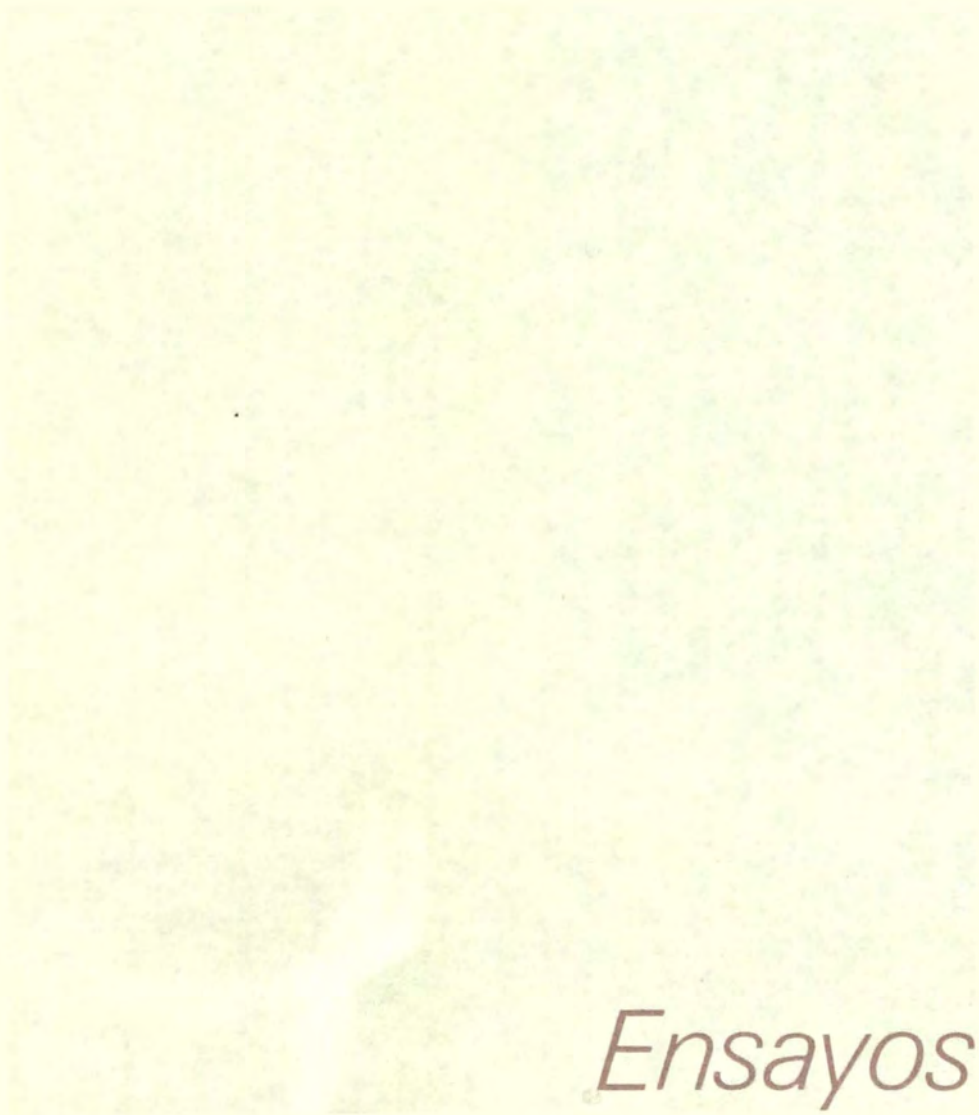
11.— GRASSI, ERNESTO

"Humanismo y Marxismo", Editorial Gredos,
Madrid 1973

12.— BASAVE FERNANDEZ DEL VALLE, AGUSTIN

"Hacia una Filosofía integral del hombre"

Ediciones Universidad del Salvador, Bs. Aires 1982



Ensayos

LA VIOLENCIA

José Antonio Sojo S.J.

Nuestro siglo parece estar marcado por la violencia.

Dos guerras mundiales de temperatura "caliente" —con sus cifras impresionantes de destrucción y muerte— y una tercera "fría" que amenaza calentarse hasta el gran incendio final.

No hay semana que los periódicos no nos traigan señales de violencia en algún lugar del mundo: atentados, secuestros, muertes, bombas; nos vamos acostumbrando a ello. Inmerso en un mundo violento, el hombre común, ve cercenada su capacidad de opción, vive una realidad que le pertenece cada vez menos y resiste con violencia esa situación.

Se dirá que la violencia es tan antigua como el hombre. Ya el Génesis, en los albores mismos de la historia, nos habla del hermano que mata al hermano. El hombre primitivo necesitó de la violencia para poder subsistir. La selección a base de los más fuertes se da aún entre los animales. Y si somos sinceros, debemos admitir que hay un rastro de violencia, en el fondo de cada uno de nosotros, rastro dominado por la educación y el ambiente, pero no suprimido del todo. El instinto de agresividad nunca nos abandona. Vea sino la transfiguración de ese dignísimo magistrado o de ese respetado profesor, cuando asiste desde la tribuna a un partido de fútbol en el que juega "su" equipo, observe sus gestos, escuche el lenguaje y quedará absorto. ¿Será la herencia recibida de los tiempos pre — históricos?

La violencia ha tenido sus defensores, en el campo de las ideas filosóficas y políticas.

El prusiano Nietzsche la consideraba el gran estimulante de la historia; su compatriota Karl Marx fue aún más contundente, la definió como la partera de la historia, Sorel la calificó como una gimnasia callejera que entrena la juventud, Lenin y Trotsky la instrumentaron y emplearon a fondo para lograr el triunfo de la revolución de octubre de 1917. Stalin y

Hitler enviaron a la muerte a millones de seres humanos, con la tranquilidad de que el fin justifica los medios.

Pero no todas las voces van en el mismo tono. El Mahatma Gandhi fundaba la doctrina de la "no violencia" —Satyagraha— y argumentaba con una sencillez admirable: "Puesto que todos somos pedacitos de Dios, que es perfecto, cómo podemos matar y por qué hemos de matar?" Su doctrina de la resistencia pasiva, no es cobardía. Hay que tener poder para renunciar al poder. Hay que tener valor para renunciar a la violencia. No es una sumisión pasiva, sino una lucha, contra la violencia, pero sin dañar al violento. Y cosa increíble, con medios exclusivamente pasivos, con ayunos, oraciones, desobediencia civil, huelgas no violentas, sentados en las calles, negativa a pagar los impuestos —Gandhi y sus seguidores— abatieron el dominio del poderoso Imperio Británico, en la India, y lograron lo que nunca habían alcanzado por las armas. "Nuestra certidumbre de alcanzar el fin —afirmaba— depende por completo de la pureza de nuestros medios". Cuando la violencia de un asesino se cebó en su frágil cuerpo, Gandhi cayó, con las manos juntas en actitud de oración, sin resistirse. Se acababa con su vida, pero no con su obra.

"Un fin que necesita medios injustos, no es un fin justo". La frase es de Marx y la cita Camus.

Vivimos en medio de una metodología y de una fraseología de violencia. La aspiramos sin darnos cuenta, como el "smog" de las grandes ciudades.

Cuando buscamos un colaborador, lo queremos "agresivo". Cuando se alaba las excelencias de un producto industrial, se lo elogia como "brutal" los jóvenes asignan como máxima recompensa para algo, el término "qué bestia". Al tanque de gasolina le ponemos "un tigre", al grabador le pegamos "duro" y la colonia de moda es la que "mata"!

Leopoldo Marechal sostiene que unos usan la violencia para crear, mantener o agudizar los desequilibrios humanos, y a estos los llama, "los injustos de la violencia" y que los otros, usan la violencia, como recurso extremo para recobrar el equilibrio de la balanza, a estos los denomina "los justos de la violencia" pero los métodos empleados para ambos, se aproximan muy peligrosamente.

El jurista Alfredo Orgaz opina que es un falso dilema, pretender que en el mundo actual, es ineludible optar por la violencia ya establecida en la sociedad capitalista, o por la violencia de los estados totalitarios. Nada se gana en este intercambio de violencias. Siempre habrá un tercer camino posible: el de oponerse a todas las violencias, de cualquier signo, vengan de donde vinieren y emprender el camino de las reformas profundas, recordando que, siempre es posible caminar hacia la libertad. (1)

(1) Dr. Alfredo ORGAZ.— "El hombre y la violencia" Córdoba.

¿Cómo se define en moral profesional la violencia? Como "la coacción por parte de un agente extrínseco y libre, contra una persona cuya voluntad se resiste". En 1949 el mundo fue sacudido por el juicio realizado en Budapest contra el Cardenal Joseph Mindszenty, acusado de tráfico de divisas con dólares. Al cabo de una semana de apremios ilegales y de torturas —no se le permitió dormir en todo ese lapso— Mindszenty firmó una declaración en la que admitía su culpabilidad. Pero lo que escapó a la perspicacia de sus verdugos fue el que el Cardenal añadió a su firma y rúbrica, dos letras, al parecer sin importancia "c.f.". Estas dos letras querían decir en latín "coactus fecit" o sea "lo hice obligado" marcando precisamente en hecho moral de la coacción, que impide por completo lo voluntario. Esta violencia física y moral, toca la voluntad y anula lo que hay en ella de libertad. Solamente un comportamiento responsable es un comportamiento moral y todo comportamiento responsable, por el hecho de serlo, está señalando, connotando, un comportamiento moral.

"Someter a una persona a la tortura, para arrancarle informaciones o confesiones, no sólo cuando se usa aquella contra inocentes, sino también cuando se la emplea contra personas sospechosas e incluso contra personas reconocidamente culpables de delitos políticos o comunes, siempre es ilícito." (2)

"El homicidio, el secuestro, el uso de explosivos y toda otra forma de violencia física, empleados por organizaciones privadas o públicas, ya sea contra personas que ejercen autoridad, ya sea contra cualquier particular, aunque se persiga la defensa de causas justas, son ilícitos". (3).

Esta es la enseñanza de la Iglesia, en una forma breve, clara y firme. En la novela de Dostoiéwski "Los hermanos Karamazov" el Gran Inquisidor ha hecho arrestar a Jesucristo y lo ha encerrado en calabozo estrecho y húmedo. Allí lo interroga de manera áspera y violenta, cargada de amenazas. El prisionero escucha en silencio. Cuando termina el diálogo, o mejor dicho el monólogo, pues sólo ha hablado el Gran Inquisidor, Jesucristo se le aproxima mirándole dulcemente al rostro, le da un beso de paz. Ese beso quema más que el fuego, purifica, por ser un beso de paz y de amor. Como dice el Cantar de los Cantares: "Las aguas torrenciales no pueden apagar el amor, ni los ríos anegarlo, porque el Amor es fuerte como la muerte..." (Cant. 8, 6—7).

(2) Declaración del Episcopado Argentino — San Miguel. 1972

(3) Ibidem

LAS OPCIONES POLITICAS

Luis Fernando Torres

En la lucha política al enfrentar las vicisitudes del poder se utilizan estrategias que conllevan actitudes del hombre frente a la sociedad. De esa manera se abre el camino de las opciones políticas. Por eso, cuando hablamos de derecha y de izquierda no debemos olvidar que estamos frente a estrategias y opciones políticas que comprometen a los hombres con un tipo de comportamiento. Estudiaremos las opciones políticas porque hacia ellas nos conducen las estrategias, sin olvidar que tanto éstas como aquellas pueden calificarse de derecha o de izquierda (del centro hablaremos más adelante).

Conociendo el significado de las opciones políticas comprendemos mejor nuestro papel en la sociedad al defender o combatir un sistema de vida.

La derecha ha negado la clasificación en derecha e izquierda por el carácter peyorativo que se le ha dado. Constantemente ha sido atacada, y ahora se siente acomplejada. Ninguno de sus partidarios se atreve a gritar por las calles "viva la derecha". (1). Haberle identificado con los intereses de la clase explotadora fue la causa para que tema mostrarse tal cual es. De ahí que un síntoma del conservadurismo sea el afán de negar la contraposición de actitudes representadas por la derecha y la izquierda. A pesar de ello, la clasificación de las opciones políticas existe, negarlo sería lo mismo que afirmar que "en la política y en el gobierno es factible abstraerse de ideologías".

Pero, vayamos más allá, ¿por qué abordar la aclaración del sentido de la derecha y de la izquierda, conceptos que parecen no entrañar dificultad alguna?. Políticos y ciudadanos comunes los utilizan continuamente en declaraciones o en conversaciones. En realidad todos tenemos una idea de lo que significan. Sin embargo, no todos han ido hasta la raíz. Aquí tampoco se pretende realizar un estudio a fondo, sino sembrar la inquietud para un análisis posterior más detenido de estos conceptos que manejamos diariamente. Preocupa el tema por el trasfondo de la derecha y de la iz-

quierda en el mundo de la política. En la historia han plasmado auténticas aspiraciones humanas. En su nombre han caído monarquías, han nacido revoluciones o se han implantado autoritarismos.

Una posible opción más, el centro, no ha sido mencionada todavía por el desacuerdo entre los politicólogos sobre el hecho de que en el centro se encuentre representada una tendencia, al contrario de lo que pasa con la derecha y la izquierda. No se discute que ellas representan tendencias y actitudes, aunque se diga que estos términos no designan doctrinas claramente definidas, ya que sólo sirven a los diferentes grupos para situarse unos con relación a los otros dentro de las variaciones de la coyuntura política y para definir sus posiciones respecto a determinados problemas. (2).

Conozcamos las opiniones de algunos estudiosos de la política sobre la circunstancia de que el centro sea una tendencia o una ubicación en el plano de la política partidista. Duverger dice: "... el centro no existe en política: puede haber un partido de centro, pero no una tendencia de centro, una doctrina de centro. Llamaremos "centro" al lugar geométrico donde se reúnen los moderados de tendencias opuestas: moderados de derecha y moderados de izquierda. Todo centro está dividido contra sí mismo, al permanecer separado en dos mitades: centro izquierda y centro derecha. Ya que el centro no es otra cosa que la agrupación artificial de la fracción derecha de la izquierda con la fracción izquierda de la derecha. El destino del centro es ser separado, sacudido, aniquilado... El sueño del centro es realizar la síntesis de aspiraciones contradictorias: pero la síntesis no es más que un poder del espíritu. La acción es una selección, y la política es acción" (3). Después de escuchar a este tratadista surge una inquietud, ¿al reunirse los moderados de derecha y de izquierda lo hacen sobre una base ideológica y doctrinaria? Es posible que se reúnan circunstancialmente sin ideas y pensamientos comunes, pero ello no descarta que pueda existir una base ideológica en la unión. La misma tesis de Duverger sostiene Rodrigo Borja cuando afirma que el centro como posición ideológica no existe en política, ya que se está por la transformación o por la conservación. (4). Un criterio opuesto al de estos autores lo mantiene Cowenberg quien define una doctrina de centro como actitud específica ante la evolución social que la encuentra regida "por binomios conceptuales o polaridades lógicamente antitéticos pero ontológicamente indivisibles". Mientras cada extremismo tiende siempre a absolutizar uno de los dos polos, el centro se esfuerza constantemente por mantener un equilibrio realista porque la actitud centrista está orientada al mismo tiempo y esencialmente hacia los dos polos de la antinomia fundamental: conservadorismo y progresismo. Cree que los partidos cristianos han tratado de adoptar posiciones centristas de síntesis entre los polos antitéticos: individualismo — colectivismo y capitalismo — socialismo. (5).

Conviene insistir que el proceso dialéctico aspira a la síntesis que reúna lo mejor y más justo del centro derecha y del centro izquierda. La síntesis se efectúa, pues, a partir de la derecha y de la izquierda moderadas: en este proceso no cuentan los extremismos. Superado el conflicto, el centrismo puede ofrecer soluciones equilibradas que garanticen la armonía

en la sociedad. Cómo alcanzar ese tercer camino? Siendo simultáneamente de derecha y de izquierda. "La derecha soluciona mejor la producción de bienes, mientras la izquierda lo hace con referencia al reparto de los mismos". (6). ¿Acaso es imposible conciliar producción y distribución?. "Podemos discutir si la acumulación de capital debe ser previa a la distribución (actitud conservadora) o si puede ser paralela al crecimiento (actitud desarrollista). Lo que ya no debíamos discutir, a esta altura, es que sin crecimiento es muy difícil que haya mejor nivel de vida...." (7). Entiéndase bien que la adopción de una doctrina centrista no significa oportunismo, sino la posibilidad de conjugar opciones contrarias, más no antagónicas, en empresas comunes para desarrollar armónicamente una sociedad. El justo medio conduce a sociedades más humanas cuando la libertad para crear y producir en un marco de verdadera justicia no se frustra por la negativa, casi siempre de minorías ciegas, de compartir lo creado individual y comunitariamente. Asegurando una auténtica igualdad de oportunidades, fomentando la iniciativa privada y comprometiendo solidariamente a todos los miembros de la sociedad, y más aún a quienes ocupan lugares privilegiados porque ellos están obligados moralmente a "compartir" su riqueza con los que realmente necesitan, conseguiremos una sociedad equilibrada sin odio ni miseria. Este tipo de sociedad humanista busca el centrismo impulsando, además, la producción, la distribución justa y el crecimiento económico. El presidente del gobierno español, Felipe Gonzáles, en forma clara ha indicado que el arte de gobernar en estas épocas de crisis consiste en mantener un punto equidistante entre el neoliberalismo y la filosofía socialista. La eficacia económica y la eficacia social deben ir paralelas, ya que no es la meta repartir bien la miseria, como quisieran los comunistas. (8).

El manejo de la economía ha servido para decir algo del centrismo. Ya veremos que también hay otros caminos para conocerlo. Por lo pronto, concluyamos que el centro sí es una tendencia y también una ubicación en el plano de la política partidista. Advirtamos, además, que la realización de su proyecto político, dada la necesidad de contar con el apoyo de partidos de centro derecha y de centro izquierda, suele deslizarse hacia cualquiera de esas posiciones.

Dos actitudes fundamentales se pueden adoptar con respecto a un régimen político —la dictadura o la democracia— o frente a un sistema social —el capitalismo o el socialismo—: la actitud conservadora o la actitud progresista. Y cualquiera de ellas sólo se da con la intervención de la otra: ambas actitudes se encuentran condicionadas recíprocamente. Sería imposible mencionar al progresismo sin contraponer el conservadurismo, o viceversa. Al progresismo se le conoce como izquierda y al conservadurismo como derecha. Duverger señala que las derechas y las izquierdas se definen así (satisfacción o insatisfacción con el orden existente) por sus objetivos: conservar o sustituir el orden vigente. (9). Esta noción general es imprecisa porque no se sabe cuál orden rige y cuál lo va a reemplazar. Osvaldo Hurtado utiliza la fórmula capitalismo — socialismo para precisar el contenido de la derecha y de la izquierda, debido a que en el Ecuador se ha alineado a los partidos por su posición frente al fenómeno religioso. Según su opinión los partidos de derecha defienden las estructuras actuales y el sistema capitalista, en algunos casos mediante la introducción de ciertas

reformas, y los de izquierda quieren sustituirlo por otro de tipo socialista. (10). Ahora la división de los hombres —en el campo político— en derecha e izquierda se efectúa a partir de los problemas socio — económicos y no por razones religiosas. "Antes bastaba no oír misa para ser de izquierda y bastaba que otro oyera misa para afirmar que era de derecha". (11).

Se señaló que las actitudes de derecha o de izquierda se manifiestan alrededor de los regímenes políticos o de los sistemas sociales. Las estructuras de la sociedad, por ejemplo la propiedad privada de los medios de producción, forma parte del sistema social, en vista de lo cual parece adecuado —siguiendo los criterios sentados en el párrafo precedente— definir las opciones y las posiciones políticas desde el sistema social. El centro incuestionablemente responde a este método de definición. Ahora bien, ¿un esclarecimiento desde la estructura de la sociedad permitirá clasificar con absoluta seguridad las opciones políticas? ¿Cuándo un partido defiende el capitalismo y cuándo lo combate? ¿La social democracia y la democracia cristiana, por ejemplo, que se llaman socialismos, condenan la propiedad privada de los medios de producción en todas sus manifestaciones? Con estas inquietudes no cabe absolutizar la fórmula capitalismo — socialismo para definir a la derecha, al centro y a la izquierda, aunque ese dualismo parezca el más objetivo.

Alain de Benoist asegura que la derecha es "la actitud que consiste en considerar la diversidad del mundo y, por consiguiente, las desigualdades relativas que necesariamente produce, como un bien, y la homogeneización progresiva de ese mundo, preconizada y llevada a cabo por el discurso bimilenario de la ideología igualitaria, como un mal... el enemigo no es la izquierda o el comunismo, ni siquiera la subversión, sino simplemente esa ideología igualitaria cuyas formulaciones, religiosas o laicas, metafísicas o pretendidamente científicas, han florecido sin cesar desde hace dos mil años, de lo que las ideas de 1789, sólo han sido una etapa y de la que la actual subversión y el comunismo una consecuencia inevitable. (12). De Clerq señala una característica específica del conservadorismo, que guarda relación íntima con la definición citada, cuando afirma que "el conservadorismo está convencido de que una sociedad civilizada debe presentar una diversidad de clases y de rangos... existe una desigualdad natural entre los hombres —la única igualdad verdadera es moral— y, en consecuencia, una diferenciación de derechos y deberes. El conservador es contrario a todo igualitarismo" (13). Encontramos que hay otras formas de ver a la derecha —y con la izquierda ocurre algo similar— aparte de la contraposición capitalismo — socialismo que, no obstante, sigue siendo el mecanismo de análisis —como se indicó— más objetivo y sobre el cual no cabe profundizar en consideración a que el fin del presente trabajo solamente intenta acercarnos al tema de las opciones políticas. Simplemente para ilustrar exponemos algunos principios que sostiene la derecha o conservadorismo: a) la creencia de que una voluntad divina gobierna la sociedad y las conciencias, b) la experiencia concreta, adquirida por la historia, prevalece sobre toda síntesis racional o planificación, c) el antiigualitarismo, d) el progreso económico no se realiza mediante la nivelación económica, e) no es posible la vida social sin una autoridad fuerte, f) la tradición, encarnación de la sabiduría inconsciente de los antepasados, ayuda a repri-

mir los impulsos anárquicos de los instintos y de la razón, g) la sociedad debe transformarse, porque el cambio es para ella el medio de perpetuarse, h) la propiedad privada, consecuencia del orden natural, prevalece sobre cualquier otra forma de propiedad.

Tenemos ya una idea cabal de la derecha. Estudiemos ahora sus matices: el ultraconservadorismo y el conservadorismo moderado.

El conservadorismo extremo es una actitud reaccionaria que consiste en tratar de restituir una época a un estado anterior. El fascismo encarna esta actitud al tratar de encontrar una tradición perdida, de volver a fuentes agotadas, ya que la edad de oro está detrás de nosotros. (14). La ultraderecha jamás camina hacia el futuro. Añora el estadio primitivo del que no debió salir. Actualmente desempeña un papel muy reducido, cuando no hay revoluciones, porque de haberlas su tarea obvia es la dirigir el retorno al régimen anterior.

La actitud de la derecha moderada radica en apoyarse, dentro de la suma de cuanto ha sucedido, en lo mejor que ha precedido a la situación presente, para llegar así a una situación nueva. "Es decir que a mis ojos el verdadero conservadorismo es revolucionario". (15). Alzate Avendaño, político colombiano, afirma que los conservadores son tradicionalistas revolucionarios que partiendo de unos principios perdurables van en busca de un orden social nuevo, dentro de la comunidad nacional. ¿En qué queda la defensa del orden existente, si por un lado se quiere retornar al pasado —la ultraderecha— y si por otro se busca un nuevo orden —la derecha moderada?—. Interesémonos únicamente por la inquietud que plantea la derecha moderada. Los criterios que se citan provienen de hombres que se ubican dentro del conservadorismo. Acudamos, para evitar parcialidad de opiniones, a Víctor Alba, quien dice ser de izquierda. Para él la actitud conservadora —derecha moderada— considera al sistema social vigente el mejor posible, cuando más necesitado de ajustes. (16). Surge la contradicción sobre la noción de la derecha moderada entre la definición del conservador y la del progresista. El primero aceptó los condicionamientos del pasado para construir un orden social nuevo. El segundo, cuando define a la derecha, agota las aspiraciones conservadoras en el mantenimiento del orden existente. Para comprender al moderado de derecha, señalamos que la ultraderecha acepta todo en bloque, negándose a cambiar, mientras el conservadorismo tiene en cuenta que ciertas evoluciones no pueden impedirse y transige en cuestiones de detalle para mantener lo esencial, lo que, en cierto sentido es "quitar la paja para dejar el trigo".

Ya podemos concluir que la derecha moderada —conocida generalmente como conservadorismo—, de innegable presencia en la vida política de cualquier país, sigue el sendero de la evolución. En forma natural va adaptando las estructuras de la sociedad a nuevas realidades, sin forzarlas, porque cree en la validez del sistema vigente. El nuevo orden del que hablan De Benoist y Alzate Avendaño es el producto del desarrollo de la misma sociedad. Ejemplifiquemos esta postura. La participación del trabajador en las utilidades y en la dirección de la empresa, la eliminación de la explotación del indio, fueron necesidades del sistema que evolucionaba

y que un conservador inteligente no puede rechazarlas si quiere el afianzamiento del sistema que define. Que el Estado intervenga cada vez en la economía no es un síntoma de que el final del capitalismo se acerca. Keynes vio la urgencia de esa intervención estatal cuando la economía capitalista se desmoronaba. Ceder una parte para no perderlo todo, como diría Eduardo Frei, es en realidad una máxima que excede las mínimas concesiones realizadas en los procesos señalados. El conservador moderado llega al nuevo orden por los mecanismos de la evolución. Antiguamente a más de pobre el hombre debía ser servil. Ahora, si bien hay pobres, el servilismo es una excepción en mentes retrógradas. A ciertos parques, por ordenanza municipal, no podía ingresar la persona que iba vestida con poncho, por lo general el indígena. Actualmente, esos parques en los días de feria se llenan de indígenas. ¿Por el hecho de que el pobre no tenga que comportarse servilmente y el indio no se encuentre en la marginación de antes, ha cambiado el sistema? No. Simplemente ha evolucionado.

Ya se dijo, en líneas generales, que la izquierda busca sustituir el orden existente por uno distinto. También se señaló un criterio objetivo para precisar el orden que se mantiene y el que se propone alternativamente utilizando para ello la fórmula capitalismo — socialismo, esto es la estructura de la sociedad. Víctor Alba enseña que la izquierda representa una actitud progresista que considera al sistema social vigente perjudicial para el conjunto de la sociedad, en virtud de lo cual quiere sustituirlo por otro innovador, inédito, de cara al futuro. (17). Queda claro que la izquierda pretende terminar con el capitalismo para implantar el socialismo. Pero de la misma manera que el marco de referencia de la derecha desborda la dicotomía capitalismo — socialismo, también los rasgos fundamentales de la izquierda van más lejos de lo puramente estructural. Los siguientes principios, se ha dicho, sostiene la izquierda: a) participación de las clases que antes no tenían acceso en el poder y en la riqueza, b) transformación del sistema social imperante, c) tener objetivos finales y servirse siempre de una estrategia, d) nivelación económica, e) socialización de los medios de producción, f) igualitarismo, g) negar la dirección de la sociedad por parte de fuerzas providenciales.

La izquierda se manifiesta por dos vías: la reformista y la revolucionaria. En la destrucción del orden antiguo de un solo golpe para cambiarlo por uno nuevo consiste la vía revolucionaria. Su fisonomía es, por lo mismo, la violencia. Por la vía reformista se va destruyendo poco a poco, progresivamente, el orden antiguo para reemplazarlo paulatinamente con elementos del nuevo orden. Los radicales y los moderados siguen una estrategia igual, pero difieren en las tácticas. El objetivo final es la destrucción del orden existente sirviéndose de mecanismos diferentes. El radical o revolucionario quiere alcanzar todo de prisa, por cualquier medio, mientras el moderado o reformista impulsa conquistas graduales. Unos y otros ven en el capitalismo un sistema nocivo. "Los comunistas recogen, rejuveneciéndola apenas, la vieja doctrina de Rousseau: el hombre nace bueno, el capitalismo lo corrompe" (18).

Víctor Alba advierte que en tanto el capitalismo siga funcionando la izquierda está condicionada a proponer medidas —como la naciona-

liación— que no lo destruyen. Y prosigue, "es deprimente reconocer que el capitalismo ha funcionado hasta ahora, pero sería imbécil negarlo". (19).

El rol de la izquierda revolucionaria no deja dudas. En cambio, el papel de la izquierda reformista resulta difícil precisar. En nuestro país, por ejemplo, ¿cómo ataca la social democracia al capitalismo? La izquierda moderada no se deja llevar por la ilusión de la sociedad comunista. Acepta con beneficio de inventario la herencia de los partidos comunistas, cuando desciende de ellos. El eurocomunismo —sin ubicarse plenamente en la línea moderada—, partiendo de las peculiares condiciones de Europa, ha abandonado la ortodoxia marxista. El centro izquierda engendrado en el interior del liberalismo encuentra más defectos que virtudes en el capitalismo, sin proponer jamás su aniquilamiento. En teoría, los reformistas deberían condenar frontalmente el capitalismo. Sin embargo, eso no ocurre, porque tampoco la derecha inteligente niega algunas concesiones. Después de estas reflexiones juzguemos a los hombres y a los partidos por sus obras y no por el membrete que llevan, puesto que "hay partidos que se denominan socialistas y social demócratas y que son conservadores, y partidos que se llaman demócratas cristianos y que son en realidad reaccionarios... El hombre raramente es expresión ideológica" (20.)

La izquierda, se ha dicho, ataca a la estructura capitalista. Añadamos que también lucha contra las instituciones que ese sistema y los que le anteceden han engendrado, ya que la destrucción del capitalismo, al menos en la mente comunista, no admite ninguna concesión: todo o nada. Esta precisión sirve para encuadrar las acciones del centrismo que tiene como objetivo básico la defensa de las instituciones fundamentales de la sociedad, mediante la transformación de estructuras caducas que atentan contra esas instituciones. El centrismo se nutre, pues, con los mejores aportes del centro derecha y del centro izquierda. El primero no invalida la estructura capitalista, mientras el segundo, si bien cuestiona la mayor parte de la estructura capitalista y, consecuentemente, ciertas instituciones, tampoco derrumba totalmente los pilares sobre los que se levanta el capitalismo. El centro político, reiteremos, defiende las instituciones fundamentales de la sociedad, no así las viejas estructuras que ponen en peligro la supervivencia de aquellas, a diferencia del conservador que no permite ninguna transformación estructural y del revolucionario que no respeta las instituciones. (21). Puntualizar qué debe entenderse por institución y qué por estructura no corresponde a este artículo. A modo de ilustración, la familia, la empresa o el municipio son instituciones. Sus estructuras tienen varias calidades, desde las educativas, hasta las políticas, pasando obviamente por las económicas.

Lo dicho hasta aquí quedaría incompleto si no nos referimos brevemente al origen de las denominaciones, derecha e izquierda. Históricamente aparecieron en la asamblea francesa de 1792 por la ubicación de los representantes. A la izquierda del presidente se sentaban los radicales, liderados por Danton y Robespierre, y a la derecha los defensores del sistema. Aquellos conocidos también como jacobinos pretendían que la revolución prosiga hasta las últimas consecuencias condenando sin reparos a la monarquía. Los conservadores o girondinos defendían la monarquía consti-

tucional como forma de gobierno. Se contó también con representantes que buscaron fórmulas de transacción entre el régimen antiguo y la revolución. Así comenzó a proyectarse la actitud centrista, aunque en la candente Convención Francesa era más bien usual radicalizarse.

Luego de esta referencia histórica surge la pregunta de saber por qué se adoptan actitudes de derecha, centro e izquierda. La respuesta, dada la complejidad del cuestionamiento, no puede ser única, pero está fuera de nuestro alcance analizar todas las causas posibles. Es por ello que, con el fin de conseguir una explicación lo más general y, a lo sumo, ilustrativa, citemos nuevamente las palabras de Víctor Alba, quien sostiene: "Estas dos tendencias no son cosas de hoy... El mundo de los que se interesan por la vida del hombre se ha hallado siempre dividido en conformistas e inconformistas. No debe olvidarse que la psicología individual desempeña un papel en las posiciones políticas... En muchos prevalece sobre el interés el temperamento. Hay gentes, en efecto, que temperamentalmente temen todo cambio, sea cual fuere, y gentes que temperamentalmente necesitan el cambio". (22). El interés del inconformista consiste en atacar el statu quo buscando el acceso de los marginados a los privilegios de una minoría y del conformista, en defenderlo. Pero como bien señala este autor a veces el temperamento prevalece sobre el interés, especialmente cuando no hay bases ideológicas sólidas. Hay, sin embargo, diferentes clases de interés. Aquí hablamos del interés político que culmina con una visión de la sociedad. Por eso, además del temperamento existen intereses —económicos, sociales, etc.—, que influyen en la adopción de posiciones políticas. ¿Cómo explicar, entonces, que un obrero preparado apoye a la derecha o el caso inverso de los burgueses teorizantes revolucionarios que van contra sus intereses materiales? Afirmar que el interés de la participación política divide a los hombres en conformistas e inconformistas demuestra una visión maniquea que busca hacer de los primeros malos y de los segundos buenos. Esta táctica de la izquierda de clasificar las posiciones políticas en conservadoras y progresistas, sin admitir jamás la presencia del centrismo, se va afianzando cada día por la negativa, en cambio, de la derecha a aceptar tal clasificación. A pesar de lo que digan los conservadores y los progresistas lo cierto es que siempre habrá un punto medio donde el maniqueísmo no tenga cabida, pues es admisible conformarse con una parte y sentirse inconforme con otra parte. Y podemos hablar así cuando vemos que la sociedad en que vivimos no es perfecta —para conformarse— ni del todo imperfecta para destruirla.

Antes de finalizar indiquemos que el centrismo se robustece principalmente de las siguientes maneras: a) con una interpretación material y espiritual de la historia, b) a través de una lucha positiva por una sociedad mejor y no simplemente contra la sociedad actual, c) mediante la conquista de esa sociedad más justa y humanista por la vía pacífica, d) por la asunción de los valores del mundo occidental incorporados primeramente por la tradición cristiana y más tarde por el liberalismo político, e) por el afianzamiento y la moderación de la libertad en todos los órdenes de la existencia, f) mediante el impulso en todos los terrenos de la iniciativa de los individuos, g) por la armonización de los intereses de las clases sociales para proteger la paz, g) mediante la "humanización del capitalismo" hasta

el advenimiento de otro tipo de sociedad, h) por la afirmación de una auténtica igualdad de oportunidades, i) a través del compromiso fraterno en favor de quienes se hallan en la marginalidad y en la miseria.

Por último citemos a Fraga Iribarne, político y tratadista de derecha, para justificar la necesidad imperiosa de contar con una tendencia centrista que permita desarrollar armónicamente la sociedad. Nos dice: "Hoy el mundo se ve desde el lado izquierdo. Política, economía, arte, costumbre, todo pretende verse desde los ángulos izquierdistas. Para estar al día —o como se dice ahora— para estar "in", hay que plantear los problemas a siniestra... Yo he defendido siempre que la visión completa de la realidad social no puede lograrse con un solo ojo. Pero como hoy sólo se mira del izquierdo, hay que restablecer la otra perspectiva. **Sólo desde ambas se puede conseguir un centro de verdad y no falso o desviado.** (el subrayado es nuestro)". (23). Al centro no le corresponde robustecer a la derecha, sino aprovechar sus virtudes —igual que lo hace con la izquierda moderada— para convertirse en una tendencia aceptable. La misma derecha debe reivindicar su posición frente a la izquierda. Y aún en el evento de que no logre hacerlo, el centrismo seguirá ofreciendo la posibilidad de pensar simultánea y globalmente, ya que tanto la derecha como la izquierda han sido una constante en la historia.

CITAS:

- 1.— Cfr. Salvador Cevallos, Revista Mensajero, N° 689, p. 11
- 2.— Cfr. Bertrand Clerq, Religión, Ideología y Política, p. 96
- 3.— Maurice Duverger, Los Partidos Políticos, p. 242
- 4.— Cfr. Rodrigo Borja, Derecha Política y Constitucional, tomo II, p. 37
- 5.— Cowenberg Cit. por B.J. de Clerq, Ob. Cit. ps. 90 y 91
- 6.— Cfr. José González Payatos, Revista Mensajero, N° 692, p. 3
- 7.— Julio M^a. Sanguinetti, Revista Visión, 5º, 63, N° 2, p. 8
- 8.— Cfr. Felipe González, Diario Hoy de 15 — VIII — 84, p. 11
- 9.— Cfr. Maurice Duverger, Introducción a la Política, p. 179.
- 10.— Cfr. Osvaldo Hurtado, El Poder Político en el Ecuador, ps. 176 y 177
- 11.— Julio C. Trujillo, Revista Sarance, N° 5, p. 32
- 12.— Alain de Benoist, La Nueva Derecha, p. 46
- 13.— B. J. de Clerq, Ob. Cit. p. 97.
- 14.— Cfr. Maurice Duverger, Los Partidos Políticos, p. 290
- 15.— Alain de Benoist, Ob. Cit. p. 60
- 16.— Víctor Alba, Dónde está la Izquierda, p. 15
- 17.— Cfr. Ibid, p. 15
- 18.— Maurice Duverger, Ob. Cit. p. 290

19.— Víctor Alba, Ob. Cit. p. 38

20.— Víctor Alba, Revista Combate, Nº 19, p. 24

21.— Vid. Rafael Caldera, Especialidad de la Democracia Cristiana, ps. 55 y 56

22.— Víctor Alba, Dónde está la Izquierda, p. 25.

23.— Manuel Fraga Iribarne, Cit. por Fco. Salazar, Diario Hoy de 12 — VIII — 84, p. 4

Véanse además:

1.— ~~Bolaños, Bolívar: La ruta del humanismo~~, p. 172

2.— Borja, Rodrigo, Socialismo Democrático, ps. 18 — 20.

3.— Frei M. Eduardo, Opción y Esperanza, ps. 32, 78, 81, 88, 89, 91 y 223.



Reseña Estudiantil

HOMENAJE AL DOCTOR JULIO TOBAR DONOSO, DECANO FUNDADOR DE LA FACULTAD

Con ocasión del nonagésimo aniversario del nacimiento del doctor Julio Tobar Donoso, la Asociación Escuela de Derecho rindió homenaje público a quien fuera fundador y Decano Emérito de la Facultad de Jurisprudencia.

En este acto se inmortalizó el nombre de Julio Tobar Donoso, bautizando el Salón Máximo de Facultad con su nombre y un retrato suyo perpetúa su memoria, presidiendo los muros del local donde sus discípulos de hoy y siempre adquieren sus conocimientos.

COSULTORIOS JURIDICOS GRATUITOS

Continuando con la política de extensión social universitaria, la AED, ha fortalecido el funcionamiento y servicio de sus Consultorios Jurídicos, que en la actualidad llegan a cinco con la apertura, en el semestre anterior, del Consultorio en el Centro de Rehabilitación Femenina de El Inca.

Es importante resaltar el rol fundamental que cumplen los consultorios como organismos de asistencia legal a personas de escasos recursos pero también como centros de práctica jurídica para sus integrantes, por lo que resulta impostergable una toma de conciencia de todos quienes hacemos la Facultad sobre su marcha, con objeto de que se llegue a la práctica más numerosa y generalizada posible de los estudiantes.

Durante este período se procuró dar la mayor difusión posible a los servicios comunitarios que proporcionan los Consultorios y de dotarlos de los materiales físicos indispensables para una mejor atención.

EVALUACION DE PROFESORES

Con especial énfasis se ha impulsado y practicado la Evaluación de los Profesores, como mecanismo orientado al perfeccionamiento docente, contribuyendo así a la elevación del nivel académico de la Facultad.

Esta es una conquista estudiantil, que asumida con absoluta objetividad y seriedad, busca ser un instrumento de ayuda legítima al profesor para corregir y mejorar sistemas pedagógicos, contenidos y materiales de enseñanza, y que, por su misma esencia, urge de su aprobación reglamentaria para satisfacer plenamente los objetivos de su implementación.

EXTENSION UNIVERSITARIA

Conforme a un espíritu de eminente solidaridad humana, se organizó un agasajo navideño en uno de los barrios marginales de Quito, llevando a numerosos hogares no sólo ayuda material sino un mensaje de paz y alegría en la celebración de tan recordada fecha.

En igual sentido, se colaboró y participó en los festejos que se realizaron en el Centro de Rehabilitación Femenina de El Inca; y en otro nivel de participación se mantienen contactos con el Comité Barrial de La Ferroviaria Alta, con los pobladores de La Tola y con los internos del Penal García Moreno.

ACTIVIDAD CULTURAL

Dentro de una visión amplia del quehacer universitario, se profundiza en la necesidad de una formación integral que abarque las diversas manifestaciones del conocimiento y el espíritu humano.

En este sentido se plantea en el claustro universitario la controversia de los **Talleres de Literatura en el Ecuador, sus ventajas y desventajas**, con la participación de Iván Eguez, Félix Yépez, Fernando Itúrburo, la moderación del escritor Miguel Donoso Pareja y la colaboración del grupo Promoción Cultural Estudiantil.

Con los auspicios de este mismo grupo se hace posible la presentación, por primera vez y en calidad de pregón de las Fiestas Anuales, de la **Compañía Nacional de Danza**, en una exhibición de gran colorido y belleza.

También dentro del marco de las Fiestas de la Facultad, se tuvo la oportunidad de presenciar y valorar el pre — estreno de la última y exitosa obra del conjunto teatral **Malayerba: "La Fanesca"**.

APOYO ARTISTICO MUSICAL

Dentro de la promoción dada por la Asociación Escuela de Derecho está la presentación de los compañeros Santiago Martínez, Jaime Alarcón y Andrés Terán en un recital de música latinoamericana que despertara excelentes comentarios dentro de la crítica especializada.

La Facultad también pudo disfrutar de la mejor música ecuatoriana con la presencia de los musicólogos de la Nueva Canción Ecuatoriana, incluidos Jatari y Pueblo Nuevo.

En esta misma línea están las facilidades dadas a la adquisición de entradas para la presentación de los cantautores de mayor suceso en el continente: Silvio Rodríguez y Pablo Milanés.

FIESTAS DE LA FACULTAD

En ambiente de fraternidad y amplio compañerismo se desarrollaron las Fiestas Anuales de la Facultad, en las que se instrumentalizó un completo programa de actividades académicas, culturales, sociales y deportivas. Acto central fue el homenaje al Padre Juan Espinosa, por su retiro definitivo de la cátedra, y a los colaboradores infatigables de los Consultorios.

Bajo el reinado de la nueva soberana Silvia Czafi, se efectuaron los festivales artísticos y musicales, las competencias deportivas, el concurso de oratoria, y se cerró con el tradicional baile de premiación.

HOMENAJE AL PADRE JUAN

Ante el anunciado retiro del Padre Juan Espinosa Pólit S.I., de la cátedra universitaria, luego de más de 30 años de entrega a la P.U.C.E., la A.E.D., rindió homenaje solemne de gratitud y reconocimiento a quien es maestro de juventudes y símbolo de la Facultad de Derecho.

El querido, y controvertido a la vez, Padre Juan, que con esta oportunidad fue designado miembro honorario de la Asociación Escuela de Derecho, deja tras de sí una huella indefectible de ciencia y conocimiento, a más de numerosas generaciones de abogados formados bajo su abnegada dirección.

HOMENAJE A LOS COLABORADORES DE LOS CONSULTORIOS

Como acto de la más estricta justicia, en la misma sesión solemne, se rindió tributo de reconocimiento a todas aquellas personas que colaboraron con los Consultorios y que constituyen ejemplo vivo del espíritu desinteresado que debe primar en todos los estudiantes que practiquen en estos centros de asistencia legal gratuita.

I CONCURSO DE ORATORIA JOSE MARIA VELASCO IBARRA

Se instauró, a nivel interuniversitario, el Concurso de Oratoria José María Velasco Ibarra, como homenaje a quien fuera uno de los mayores oradores del hemisferio y quien firmara, en calidad de Presidente de la República, el Decreto de fundación de la Universidad Católica.

Esta primera edición, coauspiciada por la Sociedad de estudios Velasco Ibarra, contó con la participación de estudiantes de las Facultades de Jurisprudencia de la Universidad Central y de la PUCE. Tuvo como ganador al compañero Manuel Rivera quien se impuso a Orlando Amores luego de una intensa deliberación del jurado.

V CONCURSO PABLO PALACIO

Incentivando la creación artística y cultural dentro de la PUCE, se organiza como es ya tradición, el Concurso de Cuento y Poesía Pablo Palacio, recibiendo una gran acogida dentro de la comunidad universitaria. Los triunfadores serán premiados, como es costumbre, en ceremonia especial.

DEBATE DE LOS CANDIDATOS A LA ALCALDIA DE QUITO

En colaboración con la FEUCE — Q, al inicio de este año y conforme al momento electoral reinante se realizó un debate de los Candidatos a la Alcaldía de Quito, quienes enfocaron los principales problemas de la ciudad y las soluciones propuestas por cada plataforma política. Intervinieron Patricio Romero Barberis, Esteban del Campo, Rafael Quintero y Pedro José Arteta. Se excusó Gustavo Herdoíza, quien a la postre ganaría las elecciones.

CUESTIONAMIENTO JURIDICO DEL PROCESO ELECTORAL

A raíz de la primera vuelta electoral del 29 de enero, se desató una agria polémica en torno a la validez del proceso electoral. La AED planteó en un foro universitario, el cuestionamiento jurídico que se hizo al asunto con la participación de los sectores directamente involucrados: Doctores Fernando Enríquez Parra por el Tribunal Supremo Electoral, Fidel Jaramillo por la Izquierda Democrática y Manuel Araujo Hidalgo por el Frente de Reconstrucción Nacional.

LA JUVENTUD ANTE LAS ELECCIONES

ESTE FUE EL TEMA expuesto en una concurrida y apasionada mesa redonda, donde los representantes de las juventudes social — cristianas y de la Izquierda Democrática debatieron sus puntos de vista ideológicos y programáticos, expusieron las alternativas existentes y delinearon la mejor opción para la masa electoral más numerosa: la juventud.

ACTIVIDAD ACADEMICA

Como mecanismos de formación extracurricular y de apertura de la PUCE al exterior, se organizaron varios eventos académicos de contenido jurídico, cuyos resultados han sido muy bien catalogados por los asistentes.

Es de confiar que estas iniciativas se perfeccionen y sean asumidas institucionalmente, pues su valor dentro de las labores de docencia e investigación universitaria ofrecidas a la sociedad son de innegable importancia.

Con ello no sólo que se fortalece el prestigio de la Facultad sino que permite a sus miembros exhibir la creación científica de su actividad.

I SEMINARIO SOBRE LA JURISDICCION CONTENCIOSO — ADMINISTRATIVA

Una rama relativamente nueva y poco conocida en el foro ecuatoriano es abordada en nuestra Facultad bajo el impulso entusiasta del joven catedrático Diego Castillo, quien coordina este seminario y presenta como conferencistas disertantes a los doctores Kleber Manrique Terán y Aníbal Campaña, como conferencistas invitados, y Eduardo Córdova y Francisco Tinajero, profesores de la Facultad.

I SEMINARIO DE DERECHO PENAL

Desde una óptica novísima y sumamente actualizada se tratan varios aspectos de la parte sustantiva, adjetiva y ejecutiva penal, teniendo como expositores a los doctores: Jorge Zabala Baquerizo, Edmundo Durán Díaz, Jorge Hugo Rengel, Fabián Guido Flores, Enrique Echeverría, Milton Román Abarca, Ricardo Vaca Andrade y Arturo Donoso. El evento, organizado por la AED y el FADE, fue inaugurado por el señor Ministro de Gobierno, Abogado Vladimiro Alvarez Grau, y clausurado por el Decano Doctor Gonzalo Zambrano Palacios.

II SEMINARIO SE CONTRATACION PUBLICA

Por segundo año consecutivo se hace posible la realización del seminario de Contratación Pública, bajo los auspicios de la Procuraduría General del Estado y con la coordinación del profesor Francisco Tinajero.

Hay que resaltar la creciente importancia de esta rama de Derecho, pues dentro de la actividad estatal es cada vez mayor la contratación de servicios y por ende el sostén jurídico que se le debe proporcionar.

I JORNADAS DE DERECHO INTERNACIONAL

Se inauguran en la Facultad con un ciclo de conferencias sobre la siempre actual Soberanía Territorial, dándose una aproximación al Problema Limítrofe por parte del Embajador Hernán Veintimilla, y al Mar Territorial por intermedio del Embajador Diego Paredes Peña.

ACTUALIZACION REGLAMENTARIA

La Asociación Escuela se empeñó de un modo preferencial en actualizar las disposiciones reglamentarias que rigen tanto a la Facultad como al organismo estudiantil.

En este sentido se propuso un Reglamento de Consultorio Jurídico Gratuito, trasladando su dirección y sostenimiento económico a la Universidad a través de la Facultad de Jurisprudencia, porque dada la envergadura del servicio sólo así se puede garantizar su bien e idóneo funcionamiento.

De igual forma se propuso un proyecto para obtener el título de Doctor en Jurisprudencia, porque las disposiciones vigentes son realmente

obsoletas. Así mismo al seno del Consejo de Facultad se logró una actualización de las normas referentes a recalificaciones, horarios y máximo de créditos por semestre.

En cuanto a la AED se dictó el reglamento para el funcionamiento de la Biblioteca, se rehizo el de Asamblea General de Estudiantes y se codificó, con pequeñas reformas, el de Elecciones.

Finalmente, y en una línea de difusión de las disposiciones legales, se ha publicado una recopilación del Estatuto, reglamentos y normas relacionadas con los estudiantes de la Facultad de Derecho.

PUBLICACIONES

Aparte de la publicación indicada del Estatuto y Reglamentos de la AED, se continuó con la serie de Pedagogía Jurídica, pues constituye un mecanismo de ayuda docente e indispensable material para la discusión académica dentro de la Facultad.

Los números aparecidos son el Nº 4... y el Nº 5 "EL DERECHO COMO SABER CIENTIFICO: estudio y preparación" de Jesús López Medel.

Próximos a aparecer están los Cuadernos de Literatura, que recoge algunas creaciones poéticas de algunos compañeros de la Facultad.

Y los Materiales de Clase, con material recopilado por alumnos de la Facultad en las diversas cátedras.

FONDO BIBLIOTECARIO

Con el afán de prestar un mejor servicio se hicieron acondicionamientos físicos a la Biblioteca especializada de Derecho que funciona en la Facultad. Con igual propósito se incrementó notablemente su fondo bibliotecario y se dictó un Reglamento para su correcto funcionamiento.

Es de resaltar la labor llevada a cabo por el compañero Jorge Castelo, responsable de la biblioteca, y por Rafael Amores, quienes se encargaron de organizar el material existente y realizar el fichaje correspondiente.

INTEGRACION DE NUEVOS ESTUDIANTES

Previo a los exámenes de ingreso se dictaron Cursos de Nivelación a fin de proporcionar a los aspirantes una orientación objetiva sobre las pruebas de selección en base a charlas, conferencias y test experimentales que familiarizan a los bachilleres con el contenido de dichos exámenes. Los disertantes han sido especialistas en la materia tanto de cultura general como en las psicológicas.

Superado el examen de ingreso, y procurando la más idónea incorporación de los propedeuticos a la vida de la Facultad se organizó, conjuntamente con el profesor dirigente del curso, Diego Castillo, una semana de orientación para los flamantes alumnos. Mediante charlas, conferencias, mesas redondas y la participación de distinguidas personalidades del pensamiento ecuatoriano, se pudo otorgar a la persona que recién se inicia en el estudio del Derecho una visión global y detallada de la ciencia jurídica, de la abogacía en sí y de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

JUEGOS INTERFACULTADES

Aparte de la práctica deportiva interna, merece destacarse sobremanera la participación de los compañeros deportistas en los VII Juegos Interfacultades de la PUCE donde Derecho se ubicó Vice-campeón general de la competencia, siendo éste el mejor sitio alcanzado en nuestra historia.

RESOLUCIONES DEL CONSEJO DE FACULTAD

La A.E.D. se ha preocupado durante este año de difundir las resoluciones del Consejo de Facultad con el fin de que los miembros de la unidad académica se mantengan informados.

CONCURSOS DE OPOSICION Y MERECIMIENTOS PARA ACCEDER A LAS CATEDRAS

La A.E.D. a través de sus delegados participó activamente en los tribunales que designaron a los nuevos profesores de Derecho Procesal, Economía, Filosofía del Derecho y Medicina Legal. Este mecanismo de acceso a las cátedras debemos defenderlo si buscamos que el nivel académico no decaiga por la presencia de profesores improvisados.

PARA REFERENCIA

ESTE LIBRO

No puede sacarse de
la Biblioteca

31 751



Revista	
D340.0509866	
R879	Revista de la Asoc
25-28	ciación Escuela de
1981-84	Derecho.
Nº. DE INSCRIP.	FIRMA
175 JUL 2019	71656651-6
	1661
	FEUCE

Revista
D340.0509866 Revista de la Asoc
R879 ciación Escuela de De-
25-28 recho.
1981-84

ESTE LIBRO
No puede sacarse de
la Biblioteca

PARA REFERENCIA