

# RUPTURA

REVISTA DE LA ASOCIACION ESCUELA DE DERECHO



**23**  
reaparición

Revista  
D340.0509866  
R879  
23

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL ECUADOR

## RUPTURA

Revista de la Asociación Escuela de Derecho  
de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.  
No. 23 (reaparición) - Octubre, 1979.

Av. 12 de Octubre y Carrión P.O. Box 2184  
QUITO - ECUADOR

DIRECCION Y DIAGRAMACION:  
Galo Galarza

DIBUJO DE LA PORTADA:  
Carlos Rosero

IMPRESION Y ARMADA:  
"Arte Gráfico Domínguez"

Pedimos disculpas a las personas cuyos artículos no fueron publicados en este número. La limitación de espacio físico nos lo impidió.

## I N D I C E

- Editorial: 30 años después ..... 1
- SECCION JURIDICA
- Dos comentarios a la Jurisprudencia penal, Dr. Ernesto Albán Gómez. .... 3
- Limitaciones reales a la libertad sindical. Dr. Julio César Trujillo ..... 38
- Apuntes para la reforma judicial. Dr. Alfredo Mora Reyes. .... 52
- Impugnación de las decisiones administrativas en materia tributaria,  
en vía administrativa y jurisdiccional. Dr. José Vicente Troya Jaramillo. .... 67
- El lenguaje jurídico y la ideología dominante. Ezequiel Sagredo W. .... 83
- Derecho Internacional Humanitario. Dr. José Ignacio Donoso V. .... 92
- SECCION SOCIO-POLITICA
- Algunas consideraciones históricas sobre el modelo democrático  
ecuatoriano. Juan José Paz y Miño ..... 106
- Realidad nacional. Carmen Andrade. .... 112
- Legislación social post - juliana. Ernesto Vásconez, Martha Escobar ..... 116
- SECCION CULTURAL
- Homenaje a Benjamín Carrión. Discurso de Pedro Jorge Vera ..... 125
- Los contextos épicos y barrocos en el siglo de las luces  
Diego Araujo Sánchez ..... 127
- APENDICE
- Índice de la revista "RUPTURA"

## Treinta Años Después

*En marzo de 1949 aparecía la revista de la Asociación Escuela de Derecho, con un prólogo del entonces Rector de la Universidad, padre Aurelio Espinosa Polit, quien entre otras cosas, decía:*

*“Antes de que tenga revista propia la Universidad Católica del Ecuador como tal, va ha tener la Asociación Escuela de Derecho de la misma. Y me alegra sinceramente de ello, queridos jóvenes: es ésta de parte vuestra una iniciativa generosa y prometedora”.*

*Desde entonces, la revista de la Asociación Escuela de Derecho siguió el curso natural que, a manera de un ser vivo, sigue una publicación de este tipo en nuestro medio: al comienzo salieron varios números casi en forma simultánea, más tarde creció, aumentaron sus páginas, sus secciones; luego se le dió un nombre, y, por último, en el año 1970 dejó de aparecer.*

*Pero en este caso, la desaparición no significó su muerte, pues ahora nos ha tocado a nosotros volverla a la vida, rescatarla, nueve años después, de una especie de cementerio sobre el cual se hacía corridas de toros, bailes de traje largo, gincanas y todo un género de actos que cada vez reñían más con la creatividad y la investigación. Durante nueve años la Asociación Escuela de Derecho no tuvo revista. Nueve años en que los paladines del anticomunismo y los cultores del oportunismo no movieron un dedo para revivirla, aunque siempre en todos sus programas electoreros constaba como tarea prioritaria el editar la revista de la Asociación Escuela de Derecho.*

*Por esto, los que hemos trabajado en esta ardua tarea de editar el número 23 de la revista RUPTURA, sentimos una satisfacción enorme, satisfacción que se acrecenta cuando precisamente este año se celebra el XXX aniversario de su aparición.*

*Treinta años en los que ha corrido mucha agua bajo el puente. La historia ha dado algunos pasos desde entonces y las instituciones y los hombres ya*

*no son ni pueden ser, aunque algunos se afanen a capa y espada, los mismos de hace treinta años. La Iglesia ya no puede ser igual después de los Concilios de Medellín y de Puebla; los sacerdotes ya no pueden ser los mismos después del ejemplo que les han brindado Camilo Torres, Gaspar García Laviana, Helder Cámara, Leonidas Proaño, Ernesto Cardenal y tantos otros, que han luchado, algunos hasta la muerte, junto al pueblo latinoamericano por darle su liberación terrena y destruir nuestra condición de "condenados de la tierra", utilizando la expresión de Fanon.*

*Los hombres latinoamericanos, los estudiantes latinoamericanos, no podemos ser los mismos después de la matanza de Tlatelolco, del asesinato casi diario de cientos de compañeros que caen víctimas de la represión brutal de un sistema que se erige campante sobre los principios de la civilización "occidental y cristiana".*

*Latinoamérica ya no puede ser la misma con una Cuba que es mayor de edad, una Nicaragua que nace a la libertad plantando la bandera roji-negra de Sandino sobre los escombros que deja como herencia el somocismo y un afán integracionista, cada vez más cristalizado, que necesariamente terminará siendo anti imperialista.*

*Treinta años. La medida generacional de Ortega y Gasset. Una generación pasó, hoy viene una nueva: la nuestra, llena de esperanza en el futuro, con una experiencia que nos legaron los que cayeron, sufrieron y perdieron, y, un ejemplo, un aliento y una guía que nos dan los que ganaron y este mismo momento son actores de la historia.*

*Quito, octubre 1979*

# este número:

El número 23 de la revista RUPTURA, está dividido en tres secciones y un apéndice. La primera sección: JURIDICA, se abre con un artículo del Dr. Ernesto Albán Gómez, Decano de nuestra Facultad, en el que hace dos comentarios a la jurisprudencia penal, en base a sentencias emitidas por el máximo Tribunal de Justicia ecuatoriano; sigue un artículo del Dr. Julio César Trujillo Vásquez, que recoge una ponencia sustentada en México con motivo del V Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; continúa con un artículo del Dr. Alfredo Mora Reyes, que es una recopilación de varios comentarios periodísticos realizados por su autor sobre algunos aspectos de la legislación penal ecuatoriana; luego viene un artículo del Dr. José Vicente Troya Jaramillo titulado: "Impugnación de las decisiones administrativas en materia tributaria, en vía administrativa y jurisdiccional"; a este le sigue un artículo titulado: "El lenguaje jurídico y la ideología dominante" del compañero Ezequiel Sagredo Wildner; continúa la sección con un artículo del Dr. José Ignacio Donoso sobre el Derecho Internacional Humanitario; y termina con un extenso trabajo del Dr. Alberto Wray, profesor de Teoría del Derecho en esta Facultad, titulado: "El Derecho como objeto de análisis histórico".

La segunda sección: SOCIO-POLITICA contiene tres artículos de compañeros de la Facultad. Se abre con un trabajo de Juan José Paz y Miño titulado: "Algunas consideraciones históricas sobre el modelo democrático ecuatoriano"; continúa con un artículo sobre la Realidad Nacional, que fue el único presentado al concurso que sobre este tópico organizó nuestra Asociación Escuela, cuya autora es Carmen Andrade; y, finaliza esta sección, con un artículo realizado por Ernesto Vásconez y Martha Escobar sobre la legislación social post-juliana.

La tercera sección: CULTURAL, recoge el discurso que pronunció el escritor ecuatoriano Pedro Jorge Vera en el sepelio de Benjamín Carrión, como un homenaje póstumo de los estudiantes de nuestra Facultad a este "maestro de ecuatorianidades", como acertadamente se lo ha llamado, quien lamentablemente falleció este año. Tiene además esta sección un trabajo preparado por el Lcdo. Diego Araujo Sánchez, Director del Departamento de Le-

tras de esta Universidad y profesor de nuestra Facultad, sobre los contextos épicos y barrocos, en la novela "El Siglo de las Luces", del escritor cubano Alejo Carpentier.

Finalmente, se cierra el número con el índice por autores de la REVISTA de la Asociación Escuela de Derecho, desde su aparecimiento en 1949, como un homenaje a su XXX aniversario.

Debemos manifestar que de las opiniones vertidas en los artículos de la presente publicación son responsables únicamente sus autores.

Y no podemos dejar de manifestar nuestro profundo agradecimiento a todas las personas que trabajaron en esta edición, principalmente, a los autores que nos entregaron sus trabajos; a la compañera Rocío Jácome, que nos ayudó a concertar la prologanda; al pintor Carlos Rosero, que realizó el dibujo de la portada; y a los trabajadores que levantaron textos, imprimieron y armaron este número.

Quito, octubre de 1979

<p><b>DR. CARLOS JIMENEZ SALAZAR</b> <b>ABOGADO</b></p> <p>Coruña 907 e Isabel la Católica</p> <p>Telf. 525143</p>	<p><b>ESTUDIO JURIDICO</b> <b>BUSTAMANTE Y CRESPO</b></p> <p>Edif. COFIEC, Av. Amazonas y Patria, Piso 10 Telf. 237623 238371</p>
<p><b>ESTUDIO JURIDICO</b> <b>"GALLEGOS"</b></p> <p>Gral. Robles No. 656 Telf. 238092 Ofic. 701 521480 P. O. Box 2772 547717 547722</p>	<p><b>DRES. CARLOS SOLINES CORONEL</b> <b>XIMENA MORENO de SOLINES</b> <b>ABOGADOS</b></p> <p>Edif. 6 de Diciembre Ofic. 14 18 de Sep. 213 APARTADO Telf. 528629 POSTAL 662</p>



**SECCION JURIDICA**

ter rural, sino también, geográficamente aislada y de fuerte raigambre aborigen. El día 22 de enero de 1969, la sindicada, Zoila Matailo de Marín, se queda a dormir en casa de Juaz Guaraca, a cuyas órdenes trabaja, porque llovía mucho y no podía regresar a casa de su hermano, en donde dormía ordinariamente. En la madrugada del 23 de enero empieza a sentir los dolores del parto; sale sola de la casa, da a luz asimismo absolutamente sola; trata de enterrar a su hija recién nacida; sin embargo, alguien ( en las sentencias no se determina claramente tales testimonios ) la ve, y cuando la madre así procedía, se alcanza a desenterrar a la niña y a salvarla.

### La sentencia de primera instancia

El Tribunal del Crimen de Cuenca, en sentencia pronunciada el 20 de marzo de 1973 condena a la sindicada a la pena de un año de prisión correccional. La sentencia se adopta por tres votos a dos, y entre los votos salvados está el del propio Juez del Crimen que habiendo dictado el respectivo auto motivado contra Zoila Matailo de Marín.

La razón de la discrepancia es bastante obvia: los tres votos de la mayoría sostienen que la infracción cometida es la tipificada en el Art. 453 del Código Penal, el llamado infanticidio honoris causa mientras que la minoría cree que la infracción es la del Art. 452, llamada por la doctrina parricidio impropio, pero que, a lo largo de este caso, y para esta situación concreta, ha sido denominada por los magistrados como filicidio. En uno y otro caso, naturalmente, en el grado de tentativa.

La mayoría justifica su voto con el siguiente razonamiento: la sindicada, mujer casada, había sido abandonada por su marido desde hace un año y medio, más o menos, antes del día en que se cometió la infracción. La confesión de la criatura se realizó, según confesión de la misma sindicada, cuando Baudillo Pillacela, hijo de su anterior patrono, la había "chumar" y aprovechó de esta circunstancia para tener relaciones carnales con ella; luego de lo cual, ella dejó ese trabajo y fue a laborar en otro lugar. Debe agregarse la falta de ayuda económica de su hermano; el haber ocultado su preñez, a tal punto que en el parto estuvo sola arriesgando su propia vida; el mismo hecho de enterrar a la criatura, para hacer desaparecer el motivo de su deshonra; y el temor de que su marido, al enterarse de lo sucedido, le pegara. La suma de estos elementos hace concluir al Tribunal que "parece aceptable que la sindicada cometió la infracción, con el fin de ocultar la deshonra, según los términos del Art. 453.

Además, mantiene el Tribunal, operan en este caso dos atenuantes: rusticidad y confesión espontánea, por lo cual la pena se modifica en los términos que quedan ya espues

### La sentencia de segunda instancia.

El agente Fiscal Tercero del Azuay presenta ante la Corte Suprema de Justicia recurso de casación de la sentencia pronunciada por el Tribunal del Crimen. Acogiendo el recurso, la Tercera Sala de la Corte Suprema casa dicho fallo con la sentencia dictada el 22 de marzo de 1973.

La sala, en definitiva, recoge el criterio de la minoría del Tribunal y considera que

delito cometido es tentativa de filicidio, tipificado por el Art. 452 del Código Penal; sostiene que no existe confesión espontánea, y que la rusticidad ha quedado desvirtuada y no constituye por sí sola atenuante trascendental que pueda modificar la pena. Por lo cual se impone a Zoila Matailo de Marín la pena de cinco años de reclusión mayor extraordinaria.

En los considerandos de la sentencia se agrega, para justificar la sanción de la Corte, que el Tribunal no consideró la prueba testimonial constante en autos y dijo como cierta la versión de la propia sindicada, que es "una mujer adulta, múltipara, que no desconocía la situación que tenía, sabía lo que hacía"; debe descartarse que haya estado inconsciente en el momento del parto y al enterrar a la criatura, lo cual es un procedimiento inhumano. Existe error de derecho en la sentencia recurrida porque los hechos constitutivos del delito determinan la infracción tipificada en el Art. 452, esto es, filicidio.

### El tipo del Art. 452.

¿Cuáles son los elementos que determinan la tipicidad del delito descrito por el Art. 452 del Código? Veámoslo. El Art. 452 dice así: "Los que, a sabiendas y voluntariamente mataren a su padre o madre, o a cualquier otro ascendiente; o a un hijo, o cualquier descendiente; o a su cónyuge, serán reprimidos con reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciseis años".

El núcleo del tipo se encuentra determinado por el verbo matar, con lo cual, obviamente, este delito se identifica como una especie de homicidio calificado.

La calificación, precisamente, es en este caso el elemento constitutivo básico de la infracción y consiste en el vínculo de parentesco íntimo entre el sujeto activo del delito y el sujeto pasivo, entre el agente y la víctima; circunstancia agravante que motiva el tratamiento especial que merece en el Código. Ya hemos indicado anteriormente que la doctrina más frecuente llama a esta infracción parricidio, palabra que si bien en su etimología significa muerte del padre a manos del hijo, se ha extendido a la muerte ocasionada por próximos parientes y por el cónyuge, por lo cual la figura descrita en el artículo en mención suele conocerse también como parricidio impropio (1). Podría también, por supuesto distinguirse en esta norma, tres diferentes clases de homicidios: parricidio, filicidio y conyugicidio, aunque las tres reciben el mismo tratamiento legal.

Pero hay, además, en este artículo una frase, a sabiendas y voluntariamente, cuyo sentido dentro del tipo delictivo aquí descrito resulta bastante más complejo. Debemos sostener que estamos en la presencia de lo que Jiménez de Asúa llama elementos subjetivos de lo injusto, con lo cual tocamos uno de los problemas más arduos que plantea la moderna doctrina penal (2), y que no es del caso profundizar ahora. Tal vez solamente citemos a este respecto lo que dice el penalista argentino Ricardo C. Núñez en un sentido monográfico dedicado a este punto:

"No sólo las intenciones humanas, sino también otros estados de la conciencia

(1) Ricardo Levene (h.), El delito de homicidio (Buenos Aires, Ediciones Depalma: 1970), pp. 163 y sgs. Ver también sobre este punto: Santiago Huerta Alfaro, El delito de parricidio, Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de la Universidad Católica de Chile (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile: 1969), pp. 6 y sgs.

(2) Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal (7 vols., Buenos Aires, Editorial Losada: 1964-1970), Tomo III, pp. 826 y sgs.

pueden ser tomados en cuenta por el legislador para estructurar las acciones punibles. De este modo determinada representación o conocimiento del autor del hecho, al igual que su estado afectivo o sentimental, es susceptible de constituir una característica de la acción criminal, que el juez está en la obligación de comprobar para declarar que esa acción se adecua a un tipo legal" ( 3 ).

Es claro que el legislador ecuatoriano, al indicar que el autor de la muerte de su padre, madre u otro de los parientes indicados en el Art. 452, debe cometer su acción a sabiendas y voluntariamente, quiere referirse precisamente a una situación subjetiva del agente, que necesariamente debe existir para que la acción ejecutada por él pueda subsumirse en la figura contenida en dicho artículo. Pero, ¿qué debemos entender exactamente en dicha frase?

A sabiendas debe entenderse, parece bastante claro, por sabiendo la relación de parentesco que une al sujeto activo con el pasivo; es decir, que si el autor ignora que la víctima es su pariente, en los grados señalados por la ley, el delito de parricidio desaparecería, y estaríamos en un caso de homicidio ( 4 ).

¿Y cómo deberá entenderse la voluntariedad que exige este artículo? ¿Será la misma voluntariedad de que habla el Art. 32 del Código, como elemento indispensable para que exista responsabilidad penal, en cualquier clase de delito, aun en los delitos culposos? En tal caso, no haría falta el hacer constar esta palabra en el texto del Art. 452, pues si se exige en todo caso que el acto delictivo sea voluntario, también deberá haber la misma exigencia para este tipo concreto de delito; pero si la ley expresamente ha hecho constar tal estado de conciencia como elemento constitutivo del parricidio, habrá que encontrar una explicación para tal insistencia; y la más convincente parece ser, como concluye Jiménez de Asúa ( 5 ), que en este caso, voluntario es un elemento subjetivo equivalente a dolo o intención. Y no sería éste el único caso en el Código ecuatoriano en que se debe presumir tal equivalencia, pues en el mismo capítulo, el Art. 448 usa la palabra voluntario en el mismo sentido. La conclusión es clara; para que haya parricidio tiene necesariamente que haber dolo, no cabría la posibilidad de un parricidio culposo, y si un hijo mata a su padre por negligencia o imprudencia, habría que remitirnos para su juzgamiento y sanción al Art. 459, que tipifica el homicidio inintencional.

### El tipo del Art. 453.

El inciso primero del Art. 453, que es el que nos interesa directamente, dice así: "La madre que por ocultar su deshonra matare a su hijo recién nacido será reprimida con la pena de reclusión menor de tres a seis años".

Como se ve también la infracción aquí descrita parte del núcleo matar y también hay

(3) Citado por: Jiménez de Asúa, *op. cit.*: Tomo III, p. 836.

(4) Así lo interpretan varios autores: Francesco Carrara, Programa de Derecho Criminal (9 vol., Bogotá, Editorial TEMIS: 1973), Tomo III, p. 153; Giuseppe Maggiore, Derecho Penal (5 vol., Bogotá Editorial TEMIS: 1972), Tomo IV, p. 294; Levene, *op. cit.*, p. 163; Huerta, *op. cit.*, p. 57.

(5) Jiménez de Asúa, *op. cit.* Tomo III, p. 846.

en ella, como elemento del delito, el vínculo de parentesco entre el hechor y la víctima, aunque en este caso el vínculo está restringido a madre e hijo ( y en el segundo inciso a los abuelos maternos ). Por esta razón, Huerta Alfaro llama a esta figura delictiva parricidio privilegiado ( 6 ), denominación que tiene clara razón de ser por la estructuración tipificadora que adopta el Código Penal chileno; pero, en todo caso, cabe afirmar que la autonomía de este delito es bastante discutida. ( 7 )

Además hay en la tipificación establecida por nuestro Código dos elementos que son los característicos del llamado infanticidio honoris causa : a) el hijo debe ser recién nacido; y, b) en la infracción debe existir un elemento subjetivo, una motivación especial: el hecho debe haberse perpetrado para ocultar la deshonra de la madre.

Estos elementos de la tipicidad plantean una singular problemática. En artículo publicado no hace mucho por el catedrático de la Universidad Católica y notable penalista Dr. Jaime Flor Vázquez, se examinan estas cuestiones jurídicas con la cautela exigida por las terminantes reglas de interpretación consignadas en el Art. 4 del Código Penal ( 8 ). A riesgo de insistir en asunto ya estudiado por tan distinguido profesor, hagamos algunas observaciones sobre los requisitos del Art. 453.

Los términos recién nacido deben comprender, por el sentido natural de las palabras, al niño, desde que tiene vida autónoma extrauterina hasta un plazo dentro del cual se justifique dicha calificación. En cuanto a lo primero es necesario determinar claramente el momento en que puede un ser considerarse un recién nacido para distinguir esta infracción de otra, muy distinta, que sería el aborto; punto sin duda importante, realizado todavía más por cuanto en el Código ecuatoriano no se tipifica, como en otros, el feticidio.

La Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación, en su Art. 130, define por nacimiento vivo a "la expulsión o extracción completa del cuerpo de la madre, prescindiendo de la duración del embarazo, de un producto de la concepción que, después de tal separación, respire o manifiesta cualquier otro signo de vida, tal como el latido del corazón, pulsaciones del cordón umbilical o movimiento efectivo de músculos voluntarios, haya o no haya sido cortado el cordón umbilical y esté o no unida la placenta". Aunque no se trate de una ley penal, esta definición servirá obviamente al juez penal para determinar desde que momento el nuevo ser puede considerarse como un recién nacido, sujeto pasivo del delito de infanticidio.

Pero, ¿hasta cuándo podrá ser llamado el niño un recién nacido? El Dr. Flor, en su estudio analiza los antecedentes del Art. 453 en la legislación española, que seguramente lo inspiró, y recuerda que anteriores Códigos penales de aquel país se ponía como límite la edad de tres días para el niño que acababa de nacer; pero, a partir del Código de 1932, la fórmula española es idéntica a la ecuatoriana ( 9 ). Este origen de nuestra disposición nos

(6) Huerta, op. cit.: p. 76.

(7) Por ejemplo, Levene dice textualmente, op. cit.: p. 275: "No estamos de acuerdo con que el infanticidio es delito autónomo, per se. El infanticidio es una forma de homicidio".

(8) Jaime Flor Vázquez, "El infanticidio para ocultar la deshonra", Revista de Derecho No. 34 (Quito: 1974), pp. 61 - 76.

(9) *Ibid.*, pp. 68 - 69.

permite acudir a la jurisprudencia española para precisar el alcance de tales términos. Una sentencia dice a este respecto:

“ Que la víctima sea un recién nacido quiere decir, gramaticalmente considerado en orden del tiempo, que la muerte, si no es inmediata, sea, por lo menos, muy poco tiempo después de su nacimiento; la supresión del plazo de tres días que establecía la legislación anterior, obedeció a que se creyó mejor que fuese el prudente criterio del juzgador el que según las circunstancias de cada caso estimase si se daba o no ese elemento integrante de este delito, atendiendo al tiempo transcurrido; así no se viene obligado siempre a tener que respetar el plazo de tres días, a pesar de que la realidad hubiera demostrado que antes de transcurrir ya el culpable podía darse cuenta perfecta, y decidir de conciencia, libre, por tanto, de todo estímulo que le impulsara a realizar el hecho criminoso ( 10 ).

Este criterio, que hemos citado textualmente porque, como hemos dicho, la legislación ecuatoriana adopta en este punto la disposición española, no es sin embargo unánime en las legislaciones o en los tratadistas. Así, por ejemplo, el Art. 394 del Código Penal chileno determina que el infanticidio se tipifica cuando la muerte del niño es producida hasta cuarenta y ocho horas después del nacimiento; el Art. 369 del Código colombiano extiende el plazo a los ocho días subsiguientes al parto siempre y cuando el niño no estuviere “inscrito todavía en los registros del estado civil”; el Art. 313 del Código uruguayo mantiene el plazo de tres días; el Art. 325 del Código federal mexicano determina con precisión setenta y dos horas después del nacimiento; mientras que los Códigos argentino y peruano establecen como requisito el que la madre haya dado muerte al hijo “bajo la influencia del estado puerperal”, atendiendo más bien a otro tipo de motivaciones.

Desde un punto de vista estrictamente médico, los tratadistas López y Gisbert creen que un niño puede considerarse recién nacido hasta que se hayan producido los siguientes fenómenos biológicos: cese de circulación placentaria, eliminación del meconio, caída del cordón umbilical; pero estos mismos autores estiman que, desde el punto de vista jurídico, la condición de recién nacido, para efectos de la estimación del infanticidio, debe extenderse hasta tanto el nacimiento haya podido mantenerse en la clandestinidad ( 11 ), con lo cual el plazo podría variar en forma más o menos amplia, según las circunstancias del caso, y con lo cual el concepto de recién nacido estaría vinculado con la causa de honor, que es el otro elemento fundamental de esta figura delictiva. No queremos entrar a discutir estas opiniones, que las citamos solamente para demostrar la gama de posibilidades que plantea, en este aspecto, la tipicidad del delito de infanticidio.

El Art. 453 exige que la madre haya dado muerte a su hijo recién nacido para ocultar su deshonor. Estamos, pues, en presencia de un elemento subjetivo indispensable para configurar la tipicidad del delito. Asimismo se pueden hacer numerosas consideraciones al respecto. En primer lugar para que la honoris causa proceda, es ineludible que la mujer tenga honor que defender, pues como bien dice el Dr. Flor:

(10) José Márquez Azcárate, Código Penal. Texto revisado de 1963. Anotado, concordado y con inserción de la jurisprudencia interpretativa de sus preceptos ( Madrid, Editorial Aguilar: 1964 ), pp. 436 - 437.

(11) Leopoldo López Gómez y Juan Antonio Gisbert Calabuig, Tratado de Medicina Legal ( 3 vol., Valencia: 1962 ), Tomo II, pp. 192 - 194

"Lo que pretende aquí la madre es esconder su fragilidad, su desliz. Ella no quiere perder la buena reputación de que goza en el ambiente familiar o social, aunque sepa o no sepa sino muy pocos familiares que esa fama o esa reputación son inmerecidas" (12).

Por supuesto que el asunto también se complica en la práctica, si se trata de establecer, en cada caso concreto, al menos dos importantes elementos: hasta qué punto la mujer quedaría deshonrada por el hecho de volverse público el nacimiento de un hijo suyo; y de qué manera puede probarse que fue el motivo de honor, y no otro, el que impulsó a esa mujer a matar a su hijo. El problema viene preocupando a los autores desde muy antiguo, Carrara creía necesario, para que se produzca la situación requerida por este delito, que la mujer haya sido ilegítimamente fecundada y que, por tanto, la muerte del niño pretenda "borrar toda huella de su existencia" (13). Levene piensa que son factores decisivos que debe considerar el juez para la determinación de la causa de honor "no sólo la edad y el estado civil de la mujer, sino también su conducta anterior al hecho, su educación, la clandestinidad o publicidad de sus relaciones sexuales y la forma en que haya ocultado su embarazo" (14). Resulta bastante claro que en este delito los elementos sociales, familiares y personales que rodean a la hechura son los que servirán para establecer los requisitos de tipicidad exigidos por la legislación; no puede ser idéntica la situación de una mujer dentro de una sociedad liberalizada que en una sociedad tradicional, acostumbrada a castigar socialmente a las mujeres que incurren en deslices de orden sexual, se trate de solteras o casadas. Como dice Soler "la fuerza de la excusa está en razón directa del grado de intolerancia social" (15), que puede manifestarse de muchas maneras. Resulta interesante considerar las circunstancias que explícitamente el Art. 327 del Código federal mexicano exige para apreciar el motivo de honor: que la madre a) no tenga mala fama; b) que haya ocultado el embarazo; c) que el nacimiento haya sido oculto y no se haya inscrito en el Registro Civil, y d) que el infante no sea legítimo.

Parece oportuno reproducir aquí las conclusiones que Puig Peña trae sobre este aspecto y que podrían resumir todas estas opiniones:

- a) cuando el embarazo es público no se puede apreciar este delito
- b) cuando la madre está públicamente prostituida no cabe hablar de este delito;
- c) no es preciso que la mujer sea soltera;
- d) el móvil de ocultar la deshonra es un elemento de hecho y, por tanto, debe ser apreciado por la prueba producida en la causa; y,
- e) cualquier otro móvil transforma el delito en parricidio (16).

Debemos reconocer, en definitiva, que la prueba del móvil de honor puede resultar sumamente compleja, como sucede en la mayor parte de los casos en que el delito se tipifica con elementos subjetivos. Una sentencia española recalca lo difícil que es "el poder dis-

(12) Flor, *op. cit.*, p. 73

(13) Carrara, *op. cit.*, Tomo III, p. 270.

(14) Levene, *op. cit.*, p. 317. Conocemos, sin embargo, una sentencia emitida por el Tribunal del Crimen de Riobamba, el 31 de agosto de 1960, en que se acepta la honoris causa, a pesar de que la sindicada dio a luz en una casa de salud de la ciudad y con atención médica. Pensamos, naturalmente, que se trata de una muy deficiente interpretación de la disposición legal.

(15) Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino (Buenos Aires: 1945), Tomo III, p. 98.

(16) Federico Puig Peña, Derecho Penal (Barcelona: 1959), Tomo III, pp. 430-431.

tinguir hasta dónde llegaba ( en el caso sentenciado ) la ocultación de la deshonra y dónde comenzaban otras apertencias menos puras" ( 17 ); y cabría preguntarse cómo debe proceder el juez en caso de duda sobre las razones que motivaron el hecho delictivo.

Para terminar este punto observemos, aun contra la opinión de Carrara (18), que este delito sólo puede ser doloso: la presencia del elemento subjetivo que acabamos de señalar torna indispensable la intención positiva de irrogar daño. Este delito no puede, en nuestra opinión, ser cometido por negligencia o descuido, y en caso de que un niño recién nacido fuere muerto en tales circunstancias por su madre o por sus abuelos paternos, estaríamos nuevamente en la figura del homicidio inintencional penado por el Art. 459. Y lo mismo diríamos frente a un posible caso de preterintencionalidad, que debería ser sancionado según los Arts. 455 y 458.

### La "honoris causa" en el caso.

Resulta evidente de la comparación de las dos sentencias que el nudo central de la discusión en este caso radica en la motivación exigida por el Art. 453: por ocultar su deshonra. ¿Existió o no este motivo en la autora del hecho cuando intentó la muerte de su hija? El Tribunal del Crimen, por mayoría de votos, creyó que sí; la Corte Suprema pensó que no. La diferente gravedad de la pena es la obvia consecuencia de esta divergencia radical. No hay discusión, en cambio, sobre la exigencia de que la víctima del delito sea recién nacido, pues consta en las sentencias que la niña acababa de nacer cuando su madre intentó matarla.

Hagamos una observación inicial sobre este punto: la Corte, para casar la sentencia, sostiene que "existe error de derecho, cuando se reprime como tentativa de infanticidio, siendo que los hechos constitutivos del delito, anotados en la sentencia, determinan la infracción acuñada por el Agente Fiscal y el señor Ministro Fiscal de la Corte Suprema como filicidio; en definitiva hay error al haber condenado aplicando el Art. 453, en vez del Art. 452 del Código Penal". Hacemos esta acotación, a pesar de que el recurso de casación ha sido suprimido de nuestro proceso penal, por Decreto de 4 de marzo de 1975. La razón de ser de este recurso era el permitir al superior corregir los errores de derecho contenidos en la sentencia del inferior, y no cabía que la Corte Suprema entrara a conocer nuevamente los hechos ya aprobados y acogidos en la sentencia recurrida. ¿La existencia del móvil de honor no es precisamente un hecho, reconocido por el Tribunal del Crimen, que la Corte Suprema no podía volver a revisar? Puig Peña dice expresamente que el móvil de ocultar la deshonra es un elemento de hecho ( 19 ); y por lo que hemos sostenido anteriormente los aspectos subjetivos que se exigen para la tipicidad de ciertos delitos no pueden ser otra cosa que elementos de hecho. Por todo esto parece excesivamente forzado que la Corte haya querido encontrar en la calificación de infanticidio un error de derecho.

¿Cuáles de las causales del derogado Art. 348 del Código de Procedimiento Penal

(17) Márquez, *op. cit.*, p. 437.

(18) Carrara, *op. cit.*, Tomo III, p. 297.

(19) Puig, *op. cit.*, Tomo III, p. 430.

habría sido pertinente al caso? Al interponer su recurso, el Agente Fiscal se basa en los numerales cuarto y sexto del artículo citado. El cuarto no parecía de ninguna manera aplicable: "Cuando ( la sentencia ) declare no punible o no tome en cuenta un hecho que la ley reprime, si ha sido materia de acusación". En cuanto al numeral sexto: "Cuando se haya cometido algún otro error de derecho en la calificación de los hechos constitutivos del delito, que se declaren probados en la sentencia", ¿podría haber sido aplicable el caso presente? Insistimos: si la esencia del recurso de casación era el permitir que la Corte corrigiera los errores de derecho, pero no el revisar los asuntos de hecho, el motivo de honor declarado en la sentencia del inferior, a pesar de las oscuridades que esta sentencia padece, no podía ser ya desconocido por la Corte. El Tribunal del Crimen, según su conciencia, lo da por probado y tener esta convicción no es cometer un error de derecho. Más bien diríamos que si el Tribunal del Crimen, luego de acoger los hechos que creyó probados, hubiera dictado una condena por filicidio, entonces sí habría cometido un error de derecho en la calificación de los hechos constitutivos del delito.

Pero vayamos al problema de fondo. Con los datos precisados en las sentencias, que son, por lo tanto, los que se han creído relevantes, podemos perfilar claramente una respuesta.

El Tribunal del Crimen cree que existe el motivo de honor, y, aunque en forma desordenada, da las siguientes razones para sostener su criterio: el abandono del marido, la ilegitimidad de la concepción, el ocultamiento del embarazo, el ocultamiento del parto con peligro de la vida de la parturienta, el haber intentado deshacerse inmediatamente del recién nacido, el temor al marido como elemento esencial en la conducta de la agente. Parece bastante aceptable con estos datos construir un cuadro de infanticidio honoris causa. El abandono del marido y la ilegitimidad de la concepción son hechos no desvirtuados en la sentencia y según la versión de la Matailo, ella fue víctima de una verdadera violación, cuyo fruto fue el hijo contra cuya vida se atentó. El ocultamiento del embarazo y del parto, ¿qué otro sentido pueden tener sino el evitar que sus parientes y relacionados, y principalmente el marido, conocieran el hecho de haber quedado encinta luego del atropello sufrido? El, deshacerse del niño, antes de que nadie se enterara de su existencia, hemos visto ya que es un requisito sine qua non de esta infracción. Como dice Carrara, se trata de "borrar toda huella de la existencia" ( 20 ) de un ser que nace en las condiciones que quedan señaladas. El temor al marido agrega un elemento más: el deshonor no solo contaba con una razón de orden social, sino también conyugal: el marido, aunque abandonó previamente a su mujer, podía perfectamente regresar a reclamar con violencia la ofensa hecha al honor marital. Quien conozca un tanto la realidad ecuatoriana no puede dudar de la lógica de este razonamiento.

La Corte Suprema no trata de refutar estos razonamientos, como habría sido su obligación, si estaba en sus atribuciones de Tribunal de Casación el revisar este elemento de hecho. ¿Y cómo pudo hacerlo? Si el embarazo fue público; si la mujer estaba prostituida, al menos no tenía nada que "perder" dentro del concepto de honestidad aceptado en su medio ambiente, entonces sí no habría cabido la motivación exigida por el Art. 453. Sin embargo nada de esto se dice en la sentencia. Solamente se afirma que la acusada es una mujer adulta y múltipara; obviamente esto no excluye la causa de honor. Si no hubiese

.....  
(20) Carrara, *op. cit.*, Tomo III, p. 270.

sido una mujer adulta, simplemente no habría cometido delito alguno, pues los menores en nuestro derecho son inimputables. Que era múltipara, siendo casada, tampoco destruye el motivo. No importa el estado civil, pues una mujer casada y con hijos también puede cometer este delito para ocultar un fruto ilegítimo. No desconocía la situación que tenía, sabía lo que hacía" ¿Qué quiso decir la Corte con estas frases? Según el Art. 32 del Código: "Nadie puede ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción, si no lo hubiere cometido con voluntad y conciencia"; es lógico entonces que hacía falta, para que la Matailo pudiera cometer un delito, infanticidio u otro cualquiera, que supiera lo que estaba haciendo.

Pero en dónde verdaderamente falla -y gravemente- la opinión de la Corte es en no señalar cuál es a su criterio, la motivación del delito, que tan tajantemente excluye la honoris causa. Si no hubo motivo de honor ¿cuál fue el motivo? ¿cálculo económico, puro egoísmo personal, una mira sórdida? Nada de esto parece en la sentencia y si en el proceso había datos que probasen la existencia de otros motivos, los jueces debieron hacerlos constar como ineludible justificación de la calificación que hacían del delito. La mejor manera de excluir la causa de honor era determinar con precisión la existencia de una causa distinta. Y no hay tal cosa en la sentencia. Pero digamos algo más: si había una duda razonable sobre la causa, no está por demás el recordar la jurisprudencia española que hemos citado anteriormente, sobre la dificultad de establecer los límites del motivo en estos delitos y, naturalmente, favorecer el reo aplicándole la ley menos rigurosa.

### **Inconsciencia e inhumanidad.**

La Corte en su sentencia pone especial énfasis en dos consideraciones: la alegada inconsciencia de la autora en el momento de cometer el acto y la inhumanidad de este delito.

En su confesión, la autora declara haber perdido el conocimiento durante el parto, y, posteriormente, mientras enterraba a su hija. En primera instancia, el Tribunal del Crimen no acepta esta aseveración, pero la razón aducida para tal rechazo es insólita: "porque fue vista llevando la criatura tratando de esconderla para que no la vean". Debemos entender que el Tribunal encuentra que el estado de inconsciencia es incompatible con el intento de esconder a la niña.

La Corte recoge este punto de vista y agrega que el argumento de que la mujer estuvo inconsciente debe descartarse por cuanto procedió a enterrar viva y desnuda a su hija. Otra vez una conclusión sui generis: no puede estar inconsciente la persona cuya conducta sea subsumible dentro de ciertos tipos delictivos por lo menos dentro del tipo delictivo descrito en el Art. 453. La medicina legal no es tan terminante. El Prof. Nerio Rojas afirma: "El parto es capaz de producir trastornos psíquicos" y explica, a continuación, que entre las formas auténticamente morbosas de tales trastornos hay tres: 1) anomalías anteriores aumentadas o manifestadas por el embarazo o el parto; 2) verdaderos estados anteriores de alienación, sólo coincidentes o revelados por el parto; y, 3) psicosis puerperal, de origen toxi-infeccioso (21).

.....  
(21) Nerio Rojas, Medicina Legal (Buenos Aires, Editorial El Ateneo 1971), pp. 253-254

No nos atrevemos a sacar conclusiones puramente especulativas sobre este problema o a sostener que la sindicada pudo haber sido inculpable por cuanto estaba, por enfermedad, en tal estado mental que se hallaba imposibilitada de querer o entender, conforme señala el Art. 34 del Código; pero sí cabe, en todo caso, que nos preguntemos si la Matailo pudo o no estar comprendida en alguno de los casos patológicos indicados por el Prof. Rojas; si el hecho del enterramiento pudo ser o no uno de los síntomas de esos trastornos, ya que parece claro que no es uno de los medios corrientes de producir la muerte de un recién nacido. Lo que sí, de todas maneras, debemos recalcar es que no hay informe pericial alguno sobre la salud física y mental de la madre; o, al menos, si lo hubo, éste no ha sido tomado en cuenta en las sentencias que venimos estudiando. Que tal cosa suceda en un asunto en el que expresamente se ha alegado un estado patológico de inconciencia ( que luego los jueces han rechazado, por su propia convicción, que no se apoya en informe médico alguno), revela muy claramente el fenómeno que sucede en nuestro país. En innumerables casos penales, el sindicado es una persona de tan escasos recursos económicos, que no puede pagar el honorario de un abogado y menos costear la práctica de cierto tipo de pruebas.

La inhumanidad del delito preocupa gravemente a la Corte Suprema, a tal punto que su ejecutoria da la impresión de que los magistrados creen que no puede dársele a la sindicada una pena leve, como la del Art. 453, sino una mucho más grave, como la del Art. 452. Las frases de la sentencia son reveladoras de cierto sentimiento de horror que parece experimentar la Corte al examinar el caso. Nos adherimos al horror de la Corte; éste y muchos otros delitos son conductas ética y socialmente abominables, pues todo el Derecho Penal se construye, en definitiva, alrededor de conceptos morales de valoración de la conducta ( o así al menos se presume ); pero debemos dilucidar el caso con mayor profundidad que la simple repulsión que podemos sentir hacia un crimen de esta naturaleza.

La historia de este delito revela que no faltaron época ni autores que trataron al infanticidio con un rigor mayor que al parricidio, aun cuando ya este delito ha merecido las penas más graves en las distintas legislaciones. No cabe en este momento recordar tal historia y nos remitimos para ello a cualquiera de los tratados que estudian esta materia (22). Carrara defendía la existencia de esta figura privilegiada y, aun sin compartir del todo su pensamiento, veamos lo que sostiene al respecto:

"Las condiciones de este título han ido variando con el progreso de la ciencia, y hoy se sigue teniéndola, en la familia de los homicidios, como una figura distinta, por especial benignidad hacia él y para castigarlo con penas menos severas. ¿Cómo aconteció esto y cuáles fueron las causas de tan singular metamorfosis? Estas fueron: la fuerza suprema de la lógica, ante la cual ceden, tarde o temprano, las falsas doctrinas, y la falta total de un sólido principio jurídico que sirviera de base a la odiosidad o rigor que se quería establecer" ( 23 ).

La Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Loja, en trabajo presentado al

(22) Ver, por ejemplo, Eugenio Cuello Calón, Derecho penal (Barcelona, Editorial Bosch: 1948), Tomo II, pp. 465-466.

(23) Carrara, *op. cit.*, Tomo III, p. 265.

XXV Curso Internacional de Criminología, reunido en Guayaquil en noviembre de 1.975, se pronuncia por la supresión total del Art. 453, que se basa en "valores secundarios" que en la actualidad van desapareciendo apresuradamente en nuestro país y que en otros han desaparecido del todo (24).

Ahora bien, si nuestros jueces participan de esta opinión y creen en su fuero interno que el infanticidio por causa de honor es un delito que no merece una pena atenuada, sino que debe ser equiparado en su punición con el parricidio, esta convicción no puede llevarlos a dejar de aplicar la ley vigente, aunque la crean injusta e inconveniente; sin perjuicio de que pidan al legislador que suprima del catálogo penal este tipo delictivo.

### Las atenuantes

Sin querer penetrar en el problema que crea en nuestro Código el sistema general de concepción y aplicación de las circunstancias atenuantes ( que plantea en verdad facetas bastantenegativas), examinaremos simplemente las que han sido tomadas en cuenta dentro de este caso.

El Tribunal del Crimen opina que operan a favor de la sentenciada dos de las circunstancias atenuantes establecidas en el Art. 29 del Código Penal, la del numeral octavo: rusticidad, y la del numeral décimo: confesión espontánea. La Corte Suprema rechaza la existencia de esta segunda circunstancia atenuante y, sobre la primera, señala: "La rusticidad que anota el Tribunal del Crimen se desvirtúa cuando la agente del delito sancionado se dio perfecta cuenta de lo que hacía y no constituye ésta por sí sola atenuante trascendental". He aquí un aspecto que también merece algunas reflexiones.

No es tampoco el propósito de este trabajo discutir la importancia de la confesión, doctrinariamente, dentro de la prueba penal o, concretamente, en la legislación procesal ecuatoriana; pero siquiera hagamos alguna observación atinente a la forma, al menos desconcertante, con que la confesión suele ser considerada dentro del proceso penal en nuestro país.

El Art. 139 del Código de Procedimiento Penal señala que la confesión "debe ser apreciada en forma indivisible, siempre que no exista prueba plena que desvirtúe en forma completa la parte favorable al confesante". Hemos subrayado las exigencias de la ley para preguntar cuál es, en este caso, la prueba plena que se aduce para desvirtuar la parte favorable a la confesante; es decir, qué prueba plena se aduce para demostrar que la sindicada no perdió el conocimiento en el momento del parto y durante el posterior intento de enterrar a su hijo. Por lo que sabemos, no podemos aceptar sin más la versión de la acusada; pero sí nos llama la atención que esa versión sea desechada sin hacer constar en la sentencia las pruebas que desvirtúan esa confesión.

.....

(24) "Conveniencia o inconveniencia de mantener, como figura privilegiada en el Código Penal, el infanticidio provocado para ocultar la deshonra de la mujer", Revista de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja, No. 1 ( Loja: 1975 ), pp. 46- 79.

Parecido comentario podemos hacer respecto a la confesión espontánea considerada como circunstancia atenuante. Para que opere en esa forma, según el Art. 29 número diez, debe ser verdadera. ¿Verdadera en todas sus partes? La sindicada no niega haber realizado el hecho que se le imputa; asevera, sí, que lo hizo en estado de inconciencia; si el Tribunal rechaza esta afirmación, basándose en "su íntima convicción", ¿la confesión puede ser alegada como circunstancia atenuante? El Tribunal así lo cree y precisamente procede a atenuar la pena; la Corte, en cambio, no toma en cuenta la confesión para ningún efecto modificatorio de la pena.

En cuanto a la rusticidad, también pensamos que plantea varias cuestiones. Aparece esta atenuante en el Código de 1906 y no hemos tenido ocasión de conocer su origen ni la fundamentación con que el legislador ecuatoriano la introdujo, aunque hay disposiciones parecidas en Códigos extranjeros (25). Ahora bien, ¿en qué consiste realmente la atenuante y cuál es su alcance? El numeral octavo del Art. 29 dice expresamente: "Rusticidad del delincuente, de tal manera que revele claramente que cometió el acto punible por ignorancia" Es muy claro, pues, que la ley exige la conjunción de dos elementos para que actúe la atenuante: que el acto se haya cometido por ignorancia y, en segundo lugar, que la ignorancia sea producto de la rusticidad del delincuente. Vistas así las cosas, podemos preguntarnos de inmediato a qué ignorancia se refiere el Código. Parece evidente la respuesta: ignorancia de la ley que tipifica como delito el acto cometido por el agente. Como se ve, esta norma constituye una especie de dulcificación de la aplicabilidad absoluta del principio *ignorantia iuris non excusat*, que consagra el Art. 3 del Código.

El tema plantea problemas teóricos muy interesantes, que queremos solamente esbozar por ahora, remitiéndonos a autores que profundizan en el asunto (26). Cabe, en primer término, el cuestionar la tradicional división del tratamiento del error en error de hecho y error de derecho, pues la moderna teoría penal gusta más bien de distinguir entre error de tipo y error de prohibición. Por otra parte, la rusticidad como antecedente de la ignorancia de la ley puede servir no solamente como atenuante, según lo dispone el Código, sino inclusive como eximente total de la responsabilidad penal; así lo sostiene al menos un autor tan mesurado como Pérez Borja, para quien, en muchos casos "aplicar las leyes penales en todo su rigor es un absurdo", dada la situación cultural de buena parte de la población ecuatoriana (27). Claro que también se podría plantear la posibilidad de extender esta situación a otros casos de ignorancia de la ley debidos, por ejemplo, al hecho de ser extranjero.

Y hay una última cuestión que, está sí, tiene directa conexión con nuestro asunto: ¿en qué casos podrá argüirse un error de derecho? ¿cuálquiera de las normas penales podrá ser ignorada por un agente? ¿la ignorancia debe referirse al núcleo del tipo legal o puede extenderse también, y con qué efectos, a otros elementos o referencias integrantes del tipo legal? Con esto queremos significar si cabría que una persona ignorase, por ejemplo, que el homicidio es un delito penado por la ley. ¿O cabría alegar, como en el presente caso,

(25) Por ejemplo, el Art. 20 del Código suizo, el 23 del Código colombiano, el 22 del Código de Costa Rica, etc.

(26) Jiménez de Asúa, *opus cit.*, Tomo VI, trata amplísimamente el tema.

(27) Francisco Pérez Borja, Apuntes para el estudio del Código Penal (Quito: 1927), Tomo I, p. 304.

que una mujer, por apartada que viviese de los centros culturales del país, por escasa que fuese su educación, realmente ignoraba que matar al hijo recién nacido era un delito? No quisiéramos dar opiniones puramente teóricas, pero parece que tal cosa no es posible, a menos que dicha persona padeciera aquella "ceguera jurídica" de la que hablaba Jiménez de Asúa (28); y en el caso que estudiamos no hay dato alguno para determinar tal aserto. El Código de Costa Rica, para salvar la dificultad, establece una fórmula, discutible sin duda, pero interesante: el error de derecho podrá ser considerado como atenuante o eximente solamente "si se tratare de infracciones de mera creación legal". Parece obvio que el infanticidio no es una de estas infracciones.

Con esto podemos concluir sosteniendo que el Tribunal del Crimen no interpretó correctamente el significado de la atenuante de rusticidad del Art. 29 ni entró a discutir su verdadero alcance, pues simplemente parece haberla aplicado como si la rusticidad operara por sí sola; y si la Corte rechaza la atenuante tampoco razona debidamente su rechazo, pues equipara la rusticidad con la inconsciencia. He aquí un caso revelador: dos Tribunales, el uno al aceptar la atenuante y el otro al rechazarla, se confunden ambos en el razonamiento que les conduce a la respectiva solución.

Debemos agregar algo más sobre la afirmación de la Corte de que la rusticidad, en los términos ya expresados, no puede ser considerada trascendental, de acuerdo a la norma del Art. 74 del Código Penal. Nos parece que tal conclusión nace de la incompreensión de la real naturaleza de la atenuante, porque si se hubiera llegado a establecer con claridad en qué consiste, resulta muy claro que quien ignora, por su rusticidad, que un hecho está prohibido por la ley y que su conducta está sancionada penalmente, tiene a su favor una atenuante de real gravitación, que inclusive puede llegar a ser un eximente total de responsabilidad, según lo determinan algunos Códigos y lo reclama Pérez Borja, como ya lo hemos visto (29)

Causa admiración también, y posiblemente tal cosa se deba a la defensa de oficio que tuvo la sindicada, que no se haya probado la existencia de otras circunstancias atenuantes, ni siquiera aquellas que tanto se usan y abusan en la práctica penal ecuatoriana, esto es la "buena conducta anterior" y la "ejemplar conducta posterior", Art. 29 numerales sexto y séptimo, que inclusive son esgrimidas en tantos casos a favor de sujetos nada recomendables ni ejemplares, ni antes ni después de su delito.

### "Cinco años de reclusión mayor extraordinaria"

La Corte, en su sentencia, considera que el delito cometido es el tipificado por el Art. 452 del Código Penal, que tiene una pena de 12 a 16 años de reclusión mayor extraordinaria; pero como el delito no se consumó, sino que solamente llegó al grado de tentativa (y el caso sirve muy bien para ilustrar claramente cómo nuestro Código no distingue entre la tentativa real y el delito frustrado, lo que sería más propio), aplica el Art. 46, en el cual se señala que la pena será de uno a dos tercios de la que se habría impuesto en caso de consumarse el delito, para lo que se tomará en cuenta el peligro corrido por el sujeto pasivo

(28) Jiménez de Asúa, *op. cit.*, Tomo VI, p. 560.

(29) Por ejemplo, Jiménez de Asúa, *op. cit.*, Tomo VI, pp. 402 y 898.

y los antecedentes del acusado. No sabemos si la Corte tomó o no en cuenta estos aspectos, pero de todas maneras condenó a la acusada a "cinco años de reclusión mayor extraordinaria".

No es nuestro afán el discutir porqué el legislador ha creído conveniente dividir la pena de reclusión en mayor y menor, y cada una de estas en ordinaria y extraordinaria; simplemente queremos señalar que la pena acordada por la Corte no existe en el Código Penal. En efecto, el Art. 53 dice: "La reclusión mayor, que se cumplirá en las penitenciarías, se divide en ordinaria de cuatro a ocho y de ocho a doce años, y en extraordinaria de doce a dieciseis años".

¿Cuál la razón, a nuestro entender inadmisibles, de tamaña equivocación? La aplicación de la pena en lo que corresponde a la tentativa. La Corte dedujo, en forma excesivamente simplista, que si al delito consumado le correspondían doce o dieciséis años de reclusión mayor extraordinaria al autor de tentativa se le puede imponer cinco años, también de reclusión mayor extraordinaria; pero la Corte no reparó en que cinco años jamás pueden corresponder a este tipo de pena.

Esto puede parecer una minucia dentro del proceso, pero creemos que ni siquiera estas minucias deben ser inadvertidas, tratándose del más alto tribunal de justicia de la República.

### Otros aspectos

Otros importantes hechos, que no entran estrictamente en el campo de las discusiones teóricas del derecho, aunque sí en el de sus consecuencias prácticas, se destacan en el presente caso.

a) Quien conozca la realidad judicial ecuatoriana tal vez no haya prestado atención a un aspecto realmente dramático que se encuentra en este asunto y que, por desgracia, precisamente por ser tan frecuente, pasa desapercibido: se trata del tiempo consumido en este proceso. Perpetrado el delito el 23 de enero de 1969 y, al parecer, detenida inmediatamente la culpable (por los datos de la sentencia no se puede saber a ciencia cierta), solamente el 20 de marzo de 1972, más de tres años después, se emite la sentencia del Tribunal del Crimen que la condena a la pena de un año de prisión correccional; es decir que, de haberse ejecutoriado o confirmado dicha sentencia, la acusada habría excedido en más de dos años su estancia en la cárcel. Naturalmente, en la sentencia de segunda instancia es condenada a la pena de cinco años de reclusión, con lo cual, diríamos sarcásticamente, que el tiempo anterior pasado en la cárcel le aprovecha. Esta sentencia es dictada el 21 de marzo de 1973; es decir, en total, más de cuatro años después de haberse cometido el delito.

He aquí patéticamente expuesta la lentitud con que trabaja nuestra administración de justicia en el orden penal, con riesgo de lesionar gravemente, irreparablemente, los derechos de los detenidos y enjuiciados, a los cuales muchas veces la sentencia los considera inocentes o no merecedores de una pena equivalente al tiempo que han pasado detenidos.

b) Al lector preocupado por la realidad nacional y la nueva problemática del mundo,

le llamará la atención la naturaleza misma del caso. Un delito de infanticidio en esta época parece hasta incongruente. Cuando los sistemas de control de la natalidad se han extendido de tal manera, sin que su uso signifique ninguna infracción legal; y el aborto, aunque sancionado por la ley penal, es de todas maneras una práctica clandestina frecuente, resulta casi increíble que una mujer haya dejado proseguir el embarazo para matar luego al niño recién nacido, con la consecuencia de que, en vez de arriesgarse a una pena de uno a cinco años como máximo, se vea expuesta a una pena de doce a dieciséis años. Pensando obviamente, en uno y otro caso, en que la mujer desee eliminar las consecuencias no deseadas de su abandono sexual.

Tal reflexión nos lleva directamente al centro mismo de este asunto. Las consideraciones anteriores valen posiblemente en un medio social que, de alguna manera, esté en contacto con prácticas o costumbres de las llamadas "civilizadas", que se utilizan continuamente por otros pueblos y que aún están consagradas legalmente en ciertas legislaciones. En una ciudad, este caso podría no haberse dado. La mujer habría sabido qué hacer, a quien dirigirse, qué precauciones adoptar. Pero el hecho sucedió en el campo, en una zona rural aislada, con alto porcentaje de población indígena, en medio de habitantes a los que no han llegado, en un nivel aceptable, la educación y la cultura, y que tampoco utilizan estos sistemas "civilizados" de control de la natalidad o del aborto. He ahí, sin duda, la evidente contradicción de nuestra realidad social, económica y política, en que es posible sentenciar a una persona cuya fundamental "falta" es no pertenecer a determinados círculos o ambientes socio - económicos privilegiados.

En nuestro país, delitos de esta naturaleza -infanticidio- son cometidos con cierta frecuencia, sobre todo en ámbitos rurales o urbanos de escasa aculturación, en los cuales la situación delictiva surge impremeditadamente y bajo la presión de factores sociales o individuales perfectamente circunstanciados. Ahora bien, en otros ambientes todavía puede creerse, con el criminólogo von Henting (30), que "si se tiene en cuenta los casos no descubiertos, por cada cien condenas habrá seguramente más de mil infanticidios realmente cometidos" y esto por las obvias facilidades, en este delito, para hacer desaparecer toda huella del mismo.

Nada de esto sucedió con la Matailo. No abortó, a pesar de que podía haberse alegado a su favor la eximente que Jiménez de Asúa llama de "aborto sentimental" (31), que de alguna manera podría entenderse que está comprendida en el numeral segundo del Art. 447 del Código Penal. No pudo ocultar la tentativa de infanticidio de su hija, sino que fue sorprendida en flagrante delito, con lo cual se inició el proceso que estamos comentando. Estos hechos, más los anotados anteriormente sobre las condiciones del lugar en que se cometió el delito, hablan por sí solos.

## Conclusión.

No podemos concluir que se haya cometido en este caso un error judicial. No tenemos más elementos de juicio que los proporcionados por las dos sentencias que hemos ve-

(30) Hans von Henting, *El delito* (3 vol. Madrid, Espasa Calpe: 1972), Tomo II, p. 391.

(31) Jiménez de Asúa, *op. cit.*, Tomo VI, pp. 987 y sgs.

nido analizando. Pero es evidente -y naturalmente ésta es la razón por la cual se establece en el régimen procesal de un país un sistema de instancias judiciales- que una de las dos sentencias está equivocada. Lamentablemente hay más datos y elementos para sostener que el error está en la sentencia de la Corte Suprema, es decir la definitiva, la que causa ejecutoria; y que más aproximada a la realidad de los hechos, a la justicia y a la recta interpretación de la ley estuvo la sentencia del Tribunal del Crimen.

Claro, el errar es humano, y, aunque sus consecuencias sean graves, éstas se producen por las inevitables e involuntarias limitaciones que todo magistrado tiene, por sagaz, conecedor de la ley y justiciero que sea. Por eso, más grave que el posible error es la superficialidad con que se resuelven en las dos sentencias problemas de tanta trascendencia, de los cuales dependía la mayor o menor condena que iba a recibir una humilde y desgraciada mujer. Sin los datos indispensables, sin los informes periciales, sin profundizar en los elementos de la tipicidad de las figuras delictivas, los jueces sentencian friamente y, lo que es peor, superficialmente.

## II – ASESINATO O EXCESO DE LEGITIMA DEFENSA (Gaceta Judicial, Serie XII, No. 2; pp. 436 - 443 )

### Los hechos

Este suceso acaece en el sitio El Limón, perteneciente a la parroquia Orianga, en la provincia de Loja. Miguel Angel Armijos "enjuiciado en varias ocasiones, por hechos de sangre", acude el 1o. de noviembre de 1967, acompañado de sus hijos, a la casa de Héctor Cuenca Córdova y María Tarcilia Patiño para concertar un contrato de compraventa de un terreno del que estos últimos decían ser dueños, pero del que estaban en posesión José Ismael Guayas y Florentino Capa ( en las sentencias no se llega a determinar cuál era la exacta situación jurídica del predio ). Ese mismo día, Armijos, Cuenca y la Patiño habían quemado las chacras de Manuel Celi y José Ismael Guayas. Al día siguiente, 2 de noviembre, luego de haber pasado la noche en casa de Cuenca, Armijos, a pie y armado de una carabina, acompañado de sus hijos Jaime y Ulda María, éstos cabalgando acémilas, se dirigen a las "rústicas chozas" de Guayas y Capa, situadas más o menos a unos trescientos metros de distancia; chozas construidas simplemente con tabiques de madera y rellenas las juntas con paja.

Frente a la choza de Ismael Guayas, están con éste Capa y tres mujeres parientes. "Con tono enérgico y desafiante les dice (Armijos) que desocupen el predio porque lo ha comprado y lo necesita para cultivarlo y edificar una casa". Se producen réplicas; Armijos es cada vez más amenazante, por lo que Guayas y Capa se refugian en el interior de la única pieza de la choza. Hasta ahí los acosa Armijos, instándoles a que salgan a pelear e, inclusive, separando la paja de los tabiques de la choza, efectúa, hacia adentro de la habitación, varios disparos ( de dos a cinco, según las diversas versiones de los testigos ). En esta situación, Guayas, todavía en el interior, hace un disparo de escopeta que impacta en la frente de Armijos. Este, "herido mortalmente", trastabilla, cae tras la esquina de la pared lateral de la casa. A continuación, Guayas, esta vez armado de un machete, sale y da varios machetazos sobre Armijos. Luego de lo cual Guayas y Capa huyen del lugar.

### La sentencia de primera instancia.

El Tribunal del Crimen de Loja, en sentencia del 13 de diciembre de 1971, considera, por las pruebas testimoniales producidas en la causa, que Ismael Guayas es el autor de la muerte de Miguel Angel Armijos y lo sentencia a la pena de dos años de prisión y cien sures de multa, considerando que el delito cometido es el de asesinato, tipificado por el Art. 450 del Código Penal, pero con la circunstancia de excusa del inciso segundo del Art. 25, por lo cual la pena se rebaja según las normas del Art. 75 del mismo Código. El Tribunal considera además comprobadas las circunstancias atenuantes sexta y séptima del Art. 29 del Código: ejemplar conducta posterior a la infracción y conducta anterior que revela claramente falta de peligrosidad.

El Tribunal para llegar a estas determinaciones razona de la siguiente manera: la muerte de Armijos se produce mediante un disparo de arma de fuego y mediante las heridas producidas posteriormente por el machete; más aún, luego se procede a quemar a la víctima con agua hirviente, todo lo cual determina que el homicidio se transforme en asesi-

nato por la concurrencia de la circunstancia agravante constitutiva de infracción contenida en el numeral cuarto del Art. 450 del Código: "Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido". Pero el Tribunal considera que obra a favor del acusado la excusante del inciso segundo del Art. 25: exceso de legítima defensa. El Tribunal explica que se presentan en el caso las tres circunstancias de la legítima defensa: actual agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para la defensa y falta de provocación suficiente de parte del que se defiende; pero, agrega, la defensa estaba asegurada con el disparo de la escopeta y por lo tanto al haberse efectuado además un ataque con machete, que causa siete heridas, se "cae dentro del exceso de legítima defensa".

### **La sentencia de segunda instancia.**

La Quinta Sala de la Corte Suprema, en sentencia de 14 de febrero de 1973, casa la sentencia del Tribunal del Crimen de Loja y, por dos votos a uno, acepta el recurso que había interpuesto la acusación particular, en base a los numerales quinto y sexto del Art. 548 del Código de Procesamiento Penal ( artículo ahora derogado); e impone a José Ismael Guayas la pena de ocho años de reclusión mayor ordinaria, por considerarlo autor del delito de asesinato reprimido por el Art. 450 del Código Penal, con la modificación establecida por el Art. 72 del mismo Código, al haberse comprobado la existencia de dos circunstancias atenuantes agravante no constitutiva ni modificatoria de infracción.

En definitiva, la argumentación de la Corte para encontrar que hay violación legal en la sentencia del Tribunal del Crimen, es la siguiente:

a) En el caso no concurren las tres circunstancias que configuran la legítima defensa, según el Art. 19 del Código Penal, pues que la agresión "no fue repelida con el empleo del medio de que hubiera habido necesidad racional".

b) Si el exceso de legítima defensa existe "cuando el autor del delito traspone los límites de la defensa, es decir cuando él ha hecho más de lo requerido para su protección", en este caso se rebasa el estado emocional por el cual debe admitir que el exceso se produzca y más bien aparece una circunstancia agravante ( el ensañamiento ) constitutiva de infracción más severamente castigada ( el asesinato ), delito que se declara probado en la sentencia y cuya pena es la que debió imponerse.

c) No cabe que los mismos hechos de ensañamiento que contribuyen a la configuración del delito de asesinato, sean erróneamente tomados en cuenta otra vez por el Tribunal para hacer excusable la infracción, estimándolos como resultado de un exceso de legítima defensa.

El voto salvado del Ministro F. Urresta Portilla considera que la existencia de la excusa de exceso de legítima defensa es un hecho que fue apreciado por el Tribunal del Crimen y no cabe que la Corte, dentro del recurso de casación, pueda rever la sentencia por tal motivo. No hay, por tanto, error de derecho que enmendar.

## Las pruebas.

Hemos dicho ya que nuestro interés es, sobre todo, examinar los aspectos jurídicos de cada caso, antes que los asuntos de hecho, y ni siquiera queremos hacer hincapié en los problemas puramente procesales que hayan podido presentarse. Sin embargo de esto, vale la pena en el presente caso analizar algunas cuestiones de hecho relacionadas con la prueba presentada en el juicio, a través de la cual se ha producido la convicción del Tribunal del Crimen.

a) **La Prueba testimonial:** En este caso es de básica importancia. En definitiva la responsabilidad penal del sindicato se establece por declaraciones de los testigos del acontecimiento. Es cierto que el Art. 109 del Código de Procedimiento Penal determina que las pruebas, especialmente la testimonial, serán apreciadas por el juzgador conforme a las reglas de la sana crítica; pero ello no elimina las inquietudes que produce la revisión de la prueba aportada en este proceso. Veámoslo detenidamente.

En la primera parte del hecho, es decir cuando un disparo de escopeta hiere mortalmente a Armijos, luego de que éste había hecho varios disparos ( los testigos ni siquiera están de acuerdo en el número de éstos, y tal discrepancia resalta lo cuestionable de las declaraciones ), lo fundamental del testimonio tiende a determinar cuál de las dos personas que estaban dentro de la choza hizo el disparo. Guayas, en su confesión, dice que fue Capa ( naturalmente habrá que ver con mucho recelo esta confesión ), pero varios testigos aseguran que fue Guayas y el Tribunal del Crimen acepta esta aseveración. Pero es obvia la pregunta: ¿cómo pudieron los testigos saber que fue Guayas el que hizo el disparo si éste se produce desde dentro de la choza y, por miserable que éste sea, resulta difícil poder determinar con precisión cuál de las dos personas que está adentro es la que hace un disparo?

Y más deleznable es aún el testimonio si tomamos en cuenta que una de las testigos es mujer de Capa, el otro posible implicado; otra es mujer de Guayas; una tercera es hija del propio Guayas; un cuarto y un quinto testigos son hijos de la víctima; un sexto testigo es, según el propio Tribunal, parte interesada, y no pudo ver el desarrollo de la escena; y un último testigo estuvo a gran distancia del lugar de los sucesos y mantiene su versión porque "se comenta" en el lugar que fue Guayas el que hizo el disparo. Como se vé, algunas de estas declaraciones ni siquiera pudieron haberse receptado por tratarse de personas comprendidas en la prohibición del Art. 114 del Código de Procesamiento Penal; otras debieron tomarse con mucha precaución por ser, precisamente, de personas interesadas en el asunto; y otras debieron rechazarse por ser de personas que estuvieron en posibilidad de presenciar los hechos en forma tal que les permitiera estar seguras de lo que había sucedido.

Todavía es más deleznable el aporte testimonial al tratarse de la segunda parte del suceso, o sea de los siete machetazos descargados sobre Armijos, por cuanto esto sucedió atrás y abajo de la choza de Guayas, es un sitio tal en que la propia habitación impedía la visibilidad de lo que estaba acaeciendo, al menos a buena parte de los testigos. Esto se dice y se reconoce en la diligencia de reconstrucción de los hechos.

Naturalmente la situación era compleja y el Tribunal, al tratar de establecer la realidad, afrontaba enormes dificultades; pero precisamente el Tribunal debió descubrir con las

reglas de la sana crítica el valor probatorio que podían tener las declaraciones de los testigos frente a un hecho de sangre, este sí perfectamente comprobado. Cabía, entendemos nosotros, la aceptación de la prueba conjetural basada en los indicios, según el Art. 190 del Código de Procedimiento Penal, pero no la ligereza con que el Tribunal resuelve el caso. Por supuesto, hay la posibilidad de que el Tribunal sí contara con la prueba suficiente para llegar al convencimiento de Guayas fue el autor de la muerte de Armijos; pero, entonces, la sentencia no está suficientemente motivada, según lo exigía el ahora derogado Art. 290 del Código de Procedimiento Penal.

b) **La autopsia:** En un homicidio esta diligencia reviste una importancia capital. Esto no se le escapa al estudiante del primer nivel de Derecho Penal. La existencia misma de la infracción dependerá de las conclusiones que saquen los peritos que la hayan practicado; dictamen que, naturalmente, el juez no está obligado a aceptar, pero que tiene un peso decisivo casi en la unanimidad de los casos.

Ahora bien, en el asunto que comentamos, y por lo que conocemos de él a través de las sentencias, la autopsia y su protocolo dejan mucho que desear, son elementales por decir lo menos. Entendemos claramente las dificultades del caso; y aun el Art. 186 del Código de Procedimiento Penal establece que, de no haber facultativos en el lugar o hasta veinte kilómetros de distancia, podrán intervenir en los "reconocimientos" personas no tituladas. Seguramente en el proceso se habrá dejado constancia de este particular y, por lo tanto, fue legal la intervención de dos "empíricos" en la autopsia. Tal vez la disposición legal se cumplió, pero ¿la autopsia y sus conclusiones eran científicamente confiables? He ahí un aspecto sobre el cual debemos manifestar nuestro escepticismo.

Estos son algunos puntos, exclusivamente técnicos, en los que habría sido necesario hacer una comprobación más calificada, a fin de poder contar con datos procesales más ciertos:

— En la autopsia se afirma que tanto una herida con proyectil de arma de fuego, localizada en la cabeza, como otra de machete, también en la cabeza, son mortales; pero no se determina cuál de las dos fue la causa de la muerte. Dadas las circunstancias era de primordial importancia establecer, en lo posible, si Armijos murió como consecuencia del disparo y, por tanto, los machetazos fueron dirigidos contra un cadáver; o si Armijos vivía todavía, pese a la herida de escopeta, y entonces sufrió los impactos del machete. Esta distinción, difícil en ciertos casos, pero no imposible (1), entre heridas vitales y post-mortales, podía haber sido utilizada eficazmente, como lo veremos más adelante, en la defensa del acusado.

— En las sentencias y en el acta de autopsia se habla repetidamente del disparo de escopeta que impactó en la frente de Armijos y que, presumiblemente, causó su muerte; pero, por desgracia, nada se dice de las especiales características que tiene un disparo de este tipo de arma; pues bien es sabido que el proyectil de escopeta está formado por perdigones que se abren en círculo al momento del disparo, pues en definitiva es un arma de cacería. Se ignoran las circunstancias concretas de tal disparo (2). ¿A qué distancia se hizo el dispa-

(1) Cfr. Lopez y Gisbert, *opus cit.* Tomo I, pp. 515 y sgs.

(2) *Ibid.*, Tomo I, p. 670.

ro? Este punto es esencial, pues solamente a corta distancia los perdigones producen heridas mortales, ya que, a mayor distancia, pierden relativamente fuerza y apenas penetrarían en un cuerpo. En el cadáver se encontraron solamente dos heridas producidas por la escopeta y éste es un dato básico para determinar la distancia y, posiblemente, la intención de la persona que hizo el disparo. ¿Se hizo siquiera una prueba con el arma para establecer su alcance, e inclusive determinar hasta qué distancia los perdigones “hacían bala”, como suelen decir los técnicos en la materia? Los vacíos producidos por el empirismo de los peritos que intervinieron en el caso privaron a los jueces de datos que pudieron tener sustancias de importancia en la resolución del asunto.

— Hay una afirmación bastante singular en el acta de la autopsia: se indica que en la extremidad inferior izquierda del cadáver se observa una desolladura, que demuestra ser efecto de quemadura con agua hirviente. Esta quemadura, que se agrega a los machetazos, sirve para establecer, a criterio del Tribunal del Crimen, el ensañamiento que tipifica el asesinato. Resulta curioso el hecho, pues al parecer ninguno de los testigos que presenciaron el acontecimiento reparó en esta acción de quemar con agua hirviente la pierna izquierda de Armijos, sino más bien todos testifican que, una vez dados los machetazos, Guayas y Capa huyeron del lugar. Amén de lo insólito de la acción (¿para qué arrojar agua en ebullición a la pierna de un moribundo o quizá de un muerto? ), mucho tememos que esta afirmación sea el producto de un error médico, que nos atrevemos a insinuar simplemente, con la reserva del caso. ¿No se tratará más bien de una forma especial de putrefacción de la piel lo que produjo a los empíricos la impresión de desolladura por quemadura? Nos remitimos simplemente a los expertos en medicina legal (3); pero agreguemos que ni siquiera se indica en las sentencias a los cuantos días de producido el suceso se practicó la autopsia, aunque se anota que el cadáver estaba parcialmente devorado por animales.

La frialdad de los datos es más elocuente que los comentarios acerca de la administración de la justicia penal en el Ecuador.

### La legítima defensa en el Derecho Penal ecuatoriano. —

Posiblemente la legítima defensa es una de las instituciones más exhaustivamente analizadas por la doctrina y no cabe ahora que insistamos en puntos que han sido suficientemente expuestos por muchos y notables autores. Simplemente veamos el asunto a la luz de los antecedentes legales ecuatorianos.

Nuestros tres primeros Códigos, el de 1837, en su Art. 414; el de 1872, en su Art. 452; y el de 1889, en su Art. 450, sitúan la legítima defensa, no en la parte general, dentro de las causas de justificación o eximentes de la responsabilidad penal, sino en la parte especial, en el capítulo de los crímenes y delitos ( utilizando la división tripartita) contra las personas, pues los hechos que, según tales artículos quedan exentos de pena son: “el homicidio, las heridas y los golpes”.

.....  
(3) *Ibid.*, Tomo I, pp. 348 y sgs., en donde se describe los procesos de putrefacción, que bien podrían confundirse, ante una mirada inexperta, con las desolladuras propias de una quemadura.

El Código de 1837 utiliza la siguiente fórmula: "Los que impedidos por la necesidad de defender su vida o la de otro, de una agresión injusta que no pueda evitarse por otro medio, mataren al agresor, en el acto mismo de la agresión, no serán responsables del homicidio". Se trata, en definitiva, del mismo texto del Art. 621, número primero, del Código Penal español de 1822.

Las disposiciones correspondientes de los Códigos de 1872 y 1889 han sido tomadas literalmente del Art. 328 del Código francés de 1810, probablemente a través del Art. 461 del Código belga, que es idéntico: "No hay crimen ni delito cuando el homicidio, las heridas o los golpes fueren exigidos por la necesidad actual de la legítima defensa de sí mismo o de otro". Como se ve, hay un verdadero retroceso con respecto al primer Código, pues éstos no definen ni precisan los elementos de lo que debe entenderse por legítima defensa, ni establece las condiciones en las cuales puede ser argüida, dejando a la jurisprudencia, como quería Ortolan, el hacer la aplicación concreta "conforme a la razón de derecho" (4).

El Código de 1906 vuelve a la tradición legal española y traslada el artículo a la parte general del Código. Lo hace con una redacción más amplia, no sólo en cuanto a los hechos que pueden justificarlos por la legítima defensa, sino también en cuanto a los requisitos exigidos para que ella se produzca. Dice así el Art. 23, primer inciso: "No comete infracción de ninguna clase el que obra en defensa necesaria de su persona, con tal que concurren las circunstancias siguientes: actual agresión ilegítima; necesidad racional del medio empleado para repeler dicha agresión; imposibilidad de recurrir a la fuerza pública, en el momento de ser agredido; y falta de provocación de parte del que se defiende".

Si comparamos este texto con el del Art. 19 del Código vigente, se verá que es muy similar, pues tan sólo se ha eliminado uno de los requisitos que el de 1906 exigía y se ha matizado otro de ellos. El requisito eliminado es el relativo a la imposibilidad de recurrir a la fuerza pública, lo cual, indudablemente, se justifica por dos razones: dicha exigencia se encuentra en verdad comprendida dentro de la necesidad racional del medio empleado; y porque la doctrina más frecuente admite que aun en presencia de la fuerza pública puede una persona defenderse por sí misma, ya que este recurso no tiene, no puede tener el carácter de subsidiario. En cuanto al matiz agregado se refiere a la falta de provocación, que el Código actual exige que debe ser "suficiente".

Ahora bien, es cierto que el Art. 19, al establecer los tres requisitos de la legítima defensa, aclara y delimita su aplicación; pero, de todas maneras la institución misma plantea un sinnúmero de problemas teóricos y prácticos (5). Citemos solamente dos: ¿exige nuestro Código la existencia del *ánimus defendendi*? ¿Qué derechos de la persona pueden ser defendidos legítimamente? En cuanto a lo primero, podría responderse que sí, al emplear el Código la fórmula: "... el que obra en defensa necesaria de su persona", que parece eliminar toda otra posible motivación, como la venganza, la ira o el miedo ( y este punto en el caso tiene una notable importancia); y en cuanto a lo segundo, la defensa de la persona, de que

(4) M. Ortolan, Tratado de Derecho Penal. (2 vol., Madrid: 1878), Tomo I, p. 60.

(5) Ver, por ejemplo, el amplio análisis que hace del asunto Jiménez de Asúa en su Tratado....., Tomo IV

habla el Código, ¿se limita exclusivamente al rechazo de las agresiones físicas que una persona puede sufrir o se extiende también a la defensa de otros derechos? Dice, al respecto, Pérez Borja:

“Pero, interpretando nuestro Código de acuerdo con la letra de la ley y con los principios, creo que al decirse “de su persona”, está comprendida también la defensa del honor, porque éste es un derecho que se refiere a la personalidad psíquica; y si podemos impedir que se nos quite la honra, tenemos derecho para hacerlo; solamente que el mal que causemos al atacante a nuestro honor debe ser proporcionado a la agresión...” (6).

Naturalmente, la duda en la interpretación terminaría si nuestro Código hubiese adoptado plenamente, por ejemplo, la vigente redacción del Código español: “El que obra en defensa de su persona o derecho”.

Estas dificultades no han sido resueltas por la jurisprudencia, que es muy escasa y apenas ha rozado los intrincados asuntos que la institución plantea. Recordemos como valiosas una antigua sentencia de 1884 (Gaceta Judicial, Segunda Serie, No. 9), bajo el régimen del Código de 1872, en la cual la Corte Suprema absuelve al sindicado, aceptando la existencia de esta causa de justificación, pues el sindicado “avisado de las graves amenazas” que se habían hecho contra él, disparó contra los amenazadores cuando éstos simplemente subían, en horas de la noche, la escalera de la habitación del sindicado. Otra importante sentencia, mucho más moderna ( Gaceta Judicial, Serie Once No. 11 ) hace un análisis doctrinario sobre el alcance de la legítima defensa, que juzgamos especialmente acertado, determinando que ésta existe aunque el agredido haya tenido posibilidad de huir, pues la legítima defensa no tiene el carácter de subsidiaria frente a otras alternativas que pudo tener el injustamente agredido.

### **Provocación y exceso de legítima defensa en el Derecho Penal ecuatoriano.**

En los cuatro primeros Códigos ecuatorianos no se menciona siquiera el llamado exceso de legítima defensa. Se incluye en cambio la “excusa de provocación”; en los Códigos de 1872 y 1889, en el capítulo de los delitos contra las personas; y en el de 1906, en la parte general; pero en todo caso con igual texto: “Son excusables el homicidio, las heridas y los golpes, cuando han sido provocados por golpes, heridas u otros maltratamientos graves de obra, inferidos en el mismo acto, al autor del hecho, o a su cónyuge, o a sus ascendientes o descendientes, o a sus hermanos, o a sus afines dentro del segundo grado”. (Código de 1872, Art. 447; Código de 1889, Art. 445; Código de 1906, Art. 28 ). También en este punto, la inspiración del legislador ecuatoriano es, en último término, el Art. 321 del Código francés de 1810.

.....

(6) Pérez Borja, *opus cit.*, Tomo I, p. 253.

El Código actual, Art. 25, mantiene la excusa de provocación y la amplía, en cuanto es excusable la respuesta no sólo a golpes, heridas o maltratamientos graves de obra, sino también a "fuertes ataques a la honra o dignidad", del autor del hecho, de su cónyuge o de sus parientes próximos. Pero no se queda ahí el Art. 25, sino que en un segundo inciso agrega lo siguiente: "Son también excusables las infracciones determinadas en el inciso anterior, cuando son el resultado de un exceso de legítima defensa".

Los problemas que este artículo plantea son, si quiere, más complejos todavía que los derivados del Art. 19. Cabe, en primer término, preguntarnos si la situación descrita en el primer inciso del Art. 25, es decir la provocación, no es precisamente un caso de exceso de legítima defensa. Examinemos doctrinalmente el asunto. Ortolan, el clásico comentarista del Código francés, dice al respecto:

Es necesario guardarse muy bien de confundir el caso de provocación con el de legítima defensa. Entre ambas situaciones hay dos signos distintivos de separación: el uno material, el tiempo en que se coloca el acto, y el otro moral, el espíritu que en él ha presidido. En efecto; los actos de legítima defensa tienen lugar antes de que se haya recibido el mal; y los actos producidos por la provocación, después: los primeros, con un espíritu de defensa para evitar el mal, y los segundos, con un espíritu de resentimiento y con el fin de vengarse de ellos ( 8 ).

Pérez Borja, siguiendo este criterio y aplicándolo al Código ecuatoriano, cree justificada la diferencia (9). Pero se debe aclarar que, en el caso concreto del Art. 25, no se trata de la distinción entre excusa de provocación y legítima defensa, sino entre excusa de provocación y exceso de legítima defensa. La lectura atenta de dicho artículo parece concluir en que la situación descrita en el primer inciso sí es un caso de exceso, el llamado desde antiguo exceso en los medios. En efecto, hay una agresión -provocación, dice el Código- y se responde a esta agresión con medios desproporcionados, pues a injurias graves de palabra u ofensas de obra se responde con golpes y heridas que inclusive pueden causar la muerte del agresor. Y en cuanto al elemento material de que hablaba Ortolan, es decir, el tiempo en que se coloca el acto, nuestro Código exige que esta respuesta sea "en el mismo acto", con lo cual el signo distintivo que recalca el tratadista francés realmente desaparecería.

Si esto es así, ¿por qué se mantiene en el Código el primer inciso? Es obvio suponer que, cuando el legislador de 1938 agregó el segundo, lo hizo porque pensaba que se refería a una situación diferente pero, aparte la concepción tradicional, que tal vez se explicaba cuando sólo había en el sistema penal la excusa de provocación, ¿tal duplicación se justifica? Otro jurista francés, éste contemporáneo y uno de los magistrados de Nuremberg, Donnadiou de Vabres, es tajante: "El legislador ha creado para el caso en que los límites de la legítima defensa fueron sobrepasados una excusa atenuante... Es la excusa de provoca-

(7) Conocemos tan sólo los fallos publicados en la Gaceta Judicial, de acuerdo al siguiente detalle: Segunda Serie No. 9; Tercera Serie No. 130; Quinta Serie No. 81; Serie Once Nos, 11 y 14.

(8) Ortolan, opus cit., Tomo I, pp. 63 - 64.

(9) Pérez Borja, opus cit., Tomo I, p. 275.

ción que tiene por objeto rebajar la pena hasta una prisión de corto plazo". (10) Ese es también nuestro pensamiento: el segundo inciso parece ser suficiente, pues comprende la situación descrita en el primero.

Quedan, naturalmente, más cuestiones por resolver: ¿qué debe entenderse por exceso en la legítima defensa para que opere como circunstancia de atenuación privilegiada o circunstancia de excusa como la denomina nuestro Código?

Sin querer, por supuesto, profundizar en la materia, vale la pena hacer algunas observaciones sobre ella. Quizá, en principio, podría decirse que hay exceso si deja de cumplirse alguno de los requisitos de la legítima defensa. Pero esa afirmación tan terminante no puede mantenerse; y, empezando por el primer requisito, surgirían los absurdos. ¿Cabría, por ejemplo, hablar de exceso de defensa si no ha habido agresión ilegítima? Por eso tal vez surgió la ya vieja doctrina de los prácticos. Según éstos, el exceso podía ser en los medios, en el tiempo o en la causa. Carrara desecha esta teoría, así como también distingue entre provocación y defensa legítima y concluye sus observaciones de la siguiente manera:

Ni la ciencia ni la ley pueden definir las nociones de la defensa, del exceso de defensa y de la provocación, mediante la descripción de uno o de otro de sus accidentes materiales, porque su esencia es enteramente psicológica, y sólo la prudencia de los jueces pueden juzgar las condiciones psicológicas del acusado.

- 1) Cuando cesó el temor, y se dió muerte por un impulso de ira, ya no debe hablarse ni de defensa, ni de exceso.
- 2) Si el móvil fue siempre el temor de un peligro, apreciado con buen criterio, ya no debe hablarse de provocación, sino de defensa.
- 3) Cuando hay causa real de temor ( no procurada por imprudencia propia ), y necesidad de dar muerte ( si verdadera o racionalmente el agredido lo juzga así ), estamos dentro de los términos precisos del moderamen, es decir de la legítima defensa.
- 4) Si hubo error o exageración, no fácilmente excusables, ya en temer, ya en preferir la reacción a la fuga ( ? ), ya en elegir la manera de reaccionar, o si hubo imprudencia en causar el propio peligro, estaremos dentro de las condiciones del exceso de defensa, o sea, de la defensa excedente, que es imputable sí, pero nunca más allá del motivo de la culpa. Si el dolo es la intención de realizar un acto que se sabe que es contrario a la ley, esta definición misma del dolo lo hace inaplicable a la noción exacta del exceso de defensa, en virtud de una contradicción absoluta.
- 5) Si no sólo hubo temor, sino también un verdadero estado de miedo, por cualquier lado que se mire el exceso, nunca será imputable. El miedo no puede ser dominado

(10) Citado en: Enciclopedia Jurídica OMEBA, *Francisco Blasco Fernández de Moreda*, "Legítima de-  
fensa" ( Buenos Aires: 1955 ), Tomo XVIII, p. 182

por la voluntad humana, el hombre a quien alcanza ese rayo, queda en un momento de insania, y los mentalmente insanos no son imputables... (11).

En definitiva Carrara sostiene que el exceso, para ser causa de atenuación, tiene que ser culposo, ya sea por error, ya por imprudencia. La pena no desaparece porque, en todo caso, se ha producido una infracción reprochable, pero se atenúa por ser menor siempre la gravedad del hecho.

La tendencia a considerar el exceso de legítima defensa como un hecho atribuible a la culpa se acentúa posteriormente. Así Maggiore distingue tres posibilidades: la respuesta excesiva a una agresión puede depender de caso fortuito, de dolo o de culpa. El caso fortuito no tiene importancia jurídica; si el exceso es doloso, el agente será plenamente responsable del delito cometido; y si el exceso es culposo, responderá por delito culposo si el hecho está previsto por la ley como tal ( Recordemos que el Código italiano sólo castiga los delitos culposos cuando la ley específicamente los tipifica ) ( 12 ).

Jiménez de Asúa cree que el exceso en la defensa puede ser una causa de inculpabilidad; pero, por supuesto, el problema central es determinar cuáles emociones excuspan el exceso. ¿Sólo el temor o el miedo, o también el ardor combativo, la cólera o la venganza? Muchos autores sólo aceptan lo primero, pero Jiménez replica:

Asertos tan terminantes son difíciles de aceptar. Cuando Mira López se refiere al miedo, demuestra, con sus grandes dotes de psicólogo, y apoyándose en autores prestigiosos, que la situación asténica del miedo, en ciertos estados avanzados, se mezcla casi siempre de un profundo sentimiento de cólera. El juez deberá, pues, discernir cuándo el exceso se debe a una emoción nacida del aturdimiento, del temor o del miedo, aunque se mezcle inevitablemente con otra de índole colérica, y cuándo es sólo la ira vindicativa la que lleva al agente a excederse en la protección de su persona o derechos ( 13 ).

Parece, pues, que la tendencia moderna en el tratamiento del exceso centra su atención en el origen mismo del exceso ¿hay dolo o culpa en ese origen? Y para encontrar esa distinción, se atiende fundamentalmente a la emoción que provocó el exceso; pero, pensamos, que aquí nuevamente el problema se invierte y, otra vez, de la interioridad del agente volvemos a la objetividad de los hechos sucedidos. En efecto, cabe preguntar si la emoción, dolosa o culposa, pueden llegar a eliminar algunos requisitos, y cuáles, de la legítima defensa. A este respecto, Fernández de Moreda señala lo siguiente:

"Hay condiciones o requisitos de la legítima defensa que no pueden en modo alguno estar ausentes del comportamiento del sujeto, sin que tal comportamiento pierda el carácter de defensivo con que le califican; y que es la base sustancial para que ante el mismo pueda hablarse de defensa perfecta o imperfecta, e igualmente de

(11) Carrara, *opus cit.*, TOMO III, pp. 490 - 491.

(12) Maggiore, *opus cit.*, Tomo I, 430.

(13) Jiménez de Asúa, *opus cit.*, Tomo VI, pp. 914 - 929.

exceso en la defensa.

Estas **condiciones** o requisitos son el *ánimus defendendi*, el que haya una agresión ilegítima contra la que se reacciona y la necesidad de la defensa.

Consiguientemente la apreciabilidad del exceso en la defensa queda circunscrita a los supuestos en que no hubo por parte del defensor de sí propio o de tercero falta de provocación suficiente o existió desproporción entre la gravedad del ataque y la intensidad de la reacción defensiva ( 14 ).

En definitiva, pues, Fernández enlaza su punto de vista con la más tradicional doctrina acerca del exceso y lo hace, quizá, en la necesidad de encontrar una solución práctica, que posiblemente, no puede ser dada exclusivamente por la teoría del exceso emocional, tan difícil de comprobar. Por ello agrega este autor, con respecto a la distinción entre exceso doloso y culposo:

Los autores españoles... admiten generalmente la atenuación en los casos de exceso por dolo, excepción hecha de la hipótesis de pretexto de legítima defensa.

La solución justa ante el código argentino y cuantos equiparan el exceso en la legítima defensa con la delictuosidad por culpa es la de estimar tal equiparación, no de carácter intrínseco, sino extrínseco, sólo a los efectos de la graduación de la pena.. Y, por ende, aceptar la responsabilidad atenuanda legalmente prescrita para el exceso, también en los casos de determinado por dolo... con la excepción del de pretexto de legítima defensa, en el que estaría ausente el elemento subjetivo del *ánimus defendendi*, y aquellos en que el exceso en la realización defensiva fuere tan desmesurado, que excluyese la nota de la necesidad de la defensa ( 15 ).

Y no faltan autores que llegan inclusive a sostener que todo exceso es doloso, y que, por lo tanto, la única posibilidad de aplicar una atenuación a la pena por este motivo es ésta. Así lo sostiene Puig Peña:

“La doctrina de la asimilación dolosa fue patrocinada por los positivistas y se sigue en realidad por algunos códigos. A nuestro juicio es más certera que la de la asimilación culposa. ¿Cómo puede hablarse aquí de error de cálculo? decía Impallomeni. ¿Dónde está la culpa o la imprudencia? En el exceso el delito es doloso y el dolo consiste en la conciencia de inflingir al adversario un mal no necesario, por la desproporción entre la acción ofensiva y la acción defensiva. Claro que cuando por la perturbación ocasionada por la agresión no ha existido este discernimiento, entonces no podemos hablar de dolo, pero tampoco podremos hablar de culpa. Estamos ante una causa de inimputabilidad ( 16 ).

(14) Enciclopedia OMEBA, Tomo XVIII, pp. 181 - 182.

(15) *Ibid.*, Tomo XVIII, p. 186.

(16) Puig Peña, *opus cit.*, Tomo II, p. 64.

El asunto se discutió también cuando se redactaba el Código Penal Tipo para Latinoamérica. Entonces se aceptó una fórmula propuesta por el profesor chileno Etcheberry, que admite el exceso doloso y el culposo. ( 17 ).

Al margen de estas discrepancias doctrinarias, creemos que debe destacarse la diferencia esencial que, desde el punto de vista de la responsabilidad penal, existe entre la legítima defensa y el exceso. En la primera hay una causa de justificación, no hay situación antijurídica, no hay delito en definitiva. En la segunda, hay delito, con una responsabilidad grandemente atenuada por el imperio de las circunstancias en que el delito se produce; pero, insistimos, hay una violación jurídica que debe ser sancionada.

La jurisprudencia ecuatoriana, por desgracia, como en tantos otros muy poco aclara los problemas planteados, Mas bien, a veces, nos confunde más acerca del alcance las disposiciones legales. Citemos alguna jurisprudencia de la Corte Suprema:

— Por resolución del 9 de mayo de 1933 ( 18 ), es decir antes de la vigencia del Código actual, se determina que es correcta la calificación de "excusa de provocación", en el caso de un policía que solicitaba autorización para sacar a un enjuiciado que se había refugiado en una casa. Desde lo alto de la escalera de dicha casa, le hicieron dos disparos de revólver. Ante ello, el policía disparo el fusil y mató. Tanto la sentencia del Tribunal del Crimen como el auto confirmatorio de la Corte son excesivamente breves y no discuten con debida amplitud los fundamentos del tal criterio, por lo cual la resolución nos deja insatisfechos. ¿No habría más bien una plena legítima defensa?

— Es la misma valiosa sentencia, publicada en la Serie XI No. 11, que hemos citado anteriormente, se hacen algunas consideraciones sobre el exceso, que nos parecen sumamente oportunas:

"El exceso de legítima defensa sólo puede existir, cuando, con plena conciencia de los límites o de la necesidad dentro de la cual se está autorizado a defenderse se excede de dichos límites, o cuando se supera los límites impuestos por necesidad por efecto de una de las inobservancias de normas de conducta a través de las cuales puede manifestarse la culpa. De modo que el exceso de defensa puede ser doloso cuando se supere, de modo voluntario y consciente, los límites legales, con los medios empleados; o culposo cuando por un error vencible se emplee un medio inadecuado excesivo y desproporcionado para repeler la agresión" ( 19 )

— Hay una sentencia más reciente ( 20 ), del 12 de mayo de 1972. En la parte que nos interesa, la Corte rechaza la existencia del exceso de legítima defensa porque, dice, se precisa que "... el agente al encontrarse frente a los hechos enmarcados dentro de la disposición

(17) Citado por: Código Penal Tipo para Latinoamérica, publicado bajo la Dirección del Prof. Francisco Grisolia ( Santiago de Chile: 1973 ), Tomo II, pp. 205 - 208.

(18) Publicada en la Gaceta Judicial, Serie VI No. 81, pp. 1860 - 1861.

(19) Publicada en la Gaceta Judicial, Serie XI No. 11, p. 1608.

(20) Publicada en la Gaceta Judicial, Serie XI No. 14, pp. 2036 - 2042.

del Art. 19 del Código Penal, se hubiere excedido en la acción defensiva; o sea, que esta acción hubiere continuado más allá de la racional y necesaria actividad precautelatoria del derecho amenazado..." y se señala a continuación un ejemplo de exceso: haber desarmado al agresor y no obstante esta circunstancia haberlo victimado.

Todo lo que hemos venido apuntando sobre el exceso de legítima defensa acentúa nuestra perplejidad acerca de sus características. Arriesgaremos de todas maneras un pronunciamiento; para que exista exceso excusable en la defensa debe dejarse de cumplir alguno de estos requisitos exigidos en el Art. 10: actualidad de la agresión, necesidad racional del medio empleado en la defensa o falta de provocación suficiente del agredido. Los otros elementos deberán, naturalmente subsistir, pero realmente no parece ser relevante frente a la esencia misma del exceso su origen doloso o culposo, y así lo dice expresamente una de las sentencias citadas. Ahora bien, si el exceso es consecuencia de una grave turbación o ofuscación provocada por la agresión, en este supuesto, el agente no sería punible por una causa de inculpabilidad. Veremos posteriormente cómo se aplicarían estos conceptos al asunto que estamos comentando.

## El ensañamiento

La existencia o no de ensañamiento, es, como se ha visto de las sentencias, un elemento esencial de este caso, del cual depende, no sólo el mayor o menor rigor de la pena, sino también el que la Corte Suprema rechace la formulación legal empleada por el Tribunal del Crimen. Y, aún, creemos nosotros, pudo tener otra repercusión, no entrevista en ninguna de las dos sentencias.

El ensañamiento aparece en nuestro Código entre las agravantes comunes del Art. 30; y, además, dentro de las constitutivas del delito de asesinato enunciadas en el Art. 450. Aunque la explicación que se añade a continuación en los dos artículos tiene una redacción diferente, la idea es básicamente la misma y aclara suficientemente el alcance del término en nuestro Derecho. En el Art. 30 reza así el Código: "... con ensañamiento o crueldad, haciendo uso de cualquier tortura u otro medio de aumentar y prolongar el dolor de la víctima"; mientras que el Art. 450 dice: "Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido". De esto se deduce que lo que caracteriza al ensañamiento es el modo de cometer el delito utilizando medios capaces de aumentar innecesariamente el dolor de la víctima.

El concepto es claro; pero cabe preguntarnos, para lo que nos interesa, si habrá ensañamiento cuando el agente ha causado más de una herida en la víctima. Cedamos la palabra en este punto al tratadista argentino Ricardo Levene (h), quien al respecto afirma:

Muchos han creído que la típica frase "coser a puñaladas" implica ensañamiento. Pero desde el primer momento debemos hacer un distingo fundamental. El ensañamiento se caracteriza por algo más que la acción de dar varios golpes a la víctima, haciéndola sufrir más que con uno o pocos golpes. El ensañamiento requiere una idea, una circunstancia subjetiva, que precisamente consiste en ese propósito deliberado de causar daño de más por crueldad. Por eso es un modo cruel de matar. Idea subjetiva que es independiente del propósito de dar muerte, que pertenece al dolo

de todo homicidio, o sea, que no basta querer matar, sino que debe quererse matar con conducta perversa, en forma tal que se aumentan los males que se causan a la víctima. Hay entonces un requisito subjetivo, por lo que no debemos atenernos solamente a condiciones objetivas como sería el número de las heridas causadas...

Esto nos permite eliminar la existencia del ensañamiento en aquellos golpes o heridas que se dan al cadáver, o sea, cuando ya se ha producido la muerte. No hay ensañamiento en estos casos. Como tampoco lo constituye descuartizar el cadáver para hacer desaparecer los rastros del crimen... Esto podrá constituir o no otro delito, según las legislaciones, pero no el de homicidio con ensañamiento, el cual requiere que la víctima se encuentre aún con vida, y que ya indefensa, sufra por la acción del homicida dolores innecesarios, que no son imprescindibles para provocar la muerte.

Ahora bien, si el homicida cree que no está causando dolores o sufrimientos innecesarios, o si considera que esos dolores o sufrimientos son condición indispensable para poder dar la muerte, no estamos tampoco ante un caso de ensañamiento, porque según lo anteriormente explicado, debe existir una doble intención: una, la de matar; y otra, la de dar muerte en forma de causar sufrimientos superiores a los necesarios. Si el homicida cree que tal actividad es imprescindible para el homicidio, nos encontraremos frente a un caso de homicidio simple y no de homicidio por ensañamiento (21).

Vemos, por el razonamiento del profesor Levene, que puede haber múltiples heridas y no haber ensañamiento, ya porque esas heridas se produjeron para asegurar la muerte, son necesarias para ello, o porque se propinaron a un cuerpo sin vida. Así lo reconoce no sólo la jurisprudencia argentina citada por Levene, sino también la española, y esto es importante porque nuestra disposición del Art. 450 está copiada textualmente del Art. 406 numeral cuarto del Código español ( 22 ).

En cuanto a la jurisprudencia ecuatoriana, examinemos algunos casos:

— Una sentencia del 3 de junio de 1954 ( 23 ) considera que hubo ensañamiento en el caso de un robo con homicidio ejecutado por una mujer con una plancha "asentándole el primer golpe en la cabeza y luego a los ayes de dolor se ensaña sobre ella ( la víctima era otra mujer ) continuando su agresión con la misma arma hasta dejarla exánime".

— Otra sentencia del 23 de mayo de 1955 (24) considera por voto mayoritario que hubo ensañamiento en el caso de un individuo que peleaba con otro y le produjo una herida mortal con una navaja. Cuando el herido cayó y se desangraba, el autor "volviendo hacia su víctima ya caída le dio de puntapiés en la cara y en la cabeza". En este caso se produce el voto salvado de un Ministro, que anota: "El hecho de haber propinado el sindicado dos

(21) Levene, *opus cit.*, pp. 225 - 226.

(22) Márquez Azcárate, *opus cit.*, p. 99.

(23) Publicada en la *Gaceta Judicial*, Serie VIII, No. 5, pp. 467 - 471.

(24) Publicada en la *Gaceta Judicial*, Serie VIII, No. 11, p. 1052.

patadas cuando el contrincante estaba caído, no puede estimarse absolutamente como ensañamiento”.

En el primer caso puede ser más discutible la calificación de la Corte, pues no se establece de manera objetiva que los golpes de planchas se dieron solamente por crueldad, por perversidad; en el segundo caso parece más claro el concepto de la Corte, pues claramente se ve que las patadas propinadas eran absolutamente innecesarias para la obtención del resultado deseado, y el voto salvado se explica, tal vez, en que los hechos adicionales, para el criterio del Ministro, no tienen la suficiente gravedad como para establecer el requisito de inhumanidad que exige el Código. Pero lo que sí parece claro es que la Corte exige para declarar existente esta agravante una muestra especial de crueldad innecesaria y brutal ( Anotemos, de paso, que habría que distinguir el ensañamiento de la sevicia, que algunos códigos catalogan como otra circunstancia determinante de la existencia de homicidio calificado ).

— En dos sentencias más recientes, de 14 de junio de 1971 y de 19 de enero de 1972, la Segunda Sala de la Corte Suprema mantiene un criterio doctrinario que distingue certeramente el elemento fundamental del ensañamiento. En la primera de estas sentencias, apoyándose en Fontán Valestra, sostiene la Sala: “En quien se ensaña para matar hay un doble propósito: hacer sufrir innecesariamente, y de un modo distinto del de causar la muerte y hacer morir”. El mismo criterio se mantiene en la segunda de las sentencias: “Tampoco se podría admitir que la reiteración de golpes constituya ensañamiento, pues características de esta última circunstancia es un doble móvil: hacer sufrir y hacer morir”. ( 25 ).

En el caso que estamos comentando, la existencia o no de ensañamiento tiene notable importancia, no sólo para la calificación del hecho como homicidio simple o como asesinato y con ello para el mayor o menor rigor de la pena; sino también, como anota la Corte, porque resulta muy discutible que el ensañamiento sirva, al mismo tiempo, para establecer la circunstancia de excusa del segundo inciso del Art. 25 y para configurar el delito de asesinato. Naturalmente que aquí se plantea el problema de la posible extensión de dicha circunstancia de excusa. Este artículo comienza diciendo: “Son excusables el homicidio, las heridas y los golpes...”. ¿Querrá decir, solamente, el homicidio simple sancionado por el Art. 449? ¿O también el homicidio cometido con alguna de las circunstancias enumeradas en el Art. 450 y que el propio artículo denomina asesinato? Por supuesto que en esta distinción estarían involucrados el alcance y la autonomía del concepto de este segundo delito; ¿es en el Código ecuatoriano un delito distinto, como podría creerse, inclusive por tener un nombre propio tipificador, o no es sino un homicidio calificado, es decir una especie agravada del género homicidio, como en muchos códigos se establece?

El problema excede las pretensiones de este análisis e ignoramos además las intenciones que sobre este punto pudo haber tenido el legislador ecuatoriano. Simplemente, y concretándonos a nuestro tema, destacamos las diferencias entre los enunciados de varios artículos que tratan acerca de la legítima defensa. El 19 dice: “No comete infracción de ninguna clase el que obra en defensa necesaria de su persona... ”; el 22: “Tampoco hay infrac-

(25) Galo Espinosa. Diccionario de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (Quito, 1974). Tomo I, p. 257.

ción alguna cuando uno de los cónyuges mata, hiere o golpea..."; el 27: "Asimismo es excusable la infracción que comete una persona... ora mate, hiera o golpee..."; mientras que el 25, que es el que nos toca, dice: "Son excusables el homicidio, las heridas y los golpes.... ¿Podremos sacar como conclusión que un caso de asesinato no puede estar comprendido dentro de la situación jurídica conocida como exceso de legítima defensa? Y si fuera esa la conclusión a la que tendríamos que llegar, podríamos seguir preguntándonos si tal limitación es aceptable. No olvidemos que en el exceso, a diferencia de la legítima defensa subsiste una situación antijurídica, hay un delito, grandemente atenuado, pero que merece sanción. Ahora bien, este delito, ¿puede ser un homicidio simple y no un homicidio calificado o asesinato? ¿por qué? No encontramos una respuesta adecuada para esta distinción.

Al margen de tal cuestión, es evidente la importancia que tiene la determinación exacta de lo que es ensañamiento como circunstancia calificadora del delito de asesinato, en éste o en otros casos similares.

### La calificación de los hechos.

Examinados los asuntos de hecho y de derecho que aparecen en este caso, cabe, ahora sí, emitir un juicio sobre las sentencias que venimos examinando.

Bien se ve que el caso no es nada fácil, que los hechos tan rápidos y controversialmente sucedidos no son clasificables a primera vista en uno u otro tipo jurídico; al menos, en las sentencias no se dispone de material suficiente para un pronunciamiento terminante, pero nos hemos atendido a lo que en ellas se contiene, aunque suponemos que en todo el proceso hubo graves vacíos, algunos de los cuales los hemos comentado ya anteriormente.

Ahora bien, la tarea de un juez, y más en el campo penal, es sobremanera difícil y delicada; pero la obligación del magistrado es estudiar lo más concienzudamente el asunto y dictar sentencia una vez que ha llegado a una convicción razonable y legal. El propio Código de Procedimiento Penal así lo ordena expresamente.

Hay tres puntos en este caso que nos parecen claves y que juzgamos han sido resueltos, especialmente en segunda instancia, muy superficialmente. ¿Hubo o no ensañamiento? ¿Hubo o no legítima defensa? Y de ser negativa la respuesta a esta segunda pregunta, ¿pudo o no ampararse el sindicado en la excusa del Art. 25 ?.

—¿Hubo o no ensañamiento? No podemos ser muy definitivos en este asunto, pero sí es factible señalar varias hipótesis. Desde un punto de vista objetivo, podríamos afirmar que, si la víctima murió por efecto del disparo de escopeta y los machetazos fueron propinados a un cadáver, ya no habría ensañamiento. En cambio, desde un punto de vista subjetivo la hipótesis tendría que construirse a base de la pregunta: ¿por qué el sindicado salió con un machete, luego del disparo, y lanzó machetazos sobre Armijos, ya exánime o moribundo, si no muerto? ¿Para asegurarse de que moriría? Entonces ya no habría ensañamiento, porque el acto era necesario para producir el resultado mortal y no se lo hacía para "aumentar deliberada e inhumanamente el dolor de la víctima". ¿Fue, acaso, una prolongación del acto inicial de defensa, producidas por la ira o el temor? No podemos saber la respuesta exacta a esta pregunta. ¿La víctima estaba en capacidad de sentir más dolor?

En definitiva, no podemos ser tajantes, por carecer de datos parciales suficientes, pero nos inclinamos a dar una respuesta negativa a esta primera pregunta.

— **¿Hubo o no legítima defensa?** La Corte Suprema parece entender que, si la respuesta a la primera pregunta fuese afirmativa, ya ni siquiera cabría plantear esta segunda cuestión. Pero si la primera pregunta fuese respondida negativamente, como nos inclinamos a creer, cabría plantearse también este segundo punto.

Si en el desarrollo de los hechos, Guayas se limitaba a disparar la escopeta y herir a Armijos, aunque esta herida fuese mortal, la situación quedaría encuadrada dentro de los límites de la legítima defensa, según el Art. 19. En efecto, habría el elemento subjetivo: ánimo de defensa y no ningún otro; y habría también los tres requisitos objetivos: actual agresión ilegítima; necesidad racional del medio empleado para la defensa: a un ataque que podía ser mortal, con arma de fuego, se respondió con otra arma de fuego; falta de provocación suficiente, pues no sería tal el negarse a desocupar unas tierras cuya situación legal, era, al menos, discutible.

El problema se complica cuando el sindicado, una vez asegurado su defensa con el disparo, sale con el machete y remata a Armijos en el suelo. Esta acción muy difícilmente podría justificarse bajo esta causal de legítima defensa, pues parece muy claro que ya no era una acción necesaria y que el elemento subjetivo ha quedado gravemente menguado, si no transformado del todo en ira, venganza o temor. Todo esto, por supuesto, siempre y cuando haya habido en realidad dos momentos en la acción, porque si bien teóricamente podemos distinguir esos dos momentos, es muy difícil determinar si, en la realidad, en el ánimo del sindicado hubo esa distinción.

— Como las dos respuestas previas son negativas, cabe que examinemos la tercera posibilidad. **¿Le amparaba o no a Guayas la circunstancia de excusa del Art. 25?** Este es el punto más difícil y en el cual no cabe sino volver a embarcarnos en consideraciones de orden subjetivo, suposiciones angustiosas para un juez que trata de llegar al pleno establecimiento de la verdad.

Recordemos el antiguo dilema propuesto por Carrara ( aun cuando para muchos comentaristas no sea pertinente ), que a lo mejor nos sirve en este caso. Si la respuesta que se da a una agresión sobrepasa la defensa necesaria, hay dos posibilidades: que se haya actuado impulsado por la ira o por el temor. En el primer caso, Carrara habla de la excusa de provocación; en el segundo, de exceso de legítima defensa. ¿Es posible que el autor de este hecho haya obrado bajo el impulso de otra emoción o pasión que no fuese una de estas dos? ¿La pura perversidad, que configura el ensañamiento, podrá haberle llevado a la segunda parte de su acción? ¿Hay algún antecedente que nos permitiría opinar de esta manera? Nos inclinamos a pensar que no. Lo más probable es que haya sido por ira, pero el temor ante un sujeto de antecedentes peligrosos tampoco puede ser descartado. En cualquiera de los dos casos, parecería que Guayas habría estado amparado por la situación legal descrita en el Art. 25.

Ahora bien, yendo un poco más allá de las concepciones de Carrara en el análisis del exceso y si aceptamos la posibilidad de un exceso doloso, aun así, dentro de la teoría,

deberíamos aceptar también que en este caso hay un exceso de legítima defensa, pues claramente se ve que éste no es un caso de "pretexto de legítima defensa".

En último término, si aún se desecharía este exceso, entendemos que el tipo aplicable al caso, subsidiariamente, sería el de homicidio simple, con la existencia de la circunstancia atenuante del numeral 1o. del Art. 29, con lo cual la pena quedaría notablemente reducida.

## Conclusión.

Nuevamente debemos declarar que, en las sentencias discrepantes que hemos examinado, más razón parece haber en la del Tribunal del Crimen que no en la de la Corte Suprema, que es, obviamente, la definitiva. La conclusión que podemos sacar es idéntica a la expresada en el caso anterior: las pruebas son deleznable; los razonamientos sobre instituciones penales complejas son superficiales, por no decir vacuos, y el análisis del caso deja vacíos sin resolver y problemas sin afrontar. Y se trata, otra vez, de un humilde campesino que, por circunstancias desgraciadas y por carecer de los necesarios recursos para su defensa, recibe una condena de ocho años de reclusión.

# LIMITACIONES REALES A LA LIBERTAD SINDICAL

DR. JULIO CESAR TRUJILLO V.

*El presente trabajo fue leído por su autor en el V Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social realizado en México el año 1974.*

Las asociaciones sindicales, como especie de asociaciones que organizan a un sector importante de las clases populares, tienen singular importancia en los países en proceso de desarrollo, tanto desde el punto de vista estrictamente laboral cuanto en los órdenes económico, social, cultural y político.

La importancia de los sindicatos en la vida laboral, en calidad de instrumento puesto por el Derecho del Trabajo en manos de los trabajadores para alcanzar mejores condiciones en la prestación de sus servicios ha sido ampliamente estudiada por insignes laboristas, muchos de los cuales se encuentran presentes en este Congreso, sería, pues, vano pretender agregar novedad a lo dicho, sobre el particular, por los ilustres maestros, a menos que se tratara de un estudio empírico sobre la vida del sindicalismo en nuestro continente.

En cambio, algo se puede decir acerca de las limitaciones que para la libertad sindical provienen de las nuevas instituciones que aparecen en el mundo económico y político de nuestros países y de las particulares condiciones sociales y culturales que rodean a la actividad de los sindicalistas de esta época.

1.— INTRODUCCION.— La injusticia, opresión y dependencia que genera el sistema capitalista se manifiesta en tres planos u órdenes de las relaciones sociales; ellos son: en el interior de la empresa; fuera de las empresas, en el ordenamiento socio - económico y político de la nación, y en la distribución internacional del trabajo y, consecuentemente, en los términos del intercambio entre países.

En el interior de las empresas se desenvuelven las relaciones laborales de un grupo determinado de trabajadores con determinados patronos, empresarios o empleadores; para evitar que las condiciones de estas relaciones sean inicuas o inadecuadas a las mínimas exigencias socio - económicas de la vida de los trabajadores interviene el Estado y dicta las normas a que forzosamente han de sujetarse tales relaciones; para que las normas sean efectivamente cumplidas confía su vigilancia a funcionarios especializados de la administración pública y también garantiza a los propios trabajadores la organización de asociaciones profesionales, a quienes reconoce además la función de procurar el respeto y el mejoramiento de las condiciones que, como mínimas, se encuentran establecidas en las normas dictadas por el propio Estado.

Esta doble finalidad de defensa y mejoramiento de las condiciones de trabajo que tradicional y universalmente se reconoce a los sindicatos les convierte en asociaciones que se atraen la simpatía de los patronos o empleadores, quienes, por lo mismo, las impiden y cuando no logran inpedirlas entre sus trabajadores, las perturban y debilitan de diferentes maneras; para que esto no ocurra ha sido menester la aprobación de convenios internacio-

nales, preceptos constitucionales y normas legales que garantizan la libertad sindical.

Pero, las condiciones de vida de los trabajadores, como del resto de habitantes, están determinadas además por el ordenamiento socio - económico, cultural y político de un país, y, por lo tanto, el mejoramiento de aquellas condiciones requiere de la transformación del ordenamiento que contribuye a determinarlas y así aparece otra de las finalidades que con el carácter de mediatas o remotas se ha atribuido el sindicalismo.

Esta finalidad de carácter político no siempre se le reconoce como legítima; sin embargo con o sin el reconocimiento del Estado, el sindicalismo realiza actividades encaminadas a la transformación social y como estas actividades, con frecuencia, alteran el orden y la paz públicas que los gobiernos desearían mantener pese a la injusticia y violencia que ellos encubren, esos mismos gobiernos las impiden o reprimen, unas veces dentro de la ley y otras ocasiones al margen de ellas.

El Derecho del Trabajo, por su parte, ha concluido por reconocer como propias del sindicalismo esas finalidades políticas cuando se las persigue en el marco jurídico por él establecido; y, al mismo tiempo fija los términos y condiciones que deben respetar los sindicatos, señala también los límites de la intervención del Estado en el ejercicio del derecho y libertad sindicales, de manera que la intervención no implique su desconocimiento ni mengua indebida.

Mientras más vigoroso se manifiesta el movimiento sindical mayor es el peligro de que los Partidos Políticos y las Confesiones Religiosas traten de utilizarlos para sus propios fines y, aunque sin éxito, también de estos riesgos ha procurado ponerles a salvo el Derecho Laboral, así como también ha puesto empeño en salvar a los trabajadores del deseo de los sindicatos de fortalecerse forzándolos a afiliarse o mantenerse afiliados.

El Derecho del Trabajo tradicionalmente se ha interesado por tutelar el conjunto de facultades del trabajador para organizar sindicatos, afiliarse a los ya constituidos o separarse de ellos y las de los sindicatos para redactar sus estatutos y reglamentos, elegir sus dirigentes, organizar su administración y sus actividades y formular sus programas de acción libres de las ingerencias del Estado o de los empleadores.

Juzgamos, no obstante que a la fecha esa tutela es insuficiente en nuestros países por cuanto el grado de desarrollo alcanzado, la insuficiencia de nuestros propios recursos y el requerimiento de personas con dedicación exclusiva a la actividad sindical han dado lugar a fenómenos e instituciones que como la marginalidad, las empresas multinacionales y el burocratismo sindical amenazan con paralizar la libertad individual y la autonomía sindicales.

Por lo mismo, de estas tres cuestiones nos ocuparemos en el presente trabajo.

2. - LA MARGINALIDAD. - La ausencia de amplios y mayoritarios sectores latinoamericanos de los beneficios que reporta el crecimiento económico y el progreso científico y tecnológico del mundo y del continente, así como de los centros de elaboración y de toma de las decisiones que atañen a su propio destino y al destino de todos los hombres va

vínculada al desempleo y sobre todo al subempleo de esos sectores.

2.1.— SINDICALISMO Y MARGINALIDAD.- El sindicalismo, sin embargo, no está en capacidad de organizar a los marginados en parte por las características que lo tipifican; pero, sobre todo por las modalidades que adopta en su organización y en sus actividades en la mayoría, por no decir la totalidad de nuestros países.

En efecto, la organización de un sindicato o la afiliación a uno ya constituido es un derecho para quienes prestan permanentes servicios por cuenta y bajo la dependencia de otra persona, y lo que caracteriza a los marginados es la falta precisamente de empleo o el empleo ocasional alternado por largos períodos de dedicación a labores de bajísima o ninguna productividad, como la de los mercachifles en las ciudades o de los minifundistas en el agro.

Con todo, con la adecuada extensión del término "trabajadores" para que comprenda también a estos desempleados o subempleados en cuanto el trabajo por cuenta ajena es potencialmente el único medio con el que pueden contar para satisfacer sus necesidades dentro del sistema capitalista en el continente, permitiría a las asociaciones profesionales aglutinar en su interior a los que, por su número, integran sin discusión la mayoría de las clases populares.

Pero, por factores económicos y culturales en Latinoamérica el sindicalismo no ha podido rebasar una etapa de reivindicaciones exclusivamente económicas y, como consecuencia, la función que nadie discute y la que le permite captar adeptos y conservar lealtades en el mundo de los trabajadores en la que se refleja en el beneficio inmediato de sus afiliados.

Más aún, en esta lucha por el mejoramiento de las condiciones económicas de las actuales relaciones laborales no importa que el mejoramiento logrado sea a costilla del resto de los habitantes del país o de fuera de él, sea por la elevación desproporcionada de los costos o sea por la subsistencia de modalidades de producción monopólica de determinados bienes o servicios, modalidades que el sindicalismo tácitamente se compromete a defender a cambio de mejores sueldos o salarios para sus militantes.

En la medida en que el sindicalismo se circunscribe a resolver los conflictos económicos que se suscitan en el interior del sistema capitalista de producción descuida la acción encaminada a cambiar el sistema, cambio sin el cual los marginados no pueden incorporarse a la sociedad cuyas estructuras los rechazan, y la acción a favor del cambio, a su vez, tiene una dimensión política que los empresarios y el mismo Estado desconoce a los sindicatos y los sindicatos, por su parte, han terminado por aceptar el desconocimiento a fin de ser más eficaces en su acción reivindicacionista.

Con todo, si las actividades del sindicalismo lo alejan de la gran mayoría de los sectores populares mas y de peor manera mientras mejor y más eficientemente cumple su función reivindicacionista, el alejamiento se vuelve creciente en virtud de la existencia del sindicato únicamente en el interior de una empresa o a lo mas de un grupo de empresas, y es que no solo la actividad del sindicato tiene relación directa e inmediata con una empresa o

grupo de empresas sino que con frecuencia legalmente tiene que hacer así, sea porque las leyes prefieren a los sindicatos de empresa, sea también porque aunque reconozcan a los profesionales o industriales las finalidades que les otorgan les fuerzan a actuar en los estrechos límites de la empresa.

Ahora bien, los problemas de los marginales o marginados no son propiamente los de un trabajador frente a su empleador, ni siquiera tienen empleador o centro de trabajo que los una a otros que como ellos tienen el mismo empleador o patrono y, por lo mismo ya no son únicamente los problemas a resolver los que diferencian a los sindicalistas de los marginales sino que además éstos últimos carecen del factor que aglutina real y legalmente a las asociaciones profesionales, la empresa, el patrono.

En fin, podríamos agregar que a la brecha jurídico - estructural que separa el sindicalismo latinoamericano de la mayoría de las clases populares se agrega una brecha que mantiene separados a los propios trabajadores entre sí, ya sea a los empleados de los obreros ya también a los trabajadores de las empresas que se dedican a la explotación de las actividades más productivas, como el petróleo, el cobre, etc. de los trabajadores de empresas que trabajen en sectores deprimidos de la economía, como la agricultura, por ejemplo, ya, por último, a los trabajadores de regiones grandemente modernizadas y prósperas de un país y los trabajadores de regiones primitivas y escandalosamente atrasadas.

Bien entendido que la distancia entre empleados y obreros se acentúa y elimina toda solidaridad en tanto en cuanto las oportunidades de ascender, de ser aceptados en el mundo de los empleadores depende de la mayor diferenciación que identifique al empleado del obrero, y bien entendido también que los conflictos entre los distintos sectores de la economía y entre las diversas regiones de un país se trasladan al grupo de los trabajadores que prestan sus servicios en cada uno de tales sectores o regiones.

2.2.— INSUFICIENCIA DEL SINDICALISMO.— De lo que hasta aquí llevamos dicho se podría llegar a la falsa conclusión de que el sindicalismo aglutinaría a los marginales a condición de que decida incluir entre sus finalidades la acción en pro del cambio del sistema socio-económico y de que el derecho laboral reconozca como legítima esa acción y le provea de una organización legal adecuada.

Sería errónea una conclusión de este género porque el comportamiento del sindicalismo en los términos antes descritos solamente en parte depende de la voluntad de sus líderes y de las normas legales en vigencia, en lo demás depende de factores económicos, sociales, culturales y políticos que no pueden ser ignorados.

Vamos a enunciar algunas de las múltiples y complejas causas que limitan al sindicalismo latinoamericano casi con exclusividad a la reivindicación salarial y a la lucha para asegurar la estabilidad de los trabajadores en su empleo.

La insuficiencia del crecimiento económico se manifiesta a través de la inflación crónica y de la falta de inversiones que generan nuevos puestos de trabajo, en consecuencia las remuneraciones siempre siguen a la zaga de los precios y la seguridad en el empleo se constituye por sí mismo en un bien invaluable para quien la goza.

El ritmo de la expansión demográfica, que en la década del 60 alcanzó al dos, nueve (2,9) arroja cada año fuerza de trabajo que la estructura económica latinoamericana carece de capacidad para observarla; el fenómeno se agudiza con la migración rural - urbana ya porque las fuentes de trabajo de las ciudades son insuficientes ya también porque la mano de obra que viene del campo carece de la formación indispensable para ocupar los puestos vacantes en la industria y en los servicios.

De entre la infinidad de manifestaciones de nuestra dependencia dos nos interesan en este trabajo, la una consiste en el hecho de que el aparato productivo que prevalece en el continente ofrece bienes y servicios apropiados, antes que para satisfacer las necesidades de los latinoamericanos, para reproducir estilos de vida de las naciones industrializadas o para alentar la vana presunción de contarnos entre las potencias militares del mundo, o, por lo menos, del continente.

La tecnología y los sistemas de administración que empleamos, en una alta proporción no se adaptan a nuestras necesidades de consumo, al tamaño de nuestros mercados ni a los recursos de que disponemos, sobre todo a la preparación de los recursos humanos con que contamos.

Desde una perspectiva sociocultural se evidencia la falta de solidaridad que explica, a su vez, la preocupación de las masas de trabajadores por obtener mayor participación en los beneficios que la sociedad ofrece dejando de lado o para mañana, mañana que nunca llegará si es que no se lo construye ahora, la participación en las decisiones que, en definitiva, podrían influir irrevocablemente en la reestructuración del sistema económico, social, político y cultural.

Son, pues, las condiciones en que se desenvuelve el sindicalismo las que le impiden constituirse en organización adecuada de los marginales de la ciudad y del campo, que no cuentan con un patrono a quien dirigir sus reclamos ni de quien reivindicar empleo o mejores remuneraciones.

2.3.— NUEVAS FORMAS DE ORGANIZACION POPULAR.— Menos del veinte por ciento de la población económicamente activa de Latinoamérica se encuentra organizada de alguna manera, y la organización sindical propiamente dicha no representa el diez por ciento de ella, con excepción de Argentina, Colombia y Venezuela en donde alcanza a cerca de un tercio.

Hemos enunciado ya, aunque en forma muy somera, las causas de la debilidad y de las limitaciones de la actividad del sindicalismo y hemos conluido que es insuficiente para organizar a la mayoría de las clases populares; de aquí podemos inducir la tesis de que la libertad sindical en nuestro continente es un bien del que pueden gozar realmente minorías instaladas en el sistema de producción de tipo capitalista.

Para que este sistema pueda ser sustituido, como debe serlo, por otro mas humano y

más justo, en el que todos los hombres puedan ejercer y gozar de los derechos y libertades fundamentales, no solo porque no tienen impedimentos jurídicos sino además porque cuentan con los medios económicos, culturales y políticos, es indispensable la participación de todos los hombres, especialmente de los millones de hombres y mujeres que por ahora se mantienen al margen de todos los beneficios y de todas las decisiones de las que depende el bien común.

Una parte de esos hombre y mujeres se aglutinan en el sindicalismo y están en aptitud de intervenir en la vida nacional, expresar sus anhelos y esperanzas en términos audibles para el resto de la sociedad, y exigir la satisfacción de sus necesidades de subsistencia y de mejoramiento en términos y formas que los poderes públicos no pueden desconocer o, al menos, no puedan desconocer del todo.

Pero, si al mismo tiempo que se promueva el sindicalismo no se encuentran otras formas de asociación que organicen a quienes no tienen la calidad de trabajadores dependientes, el sindicalismo queda reducido en sus finalidades a las de carácter inmediatista y simplemente reivindicatorio, o dicho en otros términos la organización apropiada de los desocupados y subocupados abre las puertas al sindicalismo para que pueda atender a la realización de su finalidad remota que siendo de naturaleza política tiende a la implantación de un orden social en cuyos beneficios todos participen y en cuya conformación todos intervengan.

En consecuencia, el Derecho del Trabajo deberá ocuparse de nuevas formas de organización popular en cuanto estas nuevas formas constituyen una condición indispensable para que el sindicalismo alcance sus metas o fines mediatos, que representan la aspiración de modificar las estructuras económicas y jurídicas en el ámbito nacional y en el internacional; metas o fines que, por el momento, por mucho que se les reconozca como legítimos, no pasa del simple enunciado o tópico para las declaraciones solemnes y para los discursos de barricada.

Excedería el ámbito de este trabajo el estudio de esas nuevas formas de organización popular de que estabamos hablando; los usos y costumbres de nuestros pueblos, las tradiciones de nuestros campesinos, especialmente, ofrecen una grande variedad de formas de vida y actividad asociada que con nuevos elementos que les proporcionen eficacia y les doten de contenido económico - político podrían ser recogidas por el derecho en beneficio de todos.

3.— LAS EMPRESAS MULTINACIONALES.— La dualidad y desintegración de nuestro continente se pone de manifiesto en estos dos fenómenos objeto de nuestro estudio, la marginalidad de un lado, que nos pone en contacto con un mundo primitivo, y pobre, y las empresas multinacionales del otro lado que nos relacionan con un mundo ultramoderno y opulento, y sin embargo, los dos coexisten y condicionan el tipo de organización y la clase de actividades del sindicalismo, objeto de este trabajo; por supuesto, los dos fenómenos tienen expresiones y vigencia mas allá de la vida de los sindicatos, en todos los campos y órdenes de Latinoamérica.

Las empresas multinacionales son el producto final del proceso de industrialización

iniciado en el siglo pasado con la inversión de capitales de un país en el territorio de otros países para asegurarse el primero de la provisión de materias primas por parte de los segundos, en nuestros días, han alcanzado dimensiones que amenazan la independencia de las naciones en donde actúan y con quienes tratan de igual a igual.

No obstante los riesgos que entrañan las empresas multinacionales, ofrecen también ventajas que las convierten en mecanismos apropiados para la cooperación internacional, y más concretamente para la integración económica que se lleve adelante, con diferentes modelos, en todos los continentes.

Dos ideas son comunes a la integración y a las empresas multinacionales, la ampliación de mercados y la conveniencia de llevar a cabo en "forma conjunta proyectos o actividades de utilidad común a dos o más países, en distintos sectores de la economía"; esto ha llamado la atención de los gobiernos, de los políticos, de los técnicos y de los juristas, y les ha inducido a emplear a las empresas multinacionales para responder a los requerimientos de la integración.

Con todo, el estudio de las empresas multinacionales es reciente y hasta el momento se ha circunscrito a los aspectos económicos, políticos y más tardíamente a los jurídicos, queda, pues, por examinar los problemas sociales que ellas han de generar forzosamente, en este trabajo, trataremos de llamar la atención sobre estos problemas.

Nuestro propósito no es el hacer un estudio exhaustivo de las empresas multinacionales, sino el llamar la atención en torno a los problemas sociales o más estrictamente laborales que generan esas empresas y para ello nos servimos, puesto que nos parece apropiada para nuestro objeto, la tipologización que de ellas hace Eduardo J. White en su libro "Empresas Multinacionales Latinoamericanas".

Según el autor citado, las empresas multinacionales son susceptibles de una clasificación general y amplia en "corporaciones internacionales" y en las "empresas de interés multinacional", veamos las limitaciones reales a la libertad sindical, en cada una de ellas.

3.1.— LAS CORPORACIONES INTERNACIONALES.— Dos elementos caracterizan a estas corporaciones; en primer lugar, realizan negocios en más de un país y los negocios que realizan en todos ellos son de tal volumen y naturaleza que sin esos negocios no podría subsistir ni crecer la empresa, y en segundo lugar las decisiones que afecten a la marcha de la empresa son adoptadas de acuerdo con el comportamiento de factores y conveniencias que exceden y están situadas fuera de las fronteras de una nación en particular.

Este segundo elemento es el que las convierte en centros de poder de difícil control porque una vez fijados sus objetivos pueden adoptar en cada país el mecanismo legal que mejor les sirva para la consecución de esos objetivos, que no siempre ni necesariamente coinciden con los establecidos por el país en donde de esa manera operan.

En consecuencia, unas veces acudirán al contrato de venta comercial, otras al de distribución, préstamo, de venta o licencia de patentes o know how, de administración o gestión, montaje o instalación de plantas, y, en fin, a los contratos de agencia, agencia

propia, filial o sucursal, estos últimos nos interesan, en particular, desde el punto de vista laboral.

En efecto, la existencia de una agencia o de una agencia propia, lo mismo que la de una filial o sucursal puede significar al establecimiento de un centro colectivo de trabajo en cada país en donde la empresa multinacional opera y si bien las relaciones laborales aparentemente se dan entre nacionales, la verdad es que la política laboral está decidida desde fuera, por los directivos de la empresa principal.

Lo grave es que esta clase de empresas celebran con sus agencias, agencias propias, filiales o sucursales tal variedad de contratos que se convierte en laberinto imposible de descifrar el centro en donde se toman las decisiones, la persona natural o jurídica que de todo ello saca utilidad y la cuantía de ésta, etc., etc.

Con frecuencia, las empresas multinacionales aparecen como un conjunto de empresas que actúan en diferentes países en cada uno de ellos sujetas a una legislación distinta; pero, mientras la legislación varía en cada país en donde actúa, la acción en todos ellos se encuentra conducida por el mismo centro de decisiones y para lograr un objetivo común en provecho de una sola entidad económica.

Falta, pues, una norma jurídica apropiada para las empresas multinacionales y si bien es verdad que en los últimos tiempos se ha desarrollado el derecho en torno a las inversiones extranjeras, este derecho mira ante todo a regular el comportamiento del capital extranjero en el interior de todos los países suscriptores del documento internacional en que tal regulación se contiene, más que a controlar la acción de las corporaciones multinacionales, que continúan sin regulación jurídica que las controle.

3.2.— LAS EMPRESAS DE INTERES MULTINACIONAL.— Este tipo de empresas a diferencia de las anteriores son promovidas y fomentadas por los gobiernos nacionales con el propósito de alcanzar determinados objetivos que los países comprometidos en un proceso de integración consideran deseables, un ejemplo de esto es la Decisión número cuarenta y seis que trata del "Regimen Uniforme de la Empresa Multinacional y Reglamento de Tratamientos aplicable al Capital Subregional" en los países miembros del Acuerdo de Cartagena.

Otro elemento que contribuye a la tipificación de estas empresas es el control de ellas por parte de los gobiernos tanto como contrapartida de las ventajas que les otorgan cuanto como medio para asegurar que se cumplan los objetivos que a través de ellas se pretende lograr.

Este segundo elemento es muy importante para los fines de nuestro trabajo toda vez que en virtud de él las empresas de interés multinacional están sometidas a un determinado ordenamiento jurídico que en el caso de la Decisión número cuarenta y seis es de carácter internacional y que regula el otorgamiento de la personería jurídica, fija las condiciones de su organización y funcionamiento, y determina sus derechos y obligaciones.

Una característica común a las empresas de interés multinacional en el Mercado Co-

mún Centroamericano, en la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio y en el Acuerdo de Cartagena es la despreocupación casi completa en cuanto se relaciona con las cuestiones sociales que de ellas habrán de emerger; sin embargo, nuestro estudio se referirá principalmente a lo que sucede en el Acuerdo de Cartagena.

3.3.— LAS CUESTIONES SINDICALES EN LAS EMPRESAS MULTINACIONALES.— Debemos reconocer que aun no disponemos de investigaciones empíricas acerca del comportamiento de las empresas multinacionales en materia laboral; sin embargo la simple observación externa nos permite formular las siguientes hipótesis.

Antes de entrar en materia vale la pena anotar que las corporaciones internacionales y las empresas de interés multinacional plantean dos clases de problemas, unos comunes a las dos y otros específicos a cada una de ellas, trataremos de algunos de ellos.

Asimismo, plantean cuestiones a los países anfitriones tanto como a los países de donde son originarios los capitales, nos referimos a las cuestiones relativas a los anfitriones porque esa es la calidad predominante de nuestras naciones sin desconocer que existen también empresas multinacionales pertenecientes a latinoamericanos y controladas por ellos aunque su estudio todavía está por hacerse.

3.3.1.— LOCALIZACION Y EMPLEO DE RECURSOS.— La preferencia de las corporaciones internacionales por uno u otro de los países latinoamericanos depende de numerosos y variados factores, los más notables son la ampliación o crecimiento de los mercados, el grado de estabilidad monetaria y cambiaria, los costos de producción, la estabilidad política o confianza en los gobiernos y la protección arancelaria; dentro de los costos de producción se incluye los debidos a la mano de obra.

En cambio la localización de las empresas de interés multinacional hasta el presente ha dependido más bien de decisiones políticas de los gobiernos interesados en fortalecer la estructura del sector industrial de sus respectivos países ya sea por razones de prestigio interno o internacional ya sea para aprovechar condiciones y recursos especialmente favorables; desde luego, en las declaraciones y textos oficiales se invocan propósitos muy laudables como la distribución equitativa de los beneficios de la integración, la generación de fuentes de empleo, etc.

Como se ve, por lo dicho, las cuestiones laborales no se encuentran explícitamente consideradas por esta especie de empresas; aunque si se las tiene en cuenta en ambos casos; pero, con una sustancial diferencia; y es que mientras las corporaciones las consideran como uno de los factores cuyo comportamiento puede definir la política de la empresa en muchos aspectos, en las empresas de interés multinacional, en cambio, como problema social cuya solución es una de sus razones de ser; sin embargo, en la práctica también estas empresas actúan como las corporaciones internacionales.

En efecto, no parecen tener importancia los costos económicos de la mano de obra por concepto de remuneraciones y beneficios sociales, ya que estos siempre serán menores que los costos de los países industrializados; por el contrario, si interesa la fuerza política que los trabajadores pueden llegar a ser si es que el número de los empleados por las empresas multinacionales fuera muy alto y muy particularmente si es que se tratara de mano de

obra no calificada y masculina.

Es probable que deliberada o inconcientemente la política de las empresas multinacionales así en materia de tecnología como en materia de empleo sea la de utilizar intensivamente el capital y muy limitada mano de obra y de esta una bastante calificada y de preferencia femenina en cuanto sea posible; todo lo cual trae como consecuencia, la improbabilidad de que se constituyan sindicatos y mucho menos sindicatos vigorosos por el número de sus miembros y por su conciencia a favor del cambio social.

Creemos que el temor de las empresas multinacionales al sindicalismo obedece al hecho de que éste cuando tiene suficiente influjo político puede presionar con éxito hacia la nacionalización de tales empresas o, por lo menos, afectar de alguna manera a la localización del centro de decisiones lo mismo si es que exige que ese centro se ubique en el territorio del respectivo país o que se incorpore a las funciones directivas personal nacional.

**3.3.2.—VARIEDAD DE MECANISMOS Y UBICUIDAD DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES.**— De manera muy especial, las corporaciones internacionales tienen una extraordinaria libertad para adoptar inmensa variedad de mecanismos que les permiten actuar en el país que desean y, al mismo tiempo, adoptar en él la forma más adecuada a los objetivos propuestos sin violar la ley sino, por el contrario, con el sometimiento a las normas que más le convienen; así por ejemplo, en un país constituirán una agencia mientras en otro una sucursal y en un tercero un contrato de gestión o managment, etc.

Las empresas multinacionales organizan un verdadero laberinto a través de estos diferentes mecanismos y en ese laberinto se pierde de vista el centro de las decisiones al cual los trabajadores deben dirigirse para obtener el reconocimiento de sus derechos o la satisfacción de sus aspiraciones y así una vez suscitado un conflicto el organismo o persona llamado a resolver se desvance como un espejismo y vuelve a aparecer en otro lugar de la empresa para luego desvanecerse; en consecuencia, el camino más aconsejado resulta ser no la reclamación por la vía legal y por medio del sindicato sino la gestión amistosa y a través de intermediarios influyentes y de confianza de los empresarios.

De otra parte, la extraordinaria libertad de que gozan las empresas multinacionales les permite ubicar los centros de decisión de la política laboral muy lejos de los lugares de conflicto o en varios centros, a la vez, de modo que la negociación de las condiciones de trabajo resulta engorrosa, larga y sujeta a consultas y viajes que retardan considerablemente cualquier decisión.

Con la prolongación de un conflicto cunde el desaliento y la probabilidad de que al margen del sindicato o por presión sobre sus dirigentes, los trabajadores terminan por aceptar las condiciones impuestas por la empresa.

En estas condiciones, el sindicato pierde su justificación o se presenta ante los trabajadores como una organización política que suscita conflictos en perjuicio de sus intereses concretos e inmediatos sobre todo cuando para hacer efectivos sus reclamos económicos plantea la necesidad de que la empresa se organice a nivel nacional en forma tal que no le sea fácil escabullirse y eludir la acción legal, exigencia siempre calificada de política, no

específicamente laboral.

3.3.3.— DIVERSIDAD DE CIRCUNSTANCIAS Y CONDICIONES.— En este empeño por sugerir una parte de los problemas laborales que plantean las empresas multinacionales y para terminar este punto del presente trabajo, vamos a enunciar, así mismo brevemente, tres aspectos directamente relacionados con la acción de estas empresas en diferentes países, y, por tanto, en diversas circunstancias económicas, sociales, legales y aún políticas.

El Derecho del Trabajo se caracteriza por la descentralización de sus fuentes o sea que las condiciones, derechos y obligaciones de patronos y trabajadores se encuentran en la ley, formalmente denominada tal, y también en los reglamentos, en los contratos o convenios colectivos, en las resoluciones dictadas con ocasión de los conflictos colectivos, etc. etc

De aquí que la verdadera situación jurídica de las relaciones laborales conformada por todos esos instrumentos y cada uno de ellos depende de circunstancias particulares propias de un lugar, región o país, de una empresa o grupo de empresas, o de un sector de la economía.

Ahora bien, si las condiciones de que dependen esos instrumentos difieren de un lugar a otro, de un sector o empresa a otro sector o empresa, las normas que los integran tienen que ser forzosamente distintos en cada caso y, consecuentemente, la situación de los trabajadores de la misma empresa multinacional será también distinta de un país a otro país de los varios en donde ella opera.

Es, pues, peligroso que el mayor volumen de sus actividades se localice en donde menos gravosas sean las normas que regulan las relaciones laborales y hasta que esta ventaja de las empresas multinacionales sea utilizada por ellas para obtener de los gobiernos una política laboral que les aliente a ubicarse en el respectivo país y de esta manera el crecimiento económico que ellas prometen estaría costado por los trabajadores, en forma de sueldos bajos, de escasos o ausencia de beneficios sociales, de impedimentos o trabas a la organización y actividades sindicales, etc.

La única posibilidad de impedir que esto ocurra consistía en aproximar las condiciones de trabajo en todos los países en donde actúan esta clase de empresas y al decir aproximar nosotros decimos que se establezcan en todos los países y regiones no propiamente las mismas condiciones, sino condiciones que sean equivalentes por la carga que ellas representan para el patrono y al beneficio que reportan a los trabajadores.

Esto requiere a nuestro juicio la introducción de un nuevo tipo de organización sindical que agrupe a los trabajadores de una empresa multinacional de todos los países en donde ella actúe; puesto que de otro modo, unas veces con el pretexto de que puede cerrarse una fuente de trabajo y en otras ocasiones con el establecimiento de condiciones de privilegio para los trabajadores de un país se los mantendrá divididos y sobre todo financiando con la miseria de los de una región o país la bonanza de los de regiones o países diferentes.

No pretendemos haber agotado la materia, ni siquiera pretendemos haber planteado

todos los mas agudos problemas; estaríamos satisfechos si es que logramos llamar la atención y promover el estudio de los problemas laborales en las empresas multinacionales.

**4.— EL BUROCRATISMO SINDICAL.—** La complejidad creciente de las actividades sindicales, los riesgos que ellas entrañan, el tiempo que requieren, la capacitación que demanda, etc. suscitan la necesidad de contar con dirigentes sindicales dedicados exclusivamente al sindicalismo; pero, al mismo tiempo la intervención de dirigentes con dedicación exclusiva al sindicalismo presenta el peligro de que estos se burocraticen y, en consecuencia, subsistencia de un sistema de injusticia y opresión deje para ellos de ser un reto y se convierte en la razón de ser de sus cargos y funciones.

Se presenta también el riesgo de que los dirigentes pierdan contacto con la realidad y con las angustias, esperanzas y frustraciones de sus dirigidos cuya adhesión procuran mantener con la oferta de un mundo nuevo, remoto y abstracto, y que en el presente se concrete en el cohecho, seducción o marginamiento a los mas exigentes, y en la habilidosidad para sortear la insatisfacción o crítica internas.

Aumentan estos riesgos en la medida en que se abre a los dirigentes la puerta para que participen en los organismos de gestión de la empresa y en los de deliberación y decisiones del Estado.

No quiere decir esto que para conjurar estos riesgos se ha de negar a los trabajadores la participación en la gestión de la empresa o del bien común, o que se ha de prescindir de los dirigentes a tiempo completo o dedicación exclusiva, ya que este remedio posiblemente sería más perjudicial y paralizante que los que se trate de evitar.

Los ponemos de relieve para provocar la reflexión acerca de las nuevas dimensiones que debe comprender la libertad sindical en el interior de las empresas y frente al Estado.

**4.1.— LAS ASOCIACIONES DE BASE.—** Los sindicatos de primer grado son los que más directamente se enfrentan a los patronos en defensa de los derechos y aspiraciones de sus afiliados; sus dirigentes de otra parte son elegidos de entre los propios trabajadores y, en consecuencia, a su favor se ha previsto el fuero sindical; más, en cuanto al alcance del fuero sindical no hay acuerdo entre los autores ni uniformidad en las legislaciones.

Todos coinciden, empero, en la inamovilidad del dirigente mientras desempeña sus funciones de tal, algunos la extienden desde cuando es candidato hasta algún tiempo después de que ha cesado en el cargo y nos parece bien y justificada en ambos casos la extensión; pero, con esto no se resuelven dos nuevas y crecientes necesidades del sindicalismo: la de tiempo para atender a las actividades del sindicato y la de formación permanente de los dirigentes.

Por esto, nos atreveríamos a sostener que, a esta fecha, el fuero sindical debería comprender así el derecho de los dirigentes para disponer de una parte del tiempo laboral para dedicarlo a las actividades sindicales, sin mengua de su remuneración, y además el derecho para abandonar su puesto de trabajo cuando tienen que concurrir a seminarios, cursillos y otras formas de educación sindical y no solo de formación profesional, cosa común a

todos los trabajadores.

Creemos además que una prudente alternabilidad de los dirigentes sindicales podría conservar en el sindicalismo la mística por el cambio y la emulación en el conocimiento y acción eficaz de los problemas que afectan a los trabajadores así en las relaciones laborales dentro de la empresa o centro de trabajo como en su vida toda; por supuesto, la tentación de perpetuidad de los dirigentes aumenta mientras más difíciles e intrincados son los asuntos que debe atender y para los cuales se necesita experiencia y formación cada día mayores.

4.2.— PRESENCIA DE LOS TRABAJADORES EN TODOS LOS NIVELES.— La presencia activa de los trabajadores en la gestión de la empresa y en los centros de decisión y promoción del bien común han hecho emerger algunos problemas a la vez que han esclarecido la amplitud y la interconexión de lo social y económico.

4.2.1.— LA COMPLICIDAD COMO PELIGRO.— Cuando los trabajadores son invitados por la ley o por acuerdos a participar en los organismos de la empresa y en los del Estado es probable que las decisiones que se adopten con su concurso sean desacertadas y aún en el caso de que fueran acertadas podrían serlo para el fortalecimiento de instituciones y sistemas de explotación.

En ambas oportunidades los trabajadores que han intervenido se constituyen en cómplices y esa complicidad en algunas oportunidades se logra mediante irregularidades y corruptelas que privan a los dirigentes comprometidos de toda autoridad e independencia, y, por supuesto, desacreditan al sindicalismo y le destituyen de toda eficacia como instrumento para introducir los cambios que pongan la economía al servicio del hombre y reconcilien a Latinoamérica con sus propios valores e idiosincracia y con los avances de la ciencia y de la técnica.

4.2.2.— NECESIDAD DE SELECCIONAR LOS ORGANISMOS.— Con suma facilidad se admite ya que los trabajadores deben estar presentes en los organismos encargados de elaborar la política social, con el objeto de que la solución de los problemas que les afectan en su trabajo y fuera de él cuenta con sus puntos de vista y satisfaga sus necesidades de acuerdo con lo que los propios trabajadores juzgan debe ser.

No se advierte empero que esos problemas son generados por decisiones que se toman en otros organismos ordinariamente encargado de la política económica y que, por lo mismo, mientras se tomen estas decisiones sin prever y prevenir su dimensión social, nunca se orientará la política social hacia la supresión de las causas que provocan los problemas y conflictos laborales; en definitiva, somos de la tesis que los problemas sociales se resuelven o se suscitan en los organismos encargados de la política económica, cultural y educacionales.

Por lo tanto, si es importante que los trabajadores estén presentes en los organismos que tienen a su cargo la atención a los problemas laborales, resulta más importante su presencia en los encargados de los asuntos económicos, educacionales y culturales.



# APUNTES PARA LA REFORMA JUDICIAL

DR. ALFREDO MORA REYES

## OBSERVACION PRELIMINAR

*Generalmente los Gobiernos de facto son fecundos en la expedición de reformas a las leyes, según las circunstancias, inspirados unas veces en sanos propósitos, pero sin la suficiente preparación de parte de los encargados de ejecutarlas; de manera que muchas veces dichas reformas resultan improcedentes y perjudiciales.*

*El actual Gobierno Militar que concluirá sus funciones el 10 de Agosto del presente año de 1979, no ha podido sustraerse a la costumbre, y ha sido pródigo en expedirlas, y en consecuencia los resultados han sido contraproducentes, de manera que han suscitado críticas desfavorables de parte de los juristas, que se han pronunciado casi por unanimidad en contra de dichas reformas.*

*En lo que a mí respecta, he seguido en mi calidad de abogado y de profesor de jurisprudencia, el curso de las nuevas leyes, y he manifestado mi opinión desde las columnas del diario "EL MUNDO", que se edita desde la ciudad de Loja.*

*Ahora, accediendo al requerimiento de los alumnos de PRACTICA PROCESAL PENAL, he reunido algunos de dichos artículos para que sean publicados en conjunto, como una contribución a las REFORMAS que necesariamente expedirá el Congreso Nacional próximo a reunirse; pues constituye una necesidad inaplazable que el Poder Legislativo examine tan importante materia, y derogue o reforme las expresadas leyes que expidió la Dictadura, en la mayoría de los casos con muy poco acierto.*

Quito, marzo de 1979.

## I. EL IMPERATIVO DE LA REFORMA JUDICIAL

En esta época en que se viene hablando insistentemente de la nueva institucionalización del país, estableciendo un nuevo Régimen Constitucional, se observa que no se comprende a la Función Judicial, siendo así que esta rama importantísima del Poder Público es la que, desde hace tiempo, se viene considerando como de una actuación obsoleta, incompatible con la actual situación social ecuatoriana, especialmente en el aspecto penal y penitenciario.

Efectivamente, el incremento de la criminalidad, debido en gran parte a la crisis económica que afronta el país con la desorientación en que se viene aplicando la Reforma Agraria, con el éxodo masivo de los campesinos a las ciudades, especialmente a Guayaquil, y a Quito, en donde resultan absolutamente inadaptados y en gran parte enfilan por el ataque de la criminalidad, como desechos de la miseria, la falta de educación que eterniza el doloroso problema del analfabetismo, y hasta la inadecuada organización de la Enseñanza Media y Universitaria, han dado origen a brotes de violencia difíciles de controlar, sin una rápida actuación de la Función Judicial, y la creación de una Policía Judicial, que constituya un poderoso auxiliar para el descubrimiento oportuno de los delitos y la consiguiente captura de los delincuentes.

Por eso, cuando se instauró el Gobierno Militar en 1972, se habló de una Reforma Judicial, para que los Tribunales y Juzgados actúen con rapidez y eficiencia; pero se cometió un grave error al crear Tribunales Especiales, que por su falta de preparación técnica, y

por no estar bajo el control de la Corte Suprema y de las Cortes Superiores, solamente actuaron en forma desordenada y abusiva, salvo contadas excepciones, de manera que el mismo Gobierno se encargó de suprimirlos y devolvió las atribuciones a la Función Judicial, que había sido menospreciada y agraviada con la creación de los susodichos Tribunales Especiales.

Por otra parte, la intromisión siempre nefasta de la política en la organización de la Función Judicial, dió lugar a sucesivas reorganizaciones de la Corte Suprema y de las Cortes Superiores, no en la forma que requerían la aptitud y rectitud de los Magistrados y Jueces, sino con los allegados y relacionados de los altos funcionarios del Gobierno, de manera que el desprestigio de las Instituciones Judiciales no se hizo esperar por mucho tiempo; y actualmente el país — especialmente el Foro Ecuatoriano, reclama con mayor insistencia una — y efectiva reorganización de los Tribunales y Juzgados, al propio tiempo que se efectúen reformas legales, especialmente de las leyes procesales, en muchas de las cuales ha habido un evidente retroceso, como ocurrió con la sustitución del Recurso de Casación por el Recurso de Tercera Instancia, lo que eterniza los juicios penales, sin motivo técnico alguno, pues en lugar de dos instancias, se ha venido a instituir una tercera instancia, que dará como resultado un recargo de trabajo para la Corte Suprema, que la tornará — inoperante, por el acumulamiento y falta de despacho oportuno de gran parte de los juicios, si se tiene en cuenta que ni siquiera se han establecido salas — especializadas, sino que todas se ocupan de similares asuntos.

La Reforma Judicial de 1974, que tenía por finalidad subsanar tales inconvenientes, fue en parte inadecuada, como en el caso de la supresión del Tribunal del Crimen y del proceso oral, que tenía el control del público en sus actuaciones — mediante las audiencias públicas, que permitían el control del pueblo en los juicios penales más importantes, como son los que se siguen por delitos sancionados con penas de reclusión.

Además, la Reforma de 1974 fue incompleta, pues dada la premura con que se la dictó, con el fin de propiciar una nueva reorganización de los Tribunales, hizo que se enunciaran reformas, que jamás se cumplieran — pues se las dejaba para hacerlas en los Reglamentos Generales y Especiales, que nunca llegaron a expedirse, como puede señalarse el caso de la Policía Judicial, de la Carrera Judicial y especialmente con el Reglamento General, que tenía por objeto el completar muchas disposiciones de la Ley; aún cuando lo correcto era que tales disposiciones constaran en la Ley y no en los Reglamentos que tienen otra finalidad de carácter secundario y complementario.

Consideramos que ha llegado el caso de emprender — una verdadera Reforma Judicial, tecnificando la Función, con la creación de Salas especializadas en la Corte Suprema, por mandato constitucional, y con la expedición de Leyes adecuadas de Procedimiento, que debe encargarse a Comisiones mixtas de la misma Función Judicial y de las Facultades de Jurisprudencia, a fin de que se consulte la ciencia y la experiencia en esta rama — de la Función Pública, que no puede continuar — sin armonizar esos dos aspectos indispensables — para toda reforma.

## II. ELECCION Y SELECCION DE MAGISTRADOS

En mi crónica anterior sugerí la necesidad de que en la organización de la Función Judicial se establecieran Salas especializadas en la Corte Suprema, con el fin de tecnificar el trabajo; y como ha ocurrido en varios países de avanzada cultura jurídica. Para el caso considero oportuno transcribir lo dispuesto en el CODIGO JUDICIAL de Colombia, en la siguiente forma: "La Corte Suprema de Justicia estará dividida en tres Salas, así: Sala de Casación Civil, integrada por seis Magistrados; Sala de Casación Penal; integrada por ocho Magistrados, y Sala de Casación Laboral, integrada por seis Magistrados".

En nuestro país podría también determinarse las referidas tres Salas, de cinco Ministros cada una adaptándose al número de Magistrados que integran actualmente la Corte Suprema de Justicia.

Y pasando al punto neurálgico de la designación de Magistrados de las Cortes Suprema y Superiores, se observa que en las Constituciones que han regido en el presente siglo, se ha establecido el mismo origen, o sea que el nombramiento de Ministros de la Corte Suprema se hace por el Congreso, mientras que los nombramientos de Ministros de las Cortes Superiores se efectúan por la Corte Suprema, la que también debe designar a los Magistrados del Tribunal Contencioso Administrativo y del Tribunal Fiscal.

En lo que respecta a los nombramientos encomendados a la Corte Suprema el sistema es sin duda acertado, porque el máximo Tribunal de Justicia está en capacidad de conocer el movimiento judicial de toda la República, en sus diversos aspectos, y por consiguiente puede escoger a los integrantes de los expresados Tribunales con pleno conocimiento de causa.

Pero, en lo tocante a la designación de Ministros de la Corte Suprema por el Congreso, el caso es diferente, pues con frecuencia ha ocurrido que ha primado el interés de los Legisladores y no siempre se ha integrado el Tribunal Supremo con los más destacados jurisconsultos del país.

Para subsanar el inconveniente anotado, podría pensarse en adoptar otro sistema; y, como antecedente, estimo que debería indicarse el procedimiento establecido en otros Países, de los cuales me permito indicar los siguientes:

En los Estados Unidos se ha previsto, como facultad del Presidente de la República la designación de Magistrados de la Suprema Corte, pero con el consejo y consentimiento del Senado; de manera que son dos Poderes del Estado los que efectúan las designaciones.

En Rusia, o sea en la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas, según el art. 105 de la Constitución, "El Tribunal Supremo de la U.R.S.S. y los Tribunales especiales de la U.R.S.S. son elegidos por el Soviet Supremo, por un plazo de cinco años". Y el Soviet Supremo es elegido por los ciudadanos de la República, por un plazo de cuatro años, según las normas de representación establecidas por la Constitución de la República autónoma. O sea que, en definitiva, es el Congreso o Soviet Supremo, el que hace la designación de Magistrados del Tribunal Supremo.

En la República Argentina se ha adoptado un sistema semejante al de Estados Unidos, o sea que el nombramiento de Magistrados se efectúa por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado.

En Colombia se ha establecido un sistema ecléctico o sea que la designación de Magistrados corresponde a las Cámaras Legislativas, de ternas presentadas por el Presidente de la República.

En algunos Estados de Norte América se ha ensayado el sistema de Magistrados por elección popular, pero algunos comentaristas, consideran que dicho sistema ha fracasado; mientras que en Suiza, país de antigua tradición democrática esa forma de elección ha sido ampliamente aceptada.

En consecuencia, pensamos que ha llegado el caso de tratar este importante problema, que parece no ha merecido la atención de los miembros de las Comisiones de estructuración Constitucional; pues si bien debería continuar el sistema de elección por el Congreso, debería establecerse también un sistema mixto, adoptándose la colaboración de los Colegios de Abogados para los Ministros de las Cortes Superiores y de las Academias de Abogados para los Magistrados de la Corte Suprema; a fin de que las designaciones correspondan a la tradición jurídica de la República.

### III. LA POLICIA JUDICIAL Y LOS JUZGADOS DE INSTRUCCION

El incremento de la violencia, ocasionada principalmente por causas sociales, económicas y políticas, ha dado lugar a manifestaciones delictuosas que han ocasionado temor y alarma en la sociedad, la que exige a la Administración de Justicia actuaciones rápidas y adecuadas de defensa, para garantizar la convivencia pacífica de los individuos.

Entre las medidas de carácter judicial se destacan, en primer lugar, la organización de los Juzgados de Instrucción, que realizan la importantísima función de investigar las infracciones y descubrir a los delincuentes, para lo que requieren la colaboración inmediata de la Policía, con aplicación de medidas de carácter técnico, para lo cual se ha organizado una rama de dicha Institución, que se distingue con la denominación de Policía Judicial y que ha dado en muchos países de avanzada cultura jurídica, los mejores resultados.

En nuestra legislación, se consideró la creación de la Policía Judicial en la Ley Orgánica de la Función Judicial de 1974, en actual vigencia, pero dejando el problema de la organización y atribuciones para el Reglamento Orgánico Funcional, que se dispuso establecer y que no se ha dictado hasta ahora, por lo que no ha podido crearse en la práctica la expresada Policía, frustrándose esa buena intención de los inspiradores de la reforma, como ha resultado con muchas otras Instituciones que consultaba dicha Ley, pues ni siquiera se ha expedido el Reglamento General de la Función Judicial, que junto con los otros Reglamentos debió dictarse en el plazo inprorrogable de noventa días.

Para subsanar la falta del Reglamento General, en lo concerniente a la modernización de los Juzgados, se expidieron las importantes Reformas que se publicaron en el Registro Oficial No. 141, de 30 de Julio de 1976, que en lo relativo a los Jueces de Instrucción, se asignó tales funciones a los Jueces Cantonales, en los Cantones que no sean Capitales de

Provincia, con lo que se llenó un vacío que se notaba hace mucho tiempo, ya que los Juzgados de Instrucción, en los Cantones y en las Parroquias rurales dejaban mucho que desear por falta de preparación de los Comisarios y Tenientes Políticos, que incurrieran en una serie de omisiones sustanciales, dando lugar a las consiguientes nulidades, por lo que la organización de los sumarios caía por su base, dando margen a la impunidad de muchas infracciones.

Ante tan grave situación judicial, que se ha subsanado solamente en parte con la mencionada reforma, se vuelve indispensable la organización efectiva de la Policía Judicial, a fin de que los Juzgados de Instrucción cuenten con la cooperación de un cuerpo auxiliar de la rama jurisdiccional, de carácter técnico, que tenga atribuciones legales propias, que faciliten su actuación inmediata en la investigación y pesquisa de los hechos ilícitos. Así ha ocurrido en países de análoga tradición jurídica, como son Colombia y Venezuela, en los que la Policía Judicial funciona de manera oportuna y eficaz.

Como una breve información, para los efectos de una pronta reforma, me permito transcribir del Código de Procedimiento Penal de Colombia, algunas de las atribuciones conferidas a la Policía Judicial, y que deberían constar en dicha reforma, y que pondrán de relieve la importancia básica de la Policía.

En primer lugar, en la ley colombiana, la Dirección de la Policía Judicial corresponde al Procurador General de la Nación, y está integrada por personal especializado de la Policía Nacional y el Departamento ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD, y en lo que respecta a las atribuciones, enuncio las siguientes:

En los casos de flafrancia o cuasiflafrancia y en cualquier otro caso en que el funcionario de Instrucción no actúe inmediatamente, corresponde a la Policía Judicial:

- 1.— Inspeccionar minuciosamente el lugar de los hechos;
- 2.— Examinar prolijamente los rastros del delito y recoger los elementos que puedan servir para asegurar las pruebas de su materialidad y de la responsabilidad de sus autores, cuidando de que tales señales no se alteren, borren u oculten, levantarlas, transplantarlas o registrarlas gráfica o topográficamente o hacerlas conocer o examinar si fuera necesario;
- 3.— Practicar el levantamiento de cadáveres, en lo posible con asistencia de un médico le-gista u oficial, en la forma prevista por este Código", ...

Y así constan, de manera detallada, otras importantes atribuciones, cuya aplicación por la Policía Judicial hacen que este cuerpo técnico sea de positiva utilidad para una rápida y eficaz Administrativa de Justicia.

#### IV. LA CARRERA JUDICIAL

Uno de los avances más significativos, introducidos en la Ley Orgánica de la Función Judicial de 1974 fue el de "La Carrera Judicial", que consta en el TITULO IV, como una aspiración de la FUNCION JUDICIAL, sin que se hayan expuesto los lineamientos generales de la nueva Institución; pues todo se ha dejado para el Reglamento que debía elaborar la Corte Suprema de Justicia, y que, al igual que los demás Reglamentos que debían expe-

dirse, no se ha dictado hasta ahora, por lo que tan importante Capítulo de la Reforma Judicial ha quedado sin ninguna efectividad, confirmando lo que ya se ha manifestado, de que se trata de una Reforma Judicial frustrada.

Pero, dados los fines que debe llenar la referida Institución, en orden a garantizar una idónea organización judicial, que pueda cumplir con las aspiraciones de una eficiente administración de justicia, considero indispensable exponer los principales puntos que debe contener la nueva Ley, y para orientar el comentario estimo procedente examinar algunas disposiciones del ESTATUTO DE LA CARRERA JUDICIAL DE COLOMBIA, que es sin duda uno de los Cuerpos legales más importantes que se han dictado sobre la materia.

Comienza con la declaración de que la Carrera Judicial y su reglamentación corresponde a la necesidad de que la justicia se imparta pronta y cumplidamente, por magistrados y jueces probos, dignos y responsables, con la colaboración diligente del Ministerio Público y el concurso de empleados capaces y moralmente idóneos. Agrega que "la organización de la Carrera Judicial y la reglamentación del servicio tienden a una rigurosa selección de funcionarios y empleados, basada en los méritos personales, que dé igualdad de oportunidades, estimule el ingreso de los más aptos, su permanencia y superación y ofrezca condiciones decorosas de vida"

Trata en sendos capítulos de los funcionarios y empleados, los que pueden ser de carrera o de servicio y desempeñar los cargos en propiedad, en interinidad o por encargo. Determina que para desempeñar en propiedad un cargo de la rama jurisdiccional, se requiere llenar los requisitos constitucionales y legales y, además, haber sido seleccionado mediante concurso, eximiéndose de este último requisito a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y del Tribunal Disciplinario.

Como complemento de la designación de cargos en propiedad, mediante el concurso, se consulta la designación de funcionarios y empleados en situación de interinidad; establece los impedimentos para ser designados para cargo alguno en la rama jurisdiccional, los casos en que la designación queda insubsistente la manera de probar los requisitos exigidos por la Ley para las designaciones y la forma en que dichos cargos se pierden.

Las disposiciones sobre retiro forzoso, por incapacidad física o mental, son los siguientes: — "1.— Ser declarado en interdicción judicial; —2.— Caer en ceguera, mudez, sordera o sufrir otro quebranto de salud física o mental permanente que implique notoria disminución del rendimiento en el trabajo"; y agrega un precepto de justicia reparadora, en esta forma:—

"Las personas retiradas forzosamente por incapacidad física o mental, podrán volver a ser designadas como funcionarios o empleados, siempre que acrediten plenamente su completa recuperación o rehabilitación, no hayan llegado a la edad de retiro forzoso y reúnan los requisitos propios del cargo".

Un capítulo importante es el referente a las Categorías de cargos y escalafones, en que se determinan en primer lugar el escalafón de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, del Tribunal Disciplinario, de la Procuraduría General de la

Nación y de los Fiscales.- Luego vienen en orden los Magistrados y Fiscalía del Tribunal Superior; de los Juzgados Superiores de Menores, etc.- Se dispone la formación de un escalafón de funcionarios y un Escalafón de empleados.

Se reglamenta el ingreso a la carrera y sus efectos, estableciéndose los requisitos concurrentes para el ingreso; y las causas para no ser admitido a la carrera judicial.- Se determina el organismo que administrará la Carrera Judicial, y que se denomina "Consejo Superior de la Administración de Justicia, integrado por el Ministro de Justicia, los Presidentes de la Corte Suprema, del Consejo de Estado, y del Tribunal Disciplinario; el Procurador General de la Nación y por un funcionario y un empleado, ambos de carrera.- Se reglamentan los Concursos para el ingreso a la Carrera, ascensos dentro de ella e ingreso al servicio; teniéndose en cuenta para la calificación el ejercicio de cargos públicos, el ejercicio de la cátedra universitaria, la antigüedad y permanencia en el servicio, la especialidad, etc., así como los casos de libre designación, sin subordinación a concurso.

Largo sería exponer todas las disposiciones que la Ley colombiana ha establecido para reglamentar la Carrera Judicial, pero consideramos que con las que se ha enunciado es suficiente para comprender que la referida Institución consta de preceptos orgánicos y funcionales, que garantizan de manera efectiva, y una idónea y eficiente administración de justicia, y en la que no pueden tener cabida ni las exclusiones injustas, ni los ascensos inmediatos, porque rigurosidad de la Ley no les permite.

Responsable.

## V. INJUSTA SUPRESION DEL TRIBUNAL DEL CRIMEN

Entre las novedades que trajo la Ley Orgánica de la Función Judicial de 1974 estuvo la supresión del Tribunal del Crimen, organismo que había funcionado normalmente desde 1928, en que se lo estableció reemplazando al antiguo Jurado; pero esta novedad fue sin duda negativa, pues en esa forma se volvió al antiguo sistema, vigente en el Ecuador, hasta 1846, de atribuir al Juez de lo Penal competencia para conocer y resolver de los juicios por delitos reprimidos con penas de reclusión.

Este problema trae a la memoria la vieja discusión sobre la conveniencia o inconveniencia de los sistemas que preconizan, el primero, la institución del Jurado, como el tribunal popular que es la forma más directa de administrar justicia; y, el segundo, el establecimiento de jueces permanentes, de carácter inamovible, designados para esa tarea por el Poder Público, en mérito de su preparación técnica.

El Jurado ha sido considerado como la forma práctica y directa de administrar justicia por el pueblo; y al respecto el tratadista Summer Maine decía: "El Jurado es la antigua democracia investida de las funciones judiciales, limitada, modificada o mejorada con arreglo a la experiencia sugerida por los siglos, a fin de armonizarla con las ideas modernas acerca de la eficacia de la justicia". En cambio, los jueces permanentes, a pesar de su indudable preparación jurídica, que les habilita para administrar justicia, adolecen de la rutina y de la frialdad del gabinete, que ignoran el sentimiento y el dolor del pueblo

En todo caso, en la mayoría de los países ha prevalecido la Institución del Jurado para el juzgamiento de los juicios penales; y para demostrarlo, considero oportuno citar lo que, al respecto ocurre en la Unión Soviética, y que aparece en un estudio sobre el TRIBUNAL SUPREMO de la URSS, en el No. 5 de la Revista UNION SOVIETICA, de 1973, en esta forma: "La participación de los jurados populares es obligatoria en la vista en primera instancia de los procesos civiles y criminales ante cualquier tribunal de la URSS, desde los tribunales populares hasta el Tribunal Supremo. Conviene subrayar que a diferencia de los jurados del tribunal burgues, los jurados populares en todos los tribunales son jueces con todos los derechos, que deciden, en unión del presidente, no sólo si el acusado es "culpable o inocente", o como máximo, si "es culpable, pero merece indulgencia", sino también todos los demás aspectos de la decisión judicial, entre ellos el del grado de la pena en las sentencias de orden criminal".

En el Ecuador, según consta en la gran obra "DERECHO PROCESAL PENAL ECUATORIANO", del ilustre Profesor Dr. Andrés F. Córdova, en el Código de 1837 se disponía que todos los delitos eran juzgados por jueces unipersonales ( como ahora ); y que "El 20 de Noviembre de 1847 el Senado, presidido por don Antonio Elizalde y la Cámara de Representantes, en que presidía don Manuel Gómez de la Torre, expidió la LEY DE JURADOS, que había sido reclamada con tanta oportunidad por el eminente Rocafuerte. El 8 de enero de 1848 don Vicente Ramón Roca puso el Decreto de sanción a la Ley que se publicó en los Nos. 140 y 141 de EL NACIONAL, periódico oficial de la República".

La mencionada Institución, con muy pocas variantes, subsistió hasta 1.928, en que fue reemplazada por el TRIBUNAL DEL CRIMEN, en el Gobierno del Dr. Isidro Ayora, quien encargó a la Corte Suprema la reforma respectiva.

El expresado Tribunal que subsistió hasta 1974, fue suprimido en la QUINTA de las DISPOSICIONES TRANSITORIAS de la Ley Orgánica de la Función Judicial, actualmente vigente.

¿ Cuáles fueron los motivos que se invocaron para esa trascendental reforma? Por lo que sabemos solamente se dijo que este organismo no funcionaba normalmente, que retardaba la expedición de las sentencias, que era difícil de reunir; pero tales razones, que en gran parte eran falsas, no se dijo que obedecían a los exiguos honorarios que se asignaban a los miembros de dicho Tribunal, y sobre todo a que, aún esas pequeñas dietas, se pagaban tarde, mal o nunca; de manera que las causales, caso de haber sido ciertas, dependían, en gran parte, de medidas de carácter económicas, que eran fáciles de subsanar, pues eran principalmente de carácter administrativo, y correspondían resolverlas a la Corte Suprema y al Ministerio de Finanzas.

Y se olvidó examinar el fondo del problema, o sea si el Tribunal del Crimen, en razón de su independencia era una garantía para una correcta Administración de Justicia; y especialmente que el procedimiento de actuar en audiencia pública permitía el control directo del pueblo para vigilar el desempeño de los miembros del Tribunal, que cooperaban eficazmente con el Juez del Crimen para la resolución de los difíciles casos que se presentaban en los juicios penales, en los juicios por delitos sancionados con penas de reclusión.

En definitiva, presentamos estas observaciones al Foro ilustrado de la República, para que se las examine y se llegue a un pronunciamiento afirmativo o negativo respecto a tan importante problema jurídico.

## VI. UN GRAVE ERROR JURIDICO: LA SUPRESION DEL RECURSO DE CASACION

Al expedirse la LEY ORGANICA DE LA FUNCION JUDICIAL de 1974, en la SEXTA de las DISPOSICIONES TRANSITORIAS, se dejó subsistente el Recurso de Casación, sin embargo de haberse suprimido el Tribunal del Crimen; pero cuando se promulgó la Ley Reformatoria de marzo de 1975, del Código de Procedimiento Penal y de la Ley Orgánica de la Función Judicial, se suprimió también el expresado Recurso de Casación, en el Art. 4o., que dice: "Suprímense los recursos de nulidad y de casación previstos en los capítulos V y VI del Título IV del Libro III del Código de Procedimiento Penal".

No se conoce los motivos que indujeron al Legislador Supremo a adoptar esa decisión, pero por los considerandos del Decreto se sabe que el antecedente fue la supresión de los Tribunales del Crimen, para "armonizar las disposiciones del Código vigente con las de la Ley Orgánica de la Función Judicial"; como si jurídicamente se tratara de instituciones conexas, de manera que no pudiera susistir la una sin la otra.

Pero, ante todo examinemos la finalidad del Recurso de Casación, para conocer la naturaleza de este medio de impugnación de las resoluciones judiciales, para saber si realmente resultaba en la práctica inseparable la subsistencia de dicho recurso con la existencia del Tribunal del Crimen; de manera que la derogación del referido Tribunal traía como consecuencia la supresión del aludido recurso.

Según la doctrina de muchos tratadistas en Procedimiento Penal, "El recurso de casación tiene lugar contra sentencias pronunciadas con infracción de la ley, siempre que esta infracción haya influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia". Y luego se enuncian los errores que el juez puede cometer al hacer la calificación de los hechos, y que dan lugar al recurso, en la siguiente forma: "a) Califica de delito lo que es lícito; b) Califica de lícito lo que es delito; c) Aplica la pena por un delito distinto del que se trata; d) Califica bien el delito, pero aplica una pena más o menos grave que la que el caso requiere, porque se equivoca al determinar la participación que ha cabido al reo en el delito como autor, cómplice o encubridor, o al calificar las circunstancias modificatorias de su responsabilidad, o al fijar la naturaleza y el grado de la pena. O sea, que en definitiva, son los mismos casos que determinaba el Art. 348 del Código de P. Penal, que fue derogado y reemplazado con el recurso de tercera instancia, en la antedicha Ley Reformatoria de marzo de 1975.

Al efecto, me referiré al criterio del tratadista, doctor Andrés F. Córdova, que textualmente expresa: "Este medio de impugnación de la sentencia, difiere por completo de la tercera instancia, porque esta no es en el fondo, sino una apelación de las resoluciones de segunda instancia, en cuyo caso, el Tribunal Supremo tiene capacidad legal para conocer de todo el proceso, en sus diversos aspectos, relacionados con el procedimiento, con el hecho, las pruebas, y el derecho; en tanto que la casación se circunscribe al estudio del aspecto de

derecho en la sentencia, sin siquiera entrar a considerar cuestiones de Ley, que pudieran referirse al procedimiento o a la jurisdicción, porque este aspecto se reserva por el legislador, para el llamado recurso de nulidad, que tiene características propias, en cuanto a los motivos, y aún a la autoridad judicial que conoce del mismo”.

En síntesis el recurso de casación es un recurso extraordinario, que tiene por objeto el imperio de la Ley sustantiva en la parte dispositiva del fallo; y que tiene causas concretas para deducirse; sin que pueda confundirse con el de tercera instancia que, a semejanza de la apelación, queda a la voluntad del interesado para presentarlo, aún cuando fuera sin motivo legal.

Y en lo que respecta a la premisa de la conexidad con el Tribunal del Crimen es absolutamente falsa, pues su origen que se remonta a la Revolución Francesa, tuvo por finalidad corregir las sentencias de los Tribunales de Alzada que son de segunda instancia, y para mantener la unidad de la Jurisprudencia, que dependía de la sabiduría y autoridad de la Corte Suprema; y así se conserva en la mayoría de las Legislaciones, y para demostrarlo estimo oportuno, transcribir el art. 569 del Código de Procedimiento Penal de Colombia, que literalmente dice: “Habrá recurso de casación en lo penal, contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los tribunales superiores de distrito judicial, por los delitos que tengan señalada una sanción privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años”.

Mediante esta breve exposición, considero haber demostrado la importancia del Recurso de Casación en el Procedimiento Penal; de modo que opino que el Legislador Supremo cometió un grave error al suprimirlo, y que debe restablecerse por conveniencia y prestigio de la ley procesal penal, pues no solamente abrevia al trámite de los juicios, impidiendo que sin motivo justificado se eleven muchos de ellos a conocimiento de la Corte Suprema, en ejercicio de un antitécnico recurso de tercera instancia, que resulta una repetición del recurso de apelación, sino que es el camino para que se mantenga la unidad de la jurisprudencia, como lo ha efectuado, por más de cuarenta años, la Corte Suprema de Justicia.

## VII. EJECUCION DE PENAS Y REHABILITACION SOCIAL

### I

Una de las evidentes fallas del Código de Procedimiento Penal del Ecuador es la falta de un Capítulo relativo a la ejecución de penas o sanciones, particular que desde hace mucho tiempo ha sido subsanado en las Leyes de muchos otros países, ya como un Código aparte, ya como un capítulo de Código Procesal Penal; de manera que este importantísimo problema se ha tratado en la práctica con soluciones reglamentarias, que no siempre se han cumplido y han quedado a la buena o mala voluntad de los funcionarios encargados de la Dirección de las prisiones.

En todo caso, en el Derecho Penal moderno, la actividad del Estado en torno del delito, se ha manifestado en las siguientes etapas: a) En la función penal, que corresponde prin-

principalmente al legislador, que la ejerce dictando leyes penales, en las que se determinan los delitos y se indican las medidas que son aplicables a los individuos que delinquen; b) En la aplicación de sanciones, previo el respectivo juzgamiento, que se realiza por intermedio de los Tribunales de Justicia; y c) En el cumplimiento de las condenas, que se ejecutan en los establecimientos penitenciarios, supervigilados por el mismo Juez de lo penal, y a cargo de funcionarios y empleados designados por el Ejecutivo.

La tercera etapa, que ha sido reclamada desde hace mucho tiempo, fue atendida con la expedición del CODIGO DE EJECUCION DE PENAS Y REHABILITACION SOCIAL, expedido por el Consejo Supremo de Gobierno en el Registro Oficial No. 206, de 5 de Noviembre de 1976; pero realmente no tuvo vigencia, porque después de pocos días, o sea el 20 de Diciembre del mismo año, se lo declaró suspendido, sin darse ninguna explicación.

La necesidad de dicho Cuerpo de Leyes es obvia, por el desarrollo que ha alcanzado el Derecho Penitenciario, que determina no solamente los derechos humanos de los reclusos, sino también las diversas medidas para alcanzar su regeneración y transformarlos en seres útiles para la sociedad, con los poderosos resortes de la educación y el trabajo.

Sin embargo la suspensión del Código de Ejecución de Penas, resulta explicable, por la forma inapropiada de su elaboración, con un incremento excesivo de burocracia, con el aumento de organismos administrativos, con el consiguiente aumento de establecimientos penitenciarios, todo lo que redundaría en un presupuesto millonario, imposible de afrontar de inmediato; y por un exceso de disposiciones reglamentarias, que harían difícil la aplicación del Código, sin técnicos especializados para el caso.

Brevemente pasaremos a demostrarlo:

- a) El Consejo Nacional de Prisiones está integrado por un excesivo número de miembros, lo que dificultará su acción rápida e inmediata;
- b) Se establecen Subdirecciones de Prisiones, con lo que se complicaría la actuación técnica y administrativa de la Dirección Nacional de Prisiones, que debe estar en contacto directo con todos los establecimientos penitenciarios de las provincias;
- c) El Departamento de Investigación Científica y Rehabilitación Social, que es fundamental para el estudio científico de la personalidad del interno, consta de un excesivo número de secciones, que requieren un amplio número de técnicos lo que volverá difícil la selección de personal y tornará complicado su funcionamiento. No se explica tampoco por qué el Jefe del Departamento deberá ser el de la Sección Siquiátrica o Sicológica, que prácticamente son los más ocupados; y cuando en las demás Secciones también pueden haber técnicos capaces de la Dirección;
- d) La clasificación de los establecimientos penitenciarios es una demostración de lo complicado del sistema, pues son los siguientes: de seguridad máxima; de seguridad media; de seguridad mínima; abiertos; para inadaptados; para encausados; y para contraventores. De modo que si en realidad la clasificación responde a una finalidad científica la ejecución resultará imposible, porque demandará un presu-

puesto millonario; y

- f) La prescindencia de los Jueces de lo Penal en la organización del sistema, vendría a desconectar la imprescindible colaboración de los funcionarios judiciales y de los penitenciarios con lo que el sistema se volvería inoperante, pues es indudable que el Juez de lo penal, que conoce los antecedentes personales del interno, es el más capacitado para resolver sobre las medidas de reeducación y de regeneración penitenciaria

Pero las objeciones anotadas, si bien tienden a demostrar la inaplicabilidad del Código, tal como fue formulado, no pueden servir en ningún caso para abandonar el proyecto de manera definitiva; porque ante todo hay que pensar en la necesidad de organizar un régimen penitenciario en las Penitenciarías y Cárceles de nuestro país, que no pueden continuar como otros de corrupción y de castigo, sino que deben convertirse en centros de regeneración humana y de readaptación social.

En consecuencia, en un próximo ensayo esbozaremos algunos principios, que tengan por objeto ese justiciero plan.

## VIII. CODIGO DE EJECUCION DE PENAS Y DE REHABILITACION SOCIAL.

### II

Un sistema penitenciario para la ejecución de las penas y la rehabilitación social, que reemplace los castigos ejemplares y las penas infamantes de los tiempos antiguos, resulta una necesidad inaplazable; y por eso alabamos el propósito que inspiró el Código de Ejecución de Penas, aún cuando de antemano estimamos que estaba condenado al fracaso por ser complicado en su aplicación y resultar excesivamente costoso.

Especialmente observamos que en el nuevo Código se prescindía de la intervención del Juez de lo Penal, para reemplazar su intervención con la de organismos administrativos dependientes de organismos técnicos, que forzosamente actuarían junto a las Penitenciarías de Quito y Guayaquil, dejando a las cárceles de provincia abandonadas a su suerte.

Para el efecto, hay que tener en cuenta que las disposiciones contenidas en los artículos 53, 54, 55, 57, 58, 66, 82 y 87 del Código Penal, tienen que aplicarse con la intervención directa del Juez de lo Penal, aún cuando en muchos casos asesorado por el Departamento de Investigación científica y rehabilitación social, organismo técnico que si en verdad debe tener su sede en la Capital de la República, debe funcionar también en las ciudades de Guayaquil y Cuenca, ciudades que por tener Facultades de Medicina debidamente organizadas, prestarían su colaboración científica y humanitaria para el funcionamiento de las penitenciarías y de las cárceles de provincia; aclarándose que por razones geográficas y demográficas las penitenciarías deberían ser tres, creándose una en la ciudad de Cuenca, para las provincias del Azuay, Cañar, Loja, El Oro, Morona Santiago y Zamora Chinchipe y destinándose las de Quito y Guayaquil para las demás provincias en la forma más adecuada al medio social.

En todo caso, sería preferible que antes que dictar un nuevo Código, excesivamente complicado, debería agregarse un Capítulo Especial al Código de Procedimiento Penal, adaptándose a las disposiciones de dicho Código así como a las generales del Código Penal y de otras leyes, entre las que debería tenerse en cuenta la Ley Orgánica de la Función Judicial.

Al respecto, consideramos que debería conservarse la disposición contenida en el numeral 9 del art. 23, referente a las atribuciones y deberes de las Cortes Superiores, especialmente las rebajas de penas que se hacen en las "Visitas Generales del Domingo de Ramos" y del 22 de Diciembre ( antevíspera de Navidad ), pues constituyen un incentivo para el buen comportamiento de los penados; y solamente habría que controlar debidamente la conducta ejemplar que se exige como condición para tales rebajas.

Igualmente debería conservarse y aplicarse en cuanto sea posible el recurso de libertad establecido en el art. 431 del Código de Procedimiento Penal, pues constituye uno de los medios efectivos para amparar la libertad personal y evitar las prisiones arbitrarias, sobre todo en esta época en que por la supresión del habeas corpus, resulta esta medida judicial la única eficaz para defender la libertad personal y vigilar la correcta administración de justicia.

Por lo demás, al efectuar una revisión de las Leyes procesales penales y de la Ley Orgánica de la Función Judicial, sería oportuno consultar los Códigos de otros países, especialmente los de Colombia y Venezuela, por sus similitudes con el nuestro; para adoptar algunas innovaciones importantes relacionadas con la aplicación de las penas y la ejecución de las medidas de seguridad, propias del moderno sistema penitenciario.

## **IX. AL MARGEN DE LAS REFORMAS A LOS CODIGOS PENAL Y DE PROCEDIMIENTO PENAL Y DE LA LEY DE TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES.**

El Consejo Supremo de Gobierno, ante el agudizamiento alarmante del problema delictivo que atraviesa el país, y a petición de la Corte Suprema de Justicia, ha expedido sendas reformas a los Códigos Penal y de Procedimiento Penal y a la Ley de Control y Tráfico de Estupefacientes, con la finalidad de "evitar, perseguir, sancionar y erradicar el delito en cualesquiera de sus formas"; estableciendo penas drásticas contra las personas que hubieren cometido tales infracciones.

Cuando se anunció la preparación de dichas reformas, expusimos nuestra opinión en la que manifestamos que por tratarse de sustanciales reformas, que requerían un estudio a fondo del problema, sería oportuno el aplazar esas reformas hasta que se reúna el Congreso Nacional, ya que encontrándose el país en vísperas de la restauración del régimen constitucional, parecía preferible que sea el Congreso, por medio de sus comisiones especializadas, el que debía afrontar tan grave problema; pero como ya se han expedido las reformas, consideramos necesario apuntar algunas consideraciones de tan importante asunto.

Debemos comenzar por referirnos al antecedente de que dos ilustres tratadistas en la

materia, los doctores Jorge Zavala Baquerizo y Enrique Echeverría G., ya se han pronunciado sobre las indicadas Reformas, haciendo reparos y observaciones que las estimamos fundadas y justas. De manera que nos sumamos a sus autorizadas exposiciones, y pasamos a formular nuestras consideraciones sobre ese debatido problema jurídico.

Las aludidas Reformas consisten principalmente en los siguientes puntos:

- a) La introducción de la pena de reclusión mayor extraordinaria, que se denomina "especial", con la duración de dieciseis años un día a veinticinco años, y con la circunstancia de que esa pena no tendrá rebaja alguna, ni será susceptible de modificación por atenuantes; y que el condenado estará obligado a pagar al Estado los gastos de su mantenimiento en los establecimientos penitenciarios. Se establece también que " si la infracción está reprimida con reclusión mayor especial, el condenado no podrá acogerse a la libertad condicional ni a los beneficios de la Ley de Gracia".
- b) Se preceptúa que, en caso de concurrencia de infracciones, se acumularán las penas determinadas para cada una de ellas, de manera que la pena acumulada a aplicarse será el resultado de la suma de las penas correspondientes a cada infracción; de manera que la pena definitiva podrá ser hasta de cincuenta o más años, pues la Ley no le pone límite, como ocurría anteriormente, en que la pena acumulada no podía pasar de la pena mayor, o sea de la reclusión mayor extraordinaria. Se establece también la acumulación de la pena, en caso de concurrencia de varias contravenciones, lo que no ocurría anteriormente. Se determina luego los delitos que serán sancionados con reclusión especial, como son el de plagio cuando se hubiere producido la muerte de la víctima; el de muerte del Presidente de la República o de quién haga sus veces; en el de los delitos de peculado a que se refiere el art. 257 del Código Penal, agravándose en general las penas por los delitos de peculado, y estableciéndose la reclusión especial, cuando se trate de fondos destinados a la defensa nacional. Pero es de advertir que se suprime el delito de malversación de fondos públicos, o sea la aplicación de dichos fondos a fines distintos de los previstos en el presupuesto respectivo. En los casos de delitos de sabotaje y terrorismo, cuando resulte la muerte de las víctimas, se dispone también la aplicación de la sanción especial antedicha. Sería largo indicar todos los casos en que se ha introducido la referida sanción especial, pero si es oportuno apuntar que se ha establecido también penas graves para las contravenciones de Policía, señalándose multas hasta de dos mil sucres y prisión hasta de treinta días.

Un capítulo importante es el de la creación de la Policía Judicial, que ya estuvo prevista en la Ley Orgánica de la Función Judicial, pero que no llegó a reglamentarse; con la particularidad que, si bien se establecen las atribuciones de la expresada Policía Judicial; no se determina la Autoridad de la que dependa, de manera que parece seguirán actuando a las órdenes de los Jefes de Policía Nacional, lo que constituiría un error, pues dicha Policía, en los países que se la ha establecido, funciona bajo la dependencia de Autoridades Judiciales, como en el caso de Colombia en la que actúan bajo la dirección general del Procurador General de la Nación y de los Ministros y Agentes Fiscales respectivos.

En lo que se refiere a la Ley de Control y Fiscalización del tráfico de estupefacientes, se han introducido sanciones drásticas, tanto en las penas de reclusión, que pueden

llegar hasta veinticinco años, como en las de multa que pueden llegar hasta cincuenta mil sucres.

Como observación general a las Reformas, sería oportuno recordar la opinión del doctor Zavala Baquerizo, que manifestó acertadamente que dichas Reformas carecen de técnica jurídica, y que únicamente pretenden la intimidación de los delincuentes y que persiguen un fin disuasivo, o sea que ante la gravedad de las penas se abstengan de cometer los delitos correspondientes.

De manera que se ha ignorado las causales de los delitos, que tienen en muchos casos su origen en causas sociales, como son la miseria y la falta de educación; y sobre todo se desconoce la posibilidad de la reforma de los penados, al negar la aplicación de circunstancias atenuantes, que revelan las particularidades del cometimiento del delito y demuestran la mayor o menor peligrosidad del delincuente; y sobre todo al negarse la aplicación de la libertad condicional y de la Ley de Gracia, que procuran la reforma y enmienda de los condenados; de manera que al negarse esas medidas observadas en la mayoría de las Legislaciones, se ha cometido el error de considerar al delincuente como incorregible, lo que realmente es falso y podría conducir a que los condenados procuren evadirse de las prisiones y que su comportamiento sea pésimo, ya que se les niega el aliciente del perdón y de la enmienda.

Otro grave defecto de las Reformas es el relativo a las contravenciones de Policía, en las que se han agravado las penas de prisión y multa, ignorándose la realidad social de que los contraventores son en general personas que viven en la miseria, y que en ningún caso podrían pagar dichas multas; y en cuanto a la prisión, por ser ya larga, la permanencia de los contraventores con los presos comunes redundaría en la corrupción del contraventor, que se convertiría luego en un delincuente.

En general, al dictarse las Reformas se han desconocido las medidas de seguridad, que constan en muchas legislaciones extranjeras; y que inclusive, en los casos de manifestarse el preso incorregible, pueden prolongarse la prisión mediante la retención, que puede ser indefinida.

Seguramente el Congreso Nacional, que se reunirá a largo o corto plazo, según sea convocado por el nuevo Presidente de la República, enmendará las discutidas Reformas, volviéndolas humanas y justas las penas, y defendiendo a la sociedad con un régimen adecuado de medidas de seguridad.

# IMPUGNACION DE LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA TRIBUTARIA, EN VIA ADMINISTRATIVA Y JURISDICCIONAL

DR. JOSE VICENTE TROYA JARAMILLO

El 23 de diciembre de 1975 se expidió el Código Tributario en actual vigencia. Fueron derogados en forma expresa el Código Fiscal y los decretos reformativos. Con el Código Tributario el Ecuador inició la tercera etapa en el desarrollo de su legislación tributaria y en la real vigencia de un "Derecho Tributario Ecuatoriano". La primera etapa comenzó al expedirse la Ley Constitutiva del Tribunal Fiscal promulgada el 19 de junio de 1959; la segunda principió el 25 de junio de 1963 con la puesta en vigor del Código Fiscal.

Es halagador el progreso del Derecho Tributario Ecuatoriano en lapso relativamente corto, diez y seis años, desde 1959 hasta 1975. Es necesario sin embargo efectuar un estudio comparativo entre el Código Fiscal y el Código Tributario, a fin de concluir si cabe hablar de un real progreso, si se trata simplemente de una modificación, o a lo mejor de un movimiento regresivo, según ha acontecido no raramente dentro de nuestro vivir jurídico. No parece oportuno hacer referencia a la Ley Constitutiva del Tribunal Fiscal, y las normas de carácter procedimental y procesal en ella incluidas, pues, al dictar el Código Fiscal en 1963, lo que se hizo en gran parte fue ampliar esa Ley, adicionaria y producir un Texto más completo y coherente. Este estudio se contrae exclusivamente al sistema de impugnaciones dentro de las vías administrativa y contenciosa.

## I

### LA DETERMINACION TRIBUTARIA.- NATURALEZA. CLASES. ACTIVIDADES QUE COMPRENDE.

Es de importancia al tema discurrir sobre el concepto y la naturaleza jurídica de la "determinación tributaria". El Art. 87 del Código Tributario en su primer inciso define lo que es la determinación tributaria. Dice la norma: "Art. 87.- Concepto.- La determinación es el acto o conjunto de actos provenientes de los sujetos pasivos o emanados de la Administración Tributaria, encaminados a declarar o establecer la existencia del hecho generador de la base imponible y la cuantía de un tributo". El Código Fiscal no da definición alguna y en sólo dos artículos ( 18 y 19 ) trata del origen y de la exigibilidad de las obligaciones tributarias y da por sobreentendido lo que atiene a la "determinación tributaria". El Modelo de Código Tributario para Latinoamérica presenta una posición intermedia. No define lo que es determinación tributaria, pero dedica un capítulo expreso al tema.

La ley debe incluir en su texto el menor número de definiciones. No es su propósito adoctrinar o enseñar. Con frecuencia sobre lo que es objeto de definición existen variados y diversos puntos de vista. La ley al definir debe tomar partido y adherirse a una determinada opinión.

Esto no es siempre prudente, sin que por ello sedeje de reconocer que para que la ley sea lógica y coherente es preferible que se adopte a un sistema teórico preciso y que corra con

todas sus consecuencias. Sin embargo en materias o campos del saber jurídico aún en formación, como acontece con el tributario, pese a tales observaciones, a fin de "instruir", a la Administración y a los contribuyentes, puede admitirse como válida la práctica de consignar definiciones en la Ley.

Con referencia a la definición transcrita de "determinación tributaria", consignada en el Código Tributario se encuentran las siguientes características: a) La determinación se resume en un acto o una serie de actos efectuados por la Administración o los contribuyentes; b) La finalidad perseguida es la de establecer el hecho generador de la obligación tributaria, la base imponible y la cuantía del tributo. Con la "determinación" se pretende, luego de un proceso más o menos complicado precisar el monto de la deuda tributaria; c) La determinación es de naturaleza simplemente declarativa, o sea la existencia misma de la obligación tributaria, no se encuentra condicionada a la "determinación"; d) La determinación comprende "todo el proceso", de tal manera que incluye dentro de sí la "liquidación" o aplicación de la tarifa o tasa a la base imponible.

La "determinación tributaria", comprende uno o varios actos de la Administración, de los contribuyentes o de la Administración y los contribuyentes. Al Art. 88 del Código Tributario reconoce que los sistemas de determinación son tres, precisamente los que quedan expuestos.

Los actos de "determinación tributaria", pueden o no ser "actos administrativos", según quien los haya emitido. La declaración que en determinados tributos debe efectuar el contribuyente por disposición de la ley, e inclusive por orden de Autoridad Administrativa, no es un acto administrativo y por lo tanto no está sujeto a impugnación administrativa o contenciosa. El acto de determinación tributaria por el propio contribuyente, produce el efecto de satisfacer la exigencia de la norma y laborar al interesado de su cumplimiento. Sus resultados provisoriamente son aceptados. El contribuyente, salvo errores de cálculo o de hecho, queda vinculado al modo y resultado del acto que él mismo ha producido. La Administración no podrá recabar del contribuyente que cumpla con su obligación formal de determinar el tributo, pues, ya cumplió con ella, más, podrá exigir datos, aclaraciones, presentación de documentos, etc. y de su cuenta producir "un acto de determinación tributaria" que sustituya al del contribuyente y lo modifique en todo o en parte. Puede ser que el acto de la Administración se reduzca a ratificar los resultados presentados por el contribuyente. Los actos que nacen de esta manera son actos administrativos, sujetos a los recursos o vías de impugnación. Sobre este primer punto cabe concluir que los actos de "determinación tributaria" producidos por los contribuyentes no tienen una inmediata incidencia en el problema, pues, carecen de las características propias de los actos administrativos. En la determinación mixta o aquella que resulta del concurso de contribuyentes y administración, la obligación del contribuyente consiste en proporcionar datos e informaciones, mientras que la de la Administración es definitiva pues a ella corresponde establecer el monto de la deuda tributaria, previo el proceso que supone la cuantificación de la materia imponible, la consideración de exoneraciones, deducciones y rebajas y la aplicación de la tasa impositiva a la materia imponible depurada. En la determinación mixta, la Administración produce lo relevante, mediante la emisión de actos administrativos.

El Art. 142 del Código Tributario del Brasil ( 1 ) destaca esta nota y afirma que compete privativamente a autoridad administrativa constituir o crédito tributario.. " Esto no quiere decir que el Código Brasileño no admita el sistema de "determinación por el contribuyente". Lo considera en el Art. 147. Lo que interesa es que únicamente la actividad de la Administración , originaria, mixta o de revisión de la del contribuyente es la que tiene verdadera relevancia jurídica, frente al sistema de amparos establecidos a favor de contribuyentes y terceros.

El Art. 110 del Código Tributario Ecuatoriano recoge este supuesto básico y dice en la parte que interesa: "Art. 110.- Reclamante.- Los contribuyentes, responsables o terceros que se creyeran afectados, en todo o en parte, por un acto determinativo, de obligación tributaria, por verificación de una declaración, estimación de oficio o liquidación, podrán presentar su reclamo ante la autoridad de la que emane el acto..."

Los "actos de determinación tributaria" comportan "una actividad administrativa" obligatoria y vinculante, destinada a producir efectos definitivos cuando haya transcurrido el plazo de caducidad.

La terminología del Profesor Pérez de Ayala ( 2 ) "gestión tributaria" y las sutiles consideraciones y distinciones a que llega con ocasión del estudio del "procedimiento", no son enteramente aplicables a la legislación ecuatoriana.

La existencia misma de una liquidación provisional, actos que recogen el resultado de la comprobación de bases imponibles o que determinan el régimen aplicable al contribuyente y la liquidación definitiva, no se da sino en casos muy especiales. Por lo tanto mal cabe la distinción tan doctrinaria e importante en el nuevo Derecho Administrativo de actos que son exclusivamente negocios jurídicos y actos que además pueden tener el carácter de instrumentos del proceso.

La determinación tributaria hecha por el contribuyente, por la Administración o por ambos es definitiva, sin que por ello se obste el derecho de la misma para efectuar los respectivos controles y rectificaciones, a petición de parte o de oficio, dentro de los plazos de caducidad. Son definitivas, en el sentido de que por si mismas producen efectos jurídicos y la revisión, fiscalización etc., posteriores son posibles pero no forzosas e imprescindibles para perfeccionar los actos de determinación.

Es fácil constatar que buen número de declaraciones no son objeto de verificación y control administrativo, pues se carece de medios, sistemas y personal adecuados. Estas declaraciones producen plenos efectos y concluido el plazo de caducidad no pueden modificarse.

( 1 ) J. Motta Mala Novo Sistema Tributario Nacional, Fs. 167. 2da. Ed. Madrid, Librería y Editora. Río de Janeiro Gb - 1969.

( 2 ) José Luis Pérez de Ayala. Derecho Tributario, Fs. 297 308 Editorial de Derecho Financiero Madrid 1968.

La terminología reconocida por el Código Tributario, el Modelo para Latinoamérica y el Brasileño es la vigente en Ecuador. No se puede hablar propiamente de una "gestión tributaria" de la Administración, sino de actos de determinación tributaria que efectuados en las formas dichas, están sujetos al control de la propia administración.

Sobre las características b) y c) de la definición de determinación tributaria del Código Ecuatoriano, cabe en primer término indicar que son tres puntos los que constituyen la actividad determinadora: establecer la existencia del hecho generador, de la base imponible y la cuantía de un tributo. Estos son los puntos principales y comprenden el reconocimiento de que el hecho generador de la obligación tributaria previsto en la norma es aplicable a un determinado sujeto pasivo; el reconocimiento consecuencial de la existencia de una materia imponible, su cuantificación y valoración, la aplicación de deducciones y rebajas y el establecimiento de lo que se denomina "base imponible"; y la aplicación de la "tasa" o "tarifa" a esa base imponible con lo que se obtiene un resultado numérico que es el valor del tributo o de la deuda a cargo del contribuyente. La terminología de la legislación ecuatoriana, no siempre ha sido uniforme para expresar el mismo fenómeno. Así la Ley de Impuesto a las Herencias, Legados y Donaciones ( a los acrecimientos patrimoniales gratuitos ) utiliza el término liquidación como equivalente a "determinación" ( arts. 37 y siguientes ) si bien es cierto que a la liquidación preceden el inventario judicial o extrajudicial de la materia gravada, previa denuncia del contribuyente o por acción oficiosa de los Procuradores de Sucesiones. Igual sucede en materia aduanera, existe en conjunto una determinación tributaria mixta que debe iniciarse por la acción del contribuyente y perfeccionarse por la de la Administración. Sólo conceptualmente y no por los textos legales aludidos se comprende que la acción conjunta constituye una determinación tributaria.

De los procedimientos que se realizan para la determinación tributaria, el que más significación tiene es el que contiene la liquidación propiamente dicha. Es el resultado final buscado por todo el proceso y por tanto en los casos en que no es efectuado por el propio contribuyente debe ser notificado el sujeto pasivo, a fin de que pueda conocer sus resultados y tenga la oportunidad de proponer las impugnaciones que crea del caso.

La expresión "determinación" del Art. 87 y su concepto tiene la ventaja de propiciar en el Ecuador el manejo de una sola terminología y de imponer que el funcionamiento de todos los tributos se adecúe a los procedimientos descritos en esa norma.

Sobre la valorización de la materia imponible existe una disposición de gran importancia consignada en el mismo Art. 87, inciso 20. Dice lo siguiente: "Cuando una determinación debe tener como base el valor de bienes inmuebles, se atenderá obligatoriamente el valor comercial con que figuren los bienes en los catastros oficiales a la fecha de producido el hecho generador". Se reconoce carácter oficial a las valuaciones de predios rústicos efectuados por la Dirección Nacional de Avalúos y Catástros y a las efectuadas por los Municipios para los sectores urbanos en lo que a efectos tributarios se refiere. Tales avalúos tendrán relevancia no sólo para los impuestos prediales, sino en general para el régimen tributario. El Código Tributario en este aspecto contiene un avance innegable sobre el Código Fiscal. Norma de esta índole se incluyó como disposición constitucional el año 1967, pero desafortunadamente en el año 1970 al dejar de regir esa Carta Política quedó insubsistente ( Art. 103 ).

El Código Tributario ( Art. 17 ) adhiere con absoluta claridad a la orientación doctrinaria que sustenta la naturaleza declarativa de la determinación Tributaria. La norma citada dice: "Art. 17.- Nacimiento. La obligación tributaria nace cuando se realiza el presupuesto establecido por la Ley para configurar el Tributo". Para el sistema ecuatoriano la naturaleza declarativa está fuera de duda. Sin entrar en explicaciones tan conocidas sobre las razones que existen para defender la naturaleza declarativa y la constitutiva de la determinación tributaria copio expresiones de un fallo de la Corte de Casación de Italia, recogidas por de Bono, que en su caso tendrían plena aplicación dentro del País ( 3 ) "Il debito d'imposta sorge al momento del verificarsi del presupposto, ossia della situazione di fatto cui la legge ricollega il debito stesso, e non già al momento in cui avviene l'accertamento de parte dell' ufficio finanziario, el queles accertamento ha la funzione de constatare in concreto l'assistenza della obbligazione tributaria ( che, quindi, preesiste ) e di detarminare la misura". Los artículos 18 de los Códigos Fiscal Ecuatoriano y Modelo para Latinoamérica aceptan también la naturaleza declarativa de la determinación tributaria. Las disposiciones de los Arts. 113 y 139 del Código Tributario del Brasil al referirse a la obligación y al crédito tributario, en su orden, y el comentario de Motta Maia ( 4 ) adhiere igualmente a la naturaleza declarativa de la determinación tributaria.

La jurisprudencia del Tribunal Fiscal del Ecuador ha aceptado que no se causan intereses sino a partir del fallo, en aquellos casos en los cuales existía duda sobre la procedencia misma de la pretensión fiscal. ( 5 ) De las consecuencias más importantes a deducir, respecto de si la determinación tributaria tiene naturaleza declarativa o constitutiva, está la del cobro de intereses. Si se acepta la declarativa, los intereses deben cobrarse no a partir de la fecha en que se hubiere efectuado la determinación, sino desde que según la Ley es exigible. Si por el contrario se acepta la constitutiva, es evidente que los intereses no pueden producirse sino a partir de la determinación. ¿Cómo podría producir intereses una obligación tributaria que aún no ha surgido y menos es exigible? La Jurisprudencia referida es por tanto carente de lógica, en consideración a la naturaleza declarativa mantenida por la legislación ecuatoriana y se explica más por motivos de equidad, según así se lee literalmente en los fallos.

No cabe confundir entre el nacimiento de la obligación y su exigibilidad. "El procedimiento de gestión" de que trata al Profesor Pérez de Ayala produce el efecto jurídico de "hacer exigible la obligación de pagar el impuesto y ejercitable el derecho de la Administración a percibirlo (6) ¿Sucede así en el Derecho Ecuatoriano?. Sólo parcialmente. La exigibilidad de la obligación tributaria está fundamentalmente sujeta a la Ley, la cual debe señalar la fecha precisa en que una obligación tributaria se vuelve exigible. Sólo a falta de disposición legal y subsidiariamente, la obligación se vuelve exigible a partir de la determinación tributaria. El Art. 18 del Código Tributario en las normas 1a. y 2da. dice: "Cuando la liquidación debería decir determinación debe efectuarla el contribuyente o el responsable, desde el vencimiento del plazo fijado para la presentación de la declaración respectiva,

( 3 ) Constantino de Bono. *L'accertamento tributario*. Fs. 14.- Giuffrè Editores. Milano, 1966.

( 4 ) J. Motta Maia. *Ob. cit* F s. 145 y 163

( 5 ) Drs. Vicente García Mancheno y Francisco Montero Maldonado. *Jurisprudencia Tributaria Ecuatoriana*. Tomo I. F s. 225. Tomo II. F s. 222 - 223 Editorial Fray Jodoco Riche. Quito.

( 6 ) José Luis Pérez de Ayala. *Ob. cit.* F s. 299.

y, cuando por mandato legal corresponde a la Administración Tributaria efectuar la liquidación y determinar la obligación, desde el día siguiente al de su notificación. "En resumen la determinación tributaria sólo en ciertos casos produce el efecto de volver exigible la obligación tributaria. Su finalidad es obtener que el contribuyente tenga un conocimiento cierto del monto de la obligación. Así se explica como pueden, a voluntad del contribuyente y con el asentimiento de la Administración, determinarse y aún satisfacerse obligaciones que no son aún exigibles, pero cuyo nacimiento se produjo por haberse realizado el hecho generador. Igual cabe que se practiquen determinaciones luego de que la obligación es exigible, ya por el contribuyente, ya por la Administración, ya por ambos, determinaciones tardías que se efectúan, sin perjuicio de que el contribuyente satisfaga a men del importe de la obligación, los intereses y multas que ocurran. El Art. 19 del Código Fiscal con plazos diversos, está en la misma línea. Fija como norma inicial el que las obligaciones son exigibles en la fecha que señala la Ley, salvo que se haya dejado a la acción de la administración determinar los atributos. La redacción del Código Tributario es más clara y comporta una mejora.

La determinación, según el Código Tributario constituye un proceso e incluye varios actos que culminan con la liquidación. Retomando la distinción del Profesor Pérez de Ayala es pertinente formular una pregunta ¿Cabe en el sistema ecuatoriano proponer impugnación de los actos de determinación, en la medida que perfectos presentan una liquidación demostrativa de una obligación tributaria, o es también posible impugnar los actos previos que si bien forman parte de un procedimiento general, al mismo tiempo tiene una significación propia? Al amparo de sólo las normas del Código Tributario ello que no es posible, o sea que el establecimiento del hecho generador, la base imponible y la cuantía del tributo ( art. 87 ) conforman operaciones íntimamente ligadas, todas al servicio de la última. No podría proponerse reclamación por la vía administrativa en contra de la simple constatación del hecho generador, o de la depuración de la materia imponible y la consecuente formación de la base imponible. Sin embargo existen casos particulares, para la explicación de los cuales, es de trascendencia enorme la explicación de Pérez de Ayala.

En la Ley de Impuesto a la Renta en los Capítulos XIII al XVI, se regula las deducciones generales y especiales. En algunos casos como para depreciaciones especiales anticipados; reservas de capital; renovación anticipada por absolescencia; créditos incobrables y otros análogos es necesario la autorización del Director General de Rentas. Igualmente la ley que regula el avalúo a nivel nacional de los predios rústicos exige que el avalúo se ponga en conocimiento del interesado, a fin de que pueda impugnarlo, pudiéndose producir una vía administrativa e incluso contenciosa. En estos casos ciertamente especiales, no se puede afirmar que se haya efectuado un acto de determinación. Son etapas de un procedimiento, las que tienen autonomía, pero que unívocamente están al servicio de la determinación tributaria, las cuales producen efectos jurídicos propios y por lo tanto pueden ser impugnadas por el contribuyente.

## – II –

### **LA FASE ADMINISTRATIVA, RECLAMACIONES, RECURSOS DE APELACION, REPOSICION, REVISION.**

Tanto en el anterior Código Fiscal, como en el actualmente vigente ( Código Tributa-

rio ) se ha previsto la existencia de dos vías a seguir como amparos al contribuyente que ve lesionados sus derechos por los actos de la administración; la vía administrativa y la vía contenciosa, las que pueden o deben proseguirse en forma consecutiva, primero la administrativa y luego, de ser necesario, la contenciosa.

Los actos de determinación tributaria, en cuanto consistan en actos administrativos pueden lesionar un interés legítimo del particular, y por ello ser impugnados primero ante la propia administración y luego ante el Tribunal Fiscal por la vía contenciosa - tributaria. Lo que da lugar a la vía o recursos administrativos es la reclamación del interesado, quien manifiesta su intención expresa de obtener la modificación o revocación del acto administrativo de determinación que considera ilegítimo. La reclamación, a pesar de ello, no es la única fuente que sirva de base para la modificación o renovación del acto administrativo. Puede esto provenir de la acción oficiosa de la propia administración, dentro de los plazos de caducidad. Así lo reconoce el Código Tributario en el Art 101 cuyo numeral 8o. dice: " Art. 101.- Deberes sustanciales.- Son deberes sustanciales de la Administración Tributaria 8.- Revisar de oficio sus propios actos o resoluciones, dentro del tiempo y en los casos que este Código prevé". El acto administrativo inicial o el posterior producido de oficio, deben ser notificados, y a partir de entonces, corre el plazo de veinte días para proponer la reclamación. El Art. 132 del Código Tributario previene que los actos dictados por autoridad incompetente o con violación de los procedimientos de tal manera que se haya producido una situación de indefensión, serán invalidados de oficio por la propia administración. En el Código Fiscal no se consultaba el que la Administración pudiera oficiosamente reformar o revocar sus actos. A pesar de ello, de acuerdo a reconocidos principios de derecho administrativo, la tesis prevaleciente fue la de que la Administración podía modificar o revocar sus actos dentro de los plazos de caducidad. La existencia de una norma que considere esta posibilidad es conveniente y despeja cualquier duda.

El sistema general de la vía administrativa, es una de las materias que ha sufrido mayor modificación al dictarse el Código Tributario en diciembre de 1975. Según el Código Fiscal de anterior vigencia existía en estricto sentido un sólo arbitrio, el de presentar la reclamación contra el acto administrativo de determinación tributaria ante la propia Administración Nacional o Seccional, y luego, en determinados casos por alzada obtener la formación de una nueva instancia, cuando la resolución de la Administración fuera contraria a los intereses del contribuyente. Es decir el único recurso posible era el de alzada. En los tributos municipales, existió en una época hasta una tercera instancia, pero siempre por alzada. Estos recursos fueron la apelación y la tercera instancia. El objeto de estas instancias era el de revisar lo actuado ha pedido del contribuyente y expedir una nueva resolución sustitutiva de la impugnación prevaleciente sobre ella. Podía la Autoridad Superior solicitar la práctica de diligencias a fin de instruir mejor el problema. Las instancias podían surgir en forma obligatoria, cuando la inferior debía someter a revisión del superior sus resoluciones, si éstas eran favorables al contribuyente en determinada medida

El sistema actual es bastante más complejo, doctrinariamente evolucionado, pero sujeto aún a discusión en cuanto a su conveniencia, y con referencia al medio ecuatoriano. El Art. 133 del Código Tributario estatuye, refiriéndose exclusivamente al campo de las determinaciones tributarias, tres posibilidades, frente a la resolución expedida por la Administración: la apelación aplicable al regimen tributario aduanero; la reposición ante el

mismo órgano que dictó la resolución; y, la revisión ante la máxima Autoridad Administrativa que corresponda al Órgano que dictó la resolución.

Los autores del proyecto de Código Tributario sintetizan en las siguientes líneas el objeto perseguido: "En primer término en modo general se ha eliminado en todo el ámbito de la tributación ( Central y Seccional ) el recurso de alzada, que entre nosotros se ha denominado de apelación, por considerar que su aplicación práctica ha constituido un consumo de tiempo innecesario y una rémora. en la pronta resolución de los asuntos tributarios..." ( 7 ) Efectivamente la vía administrativa que hoyrige se caracteriza porque sólo excepcionalmente se permite la existencia de una apelación de la resolución, y porque se ha abolido la tercera instancia. Los razonamientos de los autores del proyecto son valederos. No hay para qué prolongar innecesariamente la vía administrativa, a sabiendas que la Autoridad Superior raras veces realiza una labor de innovación razonada y en la mayor parte de los casos se limita a ratificar lo actuado por el inferior o a dejar transcurrir el tiempo sin resolver y permitir que se produzca "el silencio administrativo".

Sobre los recursos de reposición y revisión desconocidos hasta entonces por la ley tributaria ecuatoriana se expresan los autores: "En segundo lugar se ha instituido en la etapa administrativa el recurso de reposición que enseña la doctrina y lo mantienen legislaciones de países avanzados, en virtud del cual, como nota identificadora, es posible acudir ante la misma autoridad que resuelva el reclamo requiriéndole un nuevo examen del caso por motivos fundados, brindándole así la oportunidad de una nueva consideración y reflexión que permita revocar, modificar etc. el acto o decisión inicial, con la particular ventaja de que tal procedimiento pueda reducir los recursos contenciosos ante el Tribunal..." ( 8 ).

Los Arts. 134 al 138 inclusive del Código Tributario, no dicen de modo expreso, qué se pretende con la proposición del recurso de reposición. Lo que le caracteriza es que se interpone ante la autoridad administrativa que expidió la resolución impugnada, y que a ese misma autoridad corresponde sustanciar y expedir nueva resolución que modifique, confirme o revoque la impugnada. Según el inciso 2o. del Art. 134 se deduce que su finalidad es hacer recapacitar a la Autoridad Administrativa sobre violación de leyes y procurar que al caso se ameriten en mejor forma documentos y pruebas ya conocidos.

En la Argentina el Profesor Héctor B. Villegas ( 9 ) de la Universidad Nacional de Córdoba, hace mención al recurso de "reconsideración", el mismo que según la Ley 20.626 se ha modificado, pues ya no es el mismo funcionario que dictó la resolución quien debe conocerlo, sino su Superior. En ello Villegas ve que existe conveniencia, pues, se dan dos ventajas: la que el propio funcionario es renuente a modificar su decisión; y, la posibilidad de que el Superior reúna mayor experiencia e idoneidad.

Reconoce Villegas de todos modos, que existe error en la denominación del recurso y

( 7 ) Código Tributario, Exposición de motivos F s. VIII y IX. Quito.

( 8 ) Código Tributario. Exposición de Motivos F s. VIII y IX. Quito.

( 9 ) Héctor B. Villegas. *Curso de Finanzas. Derecho Financiero y Tributario.* F s. 319 Ediciones Depalma. Buenos Aires 1975.

literalmente dice: "En realidad hay ahora un error conceptual en cuanto a la denominación del recurso, porque reconsiderar significa volver a considerar, cosa que evidentemente sólo puede hacer quien dictó la resolución".

¿Cuál es la diferencia entre la alzada o apelación que hoy, salvo lo aduanero ha desaparecido, y que antes en el régimen del Código Fiscal existía, aunque no profusamente, y el recurso de reposición?: La alzada o apelación pretende el que una Autoridad Administrativa Superior vuelva a juzgar tanto en puntos de aplicación de ley, como en asuntos de hecho. La reposición pretende lo mismo, con la diferencia que semejante petición se la endereza de tal modo que la misma autoridad que expidió la resolución la tenga que re-veer. Al Art. 134 inciso 2o. del Código Tributario dice: "El recurso se presentará por escrito, dentro de quince días de la notificación del acto o resolución recurridos y contendrá los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya, con indicación de las disposiciones que se suponen violadas y de los documentos o pruebas que no hubieren sido considerados en la resolución o acto recurridos". No se trata de "nuevos documentos o pruebas" que no constan en el expediente. Para ese caso existe como se verá luego el recurso de revisión ante diversa Autoridad. Constantino de Bono (10) se refiere al "ricorsi per revocazione" y asegura que la demanda se la debe proponer ante la misma Autoridad que ha decidido la causa en última instancia. Este recurso es admisible cuando ha existido dolo de una de las partes; que la resolución impugnada se haya basado sobre documentos declarados falsos; que luego de la resolución se haya encontrado un documento no considerado; que exista un claro error de hecho y que la decisión sea contraria a otra pronunciada entre las mismas partes y por igual concepto. Las causales de que habla de Bono son parecidos a las que constan en el recurso de revisión del Código Ecuatoriano.

De lo dicho se concluye que el recurso de reposición según el régimen del Código Tributario pretende un nuevo juzgamiento por parte de la Autoridad que expidió la resolución, sin que existan para ello razones especiales o extraordinarias, lo que ciertamente no parece oficioso y apetecible, pues, se cae en lo que se ha pretendido evitar, la prolongación innecesaria de la vía administrativa.

Con todo queda una pregunta por proponer. ¿Qué puede hacer la Autoridad Administrativa que luego de expedir un acto o resolución, llega a entender con posterioridad que ha incurrido en equivocación por indebida aplicación de Ley o inexacta apreciación de los hechos? La respuesta está en el numeral 8o. del Art. 101. "Revisar de oficio sus propios actos o resoluciones, dentro del tiempo y en los casos que este Código prevé". Este texto es restrictivo, habría que ampliarlo y se obtendría el resultado deseado.

Respecto del recurso de revisión dice la Comisión Autora del Proyecto: "En tercer lugar, en la fase administrativa, se crea un recurso que en doctrina se califica de extraordinario y se denomina de revisión que halla su justificación en la potestad de auto-control de la legalidad que corresponde a la administración y cuyo fundamento radica en los excepcionales motivos en que se apoya, lo cual justifica que pueda interponerse incluso a costa del fundamental postulado de la intocabilidad de los actos administrativos firmes y precisamen-

(10) De bono Constantino Ob. cit. F. s. 430

te teniendo como presupuesto un acto firme, es decir contra los que no sea dable ningún otro tipo de recurso administrativo, advirtiendo que la interpretación se realiza únicamente en cierto tiempo y ante la máxima Autoridad de la Administración Tributaria correspondiente y previo un dictamen jurídico que lo califique y un sumario que lo amerite, de modo que se garantice su corrección y procedencia absolutas". ( 11 ) El recurso de revisión lo es también de alzada en el sentido de que es una Autoridad Superior, la máxima del ramo como el Ministro de Finanzas en el orden fiscal o los Alcaldes en lo Municipal, a quienes compete conocer de él, pero difiere de la simple apelación en que los casos en que se puede proponer son: "Especiales", lo cual hace creer que a este recurso se lo puede calificar de "extraordinario". Los casos en que se puede proponer la revisión, consta en el Art. 139, y en resumen son los siguientes: 1.- Cuando se hubiere dictado la resolución impugnada con evidente error de hecho o de derecho, y ello se deduzca de los documentos que obran en el expediente o de normas legales expresas. Esta causal no caracteriza en debida forma al recurso. Al tratarse de una simple apelación, o de la proposición de la vía contenciosa sucede lo propio, el reclamante no cree que la Administración ha apreciado en debida forma las pruebas o en su defecto el tenor de las disposiciones legales. 2.- Cuando aparecieren documentos de trascendental importancia al caso, no conocidos cuando se expidió la resolución impugnada. Esta causal para la revisión es lógica y muestra su verdadera índole de arbitrio extraordinario para remediar situaciones extraordinarias. 3.- Si los documentos que sirvieron de base fundamental para dictar la resolución impugnada fueron declarados nulos. 4.- Cuando por pruebas posteriores se presume grave y concordantemente la falsedad de documentos públicos o privados que sirvieron de base a la resolución.- 5.- Cuando la declaración testimonial que sirvió de base para expedir la resolución impugnada se reconoce mediante sentencia judicial que es falsa. 6.- Cuando por sentencia judicial ejecutoriada se estableciere que, para dictar el acto o resolución materia de la revisión ha mediado delito cometido por funcionarios o empleados públicos que intervinieron en tal acto o contrato.

Los autores del Proyecto justifican plenamente con la redacción del capítulo respectivo las aseveraciones del informe, y se demuestra con evidencia la necesidad de haber implantado en el orden tributario el recurso de revisión.

En conclusión es posible afirmar que la vía administrativa en el Código Tributario presenta mayor complejidad, pero salvo lo dicho respecto del recurso de reposición, instaura mejor que la consignada en el Código Fiscal y puede afirmarse que se ha avanzado notablemente en este campo.

El Código Tributario, a más de la apelación limitada a lo aduanero, la reposición y la revisión, incluye otros arbitrios de importancia para la etapa o vía administrativa, uno de ellos, ya existente en el Código Fiscal, pero mejorado notablemente y otro realmente nuevo. Nos referimos al recurso de queja y al valor de la consulta.

El recurso de queja constituye una arma del contribuyente para exigir a la Administración que de cabida a sus reclamos y recursos. Constituye un amparo para que no se impida particular ejercitar su defensa. Este recurso no se refiere al fondo del asunto, es una .....

( 11 ) Código Tributario. 1975. F s. IX. Quito.

garantía el proceso administrativo, e incluso en algunos casos al contencioso. El recurso debe ser conocido por el superior jerárquico, y hay casos en los cuales por reincidencia el Inferior puede ser destituido de su cargo ( arts. 318 - 322 ) En otro campo, el de las excepciones o defensas contra el procedimiento coactivo, es aplicable el recurso de queja contra el funcionario ejecutor que no tramite o retarde las peticiones del contribuyente ( arts. 217 ) En el Código Fiscal se contempló el recurso de queja ( arts. 54 ).

Existía el principio, pero hacía falta que se lo desarrollara en forma adecuada, inclusive reglamentaria. Esto se consigue en el Código Tributario. Sin embargo en el Art. 318 se sienta un criterio exagerado, cuando se permite la queja por el sólo hecho de no haberse atendido dentro de los plazos legales. La denegación tácita es el efecto del silencio administrativo, de acuerdo a lo que luego se tratará. El Art. 54 del Código Fiscal, aunque no absolutamente preciso en su texto, está mejor concebido. Lo que se pretende en el fondo, con el recurso de queja, es que el contribuyente no caiga en indefensión, ante la actitud deliberada de la Administración de no dar trámite a las reclamaciones y recursos propuestos.

La consulta a la administración sobre la inteligencia y aplicación, de determinada disposición, antes de la expedición del Código Tributario, fue una práctica extra - legal. La respuesta de la Administración tenía valor puramente informativo y de orientación para el contribuyente. Luego de la expedición del Código Tributario ( arts. 128 al 131 ), a la consulta o toma de opinión de la Administración respecto de un determinado punto, adquiere categoría jurídica. Se establece el derecho de consultar a la Administración, como un medio de adecuar la conducta de la Ley. Pueden consultar las personas naturales, físicas y las jurídicas, así como las entidades de carácter económico. La proposición de la consulta se ha de efectuar en tesis y cumpliendo determinados requisitos de forma. La administración debe responder la consulta dentro de plazos previstos.

Si los datos proporcionados para la consulta fueren exactos, la absolución obligará a la Administración. De no serlo no surtirá tal efecto". La obligatoriedad en que incurre la Administración de someterse a sus propias opiniones, adquiere caris legal. Ello no es peligroso, al contrario, es exigir coherencia . pero el propio tiempo mayor cuidado y diligencia, así como unificación de criterios, y una mejor organización. La consulta así trazada es una institución de mucho interés y un mérito del Código Tributario. La consulta pretende servir de órgano regulador de las relaciones entre la Administración y el contribuyente e impedir la proliferación de casos tributarios.

Los actos administrativos, y entre ellos las resoluciones administrativas, gozan de las cualidades o presunciones de legitimidad y ejecutoriedad ( art. 82 del Código Tributario ). Los actos administrativos de gestión ( determinación y recaudación de tributos ) y la potestad reglamentaria de la administración, pueden ser impugnadas por las vías administrativas y contenciosas. La existencia de estas dos vías y la imprescindible necesidad de acudir primero a la una y luego a la otra constituyó desde la creación del Tribunal Fiscal en forma operativa, y aún antes, cuando correspondía al Consejo de Estado resolver lo contencioso - administrativo, y entre ello lo tributario, un principio firme y siempre observado en el sistema ecuatoriano.

Para entender que se ha agotado la vía administrativa y proseguir la contenciosa no hace falta el haber utilizado todos los recursos. Basta haber formulado la reclamación y

haber obtenido resolución de la Administración o haberse presentado el caso de negativa tácita por silencio de la Autoridad Administrativa. No es necesario, por lo tanto, el haber propuesto los recursos de reposición, revisión, ni menos haber formulado consulta previa, según queda explicado. El único recurso que forzosamente se ha de proponer es la apelación en el régimen penal aduanero. Se entenderá que no se encuentra agotada la vía administrativa, sino se ha obtenido resolución del Administrador de Aduana del Distrito y luego por alzada del Director Regional.

La índole de la fase administrativa, en contraposición de la subsiguiente contenciosa, ha sido explicada con paladina claridad por el Profesor Riofrío Villagómez en varias oportunidades. A guisa de ejemplo se copia una parte de la exposición de motivos previa la expedición de la Ley que creó el Tribunal Fiscal. Dice la cita, refiriéndose a la fase Administrativa: "En la primera fase del proceso se presenta generalmente una discusión entre la Administración y el contribuyente, la misma que no se define ni se considera como un litigio o una contestación de carácter contradictorio semejante a una contienda judicial, sino como un razonamiento para un amigable entendimiento, aún cuando en la realidad de los hechos no tiene nada de amigable, o lo tiene muy poco. La verdad es que, en principio, no se impugna el procedimiento administrativo, sino que se observa y discute a fin de llegar a establecer la materia imponible en amigable composición, aún cuando la administración imponga su criterio y el contribuyente deba atacarlo a menudo para luego impugnarlo en la fase contenciosa". (12) Hoy se debería poder repetir lo mismo, y sustancialmente así sucede.

Los Organos encargados de resolver las reclamaciones y recursos administrativos, ya en el orden nacional, ya en el seccional, ya en el general, ya en fin en el especial o de excepción son funcionarios de nivel de la propia administración. No se ha consultado en el Ecuador la existencia de Comisiones o Jurados Administrativos Especiales, cual sucede en España e Italia. El inconveniente radica en que el funcionario con facultades decisorias, y que debe pronunciarse sobre reclamaciones y recursos, está imbuído de otras numerosas cargas administrativas, lo cual le impide cumplir a cabalidad con todas ellas. Haría falta una reorganización de la Administración, a fin de que se establezcan funcionarios especiales calificados con el cargo de tramitar y resolver sobre reclamaciones y recursos de modo exclusivo y excluyente.

El silencio de la administración constituye negativa tácita de la reclamación o recurso y al propio tiempo causa para que el contribuyente proponga el recurso de queja según lo visto oportunamente.

### III

## LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO. EL TRIBUNAL FISCAL. NATURALEZA, ATRIBUCIONES CASACION

El contencioso tributario ha sufrido modificaciones en el Código Tributario con rela-

(12) Boleín No. 26 del Tribunal Fiscal Fs. 8 y 9 Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana Quito

ción al Código Fiscal. La principal estriba en la instauración del recurso de casación. Si se compara la trascendencia y alcance de las modificaciones, con las que ha sufrido la vía administrativa, se puede afirmar que las del contencioso - tributario son menos radicales.

Ecuador es uno de los países que primero conformó su Tribunal Fiscal en América ( 1959 ), y con él un sistema expeditivo para la administración de la justicia tributaria. De entre los varios sistemas a escoger, se implantó la de un tribunal jurisdiccional, independiente de la Administración, pero también independiente de la Función Judicial. No hace al caso disertar sobre puntos que han sido ya objeto de estudio, inherentes a las ventajas o desventajas de tener jueces tributarios corelacionados o dependientes de la Administración; de organizar la administración de la justicia tributaria por la propia Función Judicial; o en fin, la de, según ha sucedido en el país, contar con un Tribunal independiente. Dentro de la clásica división de funciones, el Tribunal Fiscal pertenece a la Jurisdiccional, pues es verdadero Juez, pero, orgánicamente no tiene relación, ni menos dependencia con la Corte Suprema, Cortes Superiores, y demás Tribunales y Juzgados que administran justicia y que forman, un todo conocido como función Judicial. Ese es la diferencia en Ecuador, entre los términos, jurídicos, jurisdiccionales, judicial, el primero es más amplio y alcanza a todos los Juzgados y Tribunales; el segundo comprende exclusivamente a aquellos que constituyen un Cuerpo Orgánico, cuya cabeza es la Corte Suprema de Justicia con asiento en la capital de la República. La Carta Política de 1967... la más importante en lo que concierne el orden tributario, consagra esa distinción entre lo Jurisdiccional y lo Judicial. Lo primero es el todo y a él pertenece lo judicial y lo contencioso. A lo contencioso pertenece el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y el Tribunal Fiscal ( arts. 199 a 219 de la Carta Política de 1967 ).

Esta la naturaleza del Tribunal Fiscal, la cual fue tal desde que comenzó su existencia. La idea matriz de un Tribunal Jurisdiccional independiente de la Administración y de lo Judicial, sirvió de marco protector a la Institución, fue consagrada en la Carta de 1967, y hoy, pese a que dicha constitución no rige, el principio se mantiene y consta en el Código Tributario de 1975. En verdad por la acción de Gobiernos de facto a veces la idea ha sufrido quiebras, aún se ha pretendido suprimir el Tribunal Fiscal, pero afortunadamente no se lo ha hecho, y con un paso adelante y otro atrás, el Tribunal Fiscal subsiste y es uno de los Organismos que honran al Ecuador.

El Código Tributario ( art. 221 ), prevé que los Magistrados del Tribunal Fiscal serán designados en la misma forma que los Magistrados de la Corte Suprema. Las diversas Constituciones vigentes en el Ecuador, inclusive la que se ha puesto hoy a regir del año 1945, han atribuido al Congreso en Pleno, la facultad de designar magistrados de la Corte Suprema. Es creíble que dentro del proceso de transformación política hacia el estado de pleno derecho, se expida en el instrumento que sea apropiado, una disposición semejante. La Carta de 1967 disponía que los Magistrados del Tribunal Fiscal fueran elegidos por el Congreso Pleno, de entre ternas enviadas por la Corte Suprema. El Código Fiscal ( art. 112 ) mandaba que dos Magistrados del Tribunal Fiscal fueran nombrados por el Presidente de la República, previa terna enviada por la Corte Suprema y por el Ministerio de Finanzas, uno, aquel que debía poseer conocimientos especiales de Derecho Financiero.

La autonomía al Tribunal Fiscal se encuentra reconocida en forma expresa en el

Según el Código Tributario para ser Magistrado se requiere ser ecuatoriano por nacimiento, hallarse en el ejercicio de los derechos de ciudadanía, tener cuarenta años de edad, ser Doctor en Jurisprudencia y, "haber ejercido la profesión de abogado con buen crédito por un tiempo no inferior a 10 años, o haber desempeñado por igual lapsos cargos que requieran el título de abogado en la función jurisdiccional o en la administrativa Tributaria y, además ser versado en materia tributaria, lo que se acreditará con trabajos académicos o profesionales o por el ejercicio de la docencia universitaria en esa materia por ocho años como mínimo". La materia Tributaria es una materia típicamente mixta, que incluye en su ámbito conocimientos jurídicos y de carácter económico - financiero y contable. El Código Fiscal suponía entre seis, la designación de dos Magistrados egresados de las Facultades de Economía del país expertos en Derecho Financiero. Entre tres entendía este mismo texto legal que uno de ellos fuera preferentemente conocedor del Derecho Financiero. Por Decreto de 11 de Junio de 1973, se reformó la composición del Tribunal Fiscal y se dispuso que además de los tres Magistrados doctores en Jurisprudencia, en cada Sala debía existir un Economista Asesor. La reforma no tuvo éxito, y terminó por imponerse el criterio de que exclusivamente el Tribunal debía estar integrado por doctores en Jurisprudencia. Así lo establece el Código de 1975.

El Tribunal Fiscal es un Tribunal especializado, y entre los requisitos exigidos para desempeñar la magistratura, se cuentan aquellos que demuestran la especialización de los candidatos. En Ecuador desafortunadamente no existen la carrera judicial, los jueces y magistrados son de período, de tal modo que concluido aquel para el que fueron nombrados pueden ser separados de sus funciones. Ello constituye un grave mal, del que tampoco está libre el orden tributario.

La solución obviamente hay que esperarla dentro del contexto general de lo jurisdiccional. Sólo cuando se implante la verdadera inamovilidad, o sea el derecho indefinido de permanecer en la carrera, dentro de lo cuallos traslados y ascensos deben regularse por méritos, se logrará la eficacia y tecnificación completas de la administración de justicia.

La verdadera naturaleza del Tribunal Fiscal se encuentra en sus atribuciones y órbita de competencia. Inicialmente se cometi6 el Tribunal el conocimiento de materias tributarias y otras de índole diversa. Así por ejemplo a este organismo competía el conocimiento de los asuntos relativos a las cuentas que presentan los funcionarios de Estado o "cuentadentes". En el Código Tributario se ha efectuado una labor purificadora y se ha circunscrito a lo tributario los asuntos que son de competencia del Tribunal Fiscal. Los Arts. 234, 235 y 236 se refieren al punto. Es preciso hacer un breve comentario de estas normas.

El sistema total se encuentra vertido en tres campos: acciones de impugnación; acciones directas; y otros asuntos de su competencia.

Las acciones de impugnación suponen la existencia de un acto administrativo y el hecho de haber agotado la vía correspondiente. Las impugnaciones según los numerales 1o. y 2o. pueden referirse a Reglamentos, Ordenanzas, Resoluciones o Circulares de carácter general, propuestos por quienes vean lesionados sus derechos subjetivos o por represen-

tantes de entidades, colegios de profesionales, organismos varios. En el primer caso la resolución del Tribunal tendrá efecto particular y se reconocerá si un reglamento, ordenanza etc. lesionan o no el derecho subjetivo del particular. En el segundo caso, la resolución tendrá validez general, sea la anulación parcial o total, Según el sistema del Código Fiscal, la primera atribución correspondía al Tribunal de lo Contencioso Administrativo la anulación con valor general de reglamento, ordenanzas, etc. aunque estos fueren tributarios.

En los numerales 3o. , 4o. y 5o. se trata de las impugnaciones que propongan los contribuyentes contra resoluciones dictadas por la Administración originadas en reclamaciones y recursos de reposición y revisión, así como aquellas formuladas ante el silencio de la Administración, lo que supone negativa tácita de la pretensión del particular. El conocimiento de estas impugnaciones constituye gran parte del trabajo que debe realizar el Tribunal, Organismo a quien corresponde sustanciar los procesos y emitir los fallos, a efecto de lo cual funcione dividido en tres Salas, radicándose la competencia a virtud de sorteo.

El numeral 6o. permite impugnar resoluciones administrativas que impongan sanciones por incumplimiento de deberes formales.

Por fin dentro de este campo, corresponde al Tribunal Fiscal conocer las impugnaciones contra resoluciones administrativas que niegen la reclamación de pago indebido.

Las acciones directas que se pueden proponer ante el Tribunal Fiscal, es decir sin que previamente se haya debido agotar la vía administrativa, son las siguientes (art. 235 ): para obtener que se declare la prescripción de los créditos tributarios, sus intereses y multas; las de pago por consignación ante la repugnancia de la Administración a recibir lo que se le adeuda; la de nulidad del Procedimiento coactivo o de ejecución por emisión de solemnidades sustanciales; la de nulidad del remate dentro del mencionado procedimiento coactivo; y, la de pago indebido, cuando se ha realizado después de ejecutoriada una resolución administrativa que niegue la reclamación de un acto de liquidación o determinación de la obligación tributaria. La posibilidad permitida por el Código Fiscal de que la acción de pago indebido pudiera proponerse a arbitrio del contribuyente ante el Tribunal Fiscal o ante la Justicia Ordinaria ha desaparecido en el Código Tributario y hoy se la puede proponer únicamente ante el Tribunal Fiscal.

Corresponde también al Tribunal Fiscal ( Art. 23 ) conocer por vía de alzada asuntos penales tributarios. Inconsultamente son jueces de la primera instancia en este campo, las propias Autoridades Administrativas y de última instancia el Tribunal Fiscal, siempre que según la cuantía, ello sea procedente. Se da el caso de que la propia Administración juzgue contrabandos y defraudaciones, mediante el concurso de sus funcionarios que a más de pesadas labores administrativas, deben oficiar de jueces. Al Tribunal Fiscal le corresponde conocer de las excepciones que se propongan contra el procedimiento coactivo o de ejecución. A él corresponde dirimir conflictos de competencia suscitados entre Autoridades Administrativas y resolver sobre recursos de queja y casación.

Las sentencias dictadas por el Tribunal Fiscal son de primera y única instancia en la etapa contenciosa. Producen cosa juzgada y no están sujetas a revisión por ningún otro Tribunal. A fin de atenuar el rigorismo de semejante situación, en el Código Tributario se

ha introducido una innovación de real importancia e interés, la posibilidad de atacar los fallos del Tribunal Fiscal por casación. El recurso lo conocen las dos Salas restantes con referencia a la que expidió el fallo constituida al efecto en Tribunal de Casación. Lo que pretende este recurso es principalmente defender el principio de la legalidad tributaria.

Los casos en que se lo puede proponer son los siguientes ( art. 329 ).

1.- Cuando en la sentencia se imponga el pago de un tributo no establecido por la Ley o que no estuvo vigente en el ejercicio económico de que se trate.- 2.- Cuando se exonerare del pago de un impuesto vigente, sin que la exención esté prevista en la ley.- 3.- Cuando la sentencia se funde en una ley no aplicable al caso.- 4.- Cuando, para establecer la existencia de la obligación tributaria, no se hubieren considerado hechos determinantes de la misma o de su extinción; y 5.- Cuando se hubiere cometido algún error de derecho en la calificación de los hechos reconocidos en la sentencia, hechos que configuran la materia imponible o que sirven de base para determinar la exención..

Dos puntos son de relieve en el proceso tributario, la observancia o no del principio "solve et repete" y el valor de la jurisprudencia tributaria. En cuanto al primero la evolución ha sido positiva aunque hoy se presenta o al menos subyacen criterios reformistas que pretenden desandar lo andado. Originariamente, antes de que se crease el Tribunal Fiscal ( 1959 ) tenía plena vigencia el principio "solve et repete". Entonces había primero que pagar para luego reclamar. Las excepciones al procedimiento coactivo que se proponían ante la justicia ordinaria, conllevaban la obligación de los contribuyentes de primero consignar los valores adeudados. Al crearse el Tribunal Fiscal se permitió acudir a él, sin necesidad de pagar ni garantizar. A pesar de ello, el garantizamiento se tornó obligatorio, pues, por las cualidades de legitimidad y ejecutoriedad de que gozan los actos administrativos, se reconoció el derecho de la Administración de continuar con la recaudación, aunque el asunto estuviera en conocimiento del Tribunal Fiscal. Actualmente en el Código Tributario se ha dispuesto que la Administración no puede recaudar los tributos cuando un asunto esté pendiente de resolución en el Tribunal Fiscal. No es por tanto forzoso pagar o garantizar para obtener el fallo. La Administración, de todos modos, tiene el derecho de tomar medidas precautelatorias.

La Jurisprudencia fue hasta 1970 obligatoria. Las sentencias del Tribunal Fiscal constituían normas de aplicación para casos similares. La Administración y el propio Tribunal debían dar soluciones iguales, frente a casos iguales. La jurisprudencia obligatoria podía modificarse por acuerdo de todo el Tribunal y observándose un rito especial. A partir de 1970 en que se crea la Segunda Sala, no es posible mantener el sistema, pues, cada sala podía sustentar criterios diferentes al momento de juzgar. La jurisprudencia pasa a ser meramente ilustrativa.

Cuando se produzcan fallos contradictorios, es decir cuando frente a casos semejantes, las salas den pronunciamientos diversos, sin perjuicios del valor de la cosa juzgada, se previó la necesidad de que el Tribunal en pleno estableciera con valor obligatorio para lo posterior, la tesis interpretativa que se debe tener como válida. Hoy rige este sistema y además se ha dado fuerza obligatoria para casos posteriores análogos a los fallos que se dicten por vía de casación.

# EL LENGUAJE JURIDICO Y LA IDEOLOGIA DOMINANTE

EXEQUIEL SAGREDO WILDNER

La tarea del abogado litigante es fundamentalmente de persuasión; trata de convencer al juez que se encuentra obligado a resolver en beneficio de su cliente. La forma de lograr este convencimiento, a primera vista, parece sencilla: ya que el juez se halla obligado a aplicar la ley, en su sentido literal, cuando este es claro, ( 1 ) basta mostrar al juez aquella norma que se ajusta claramente a los hechos para tener asegurada la sentencia.

Sin embargo, dos problemas insolubles impiden este proceder. Uno está constituido por las características semánticas del lenguaje natural en el cual se expresan las normas. (2) Las perturbaciones propias del lenguaje natural, la vaguedad y la ambigüedad de sus signos, se manifiestan con profusión en las normas. El sentido unívoco ( claro ) de las normas es una falsedad y la demostración más patética de ello es la regla segunda del artículo 18 del Código Civil que establece que "Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio según el uso general de las mismas palabras", es decir, para contribuir a la claridad de la ley esta norma establece la forma en que han de entenderse sus palabras utilizando para ello un signo al mismo tiempo vago y ambiguo: " natural" ( 3 ) seguido de dos conceptos vagos: "obvio" y "uso general" ( 4 ) Cuando a ellos se unen la infinidad de términos vacíos y estereotipados que sazonan las normas ( "buen padre de familia", "mujer honesta", notoriamente vago", seguridad y la usual retórica periodística adquiere la facultad de expresar cualquier idea.

El segundo problema consiste en la imposibilidad de que una norma, o un conjunto de normas, contemple todas las circunstancias de un hecho, es decir, que en sentido estricto siempre hay "falta de ley". Ello se debe a la misma naturaleza de la ley. Es una norma abstracta, rige situaciones jurídicas indeterminadas, por lo tanto del conjunto de circunstancias que constituyen un hecho debe establecerse sólo aquellos "relevantes" y entonces verificar si hay ley o no que la sancione, y si la hay de cuál se trata. No existiendo ninguna

( 1 ) Larrea, Juan, Compendio de Derecho Civil, pág. 133; "si ese sentido ( el de la ley ) desde el primer momento aparece sin lugar a dudas, se puede decir que ya está alcanzando el fin de la interpretación"

( 2 ) Para mayor abundamiento ver de Warat, Luis Alberto, El Derecho y su Lenguaje, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973.

( 3 ) El Diccionario de Sinónimos de Antonio Zamora, séptima edición, Ed. Claridad, Bs. Aires, para el término "natural" verifica los siguientes sinónimos "nativo, originario, nacido, oriundo, indígena, condición, genio, carácter, índole, temperamento, ingenio, llano, lógico, regular, corriente, común, habitual, normal, acostumbrado, propio, real". Sin embargo, por el contexto de la frase se pueden reducir sus sentidos a "originario, lógico, regular, corriente, común, habitual, normal, acostumbrado, propio y real", de los cuales, por lo menos "originario, lógico, regular, común y propio" expresan ideas diferentes.

( 4 ) Las ideas representadas por los signos "natural" y "obvio" varían de acuerdo al sujeto, y respecto a "uso genral" este puede variar su significado en el tiempo, como constata Larrea en el Compendio de Derecho Civil ( p. 134 ) y además es frecuente que coexistan diferentes usos para un mismo término de manera general o varíe de acuerdo a diferentes e indeterminables sectores sociales.

regla ( ni posibilidad de que se le cree ) que establezca un criterio para diferenciar las circunstancias relevantes de las irrelevantes de un hecho, corresponde al juez esta tarea.

Por lo tanto el razonamiento judicial requiere de un criterio anterior a la norma, aquel que le permite discernir lo relevante de lo irrelevante de los hechos para determinar la norma. ( 5 ).

Pero no es cualquier criterio el aplicado por los jueces. Quizá este es el punto diferenciador más notable entre los jueces y el resto de los componentes de la sociedad, lo que los garantiza como ecuanimes frente a los contendientes en el proceso y los hace aparecer a los ojos de la sociedad como un grupo de personas "intachables". Es indiscutible que la elección de los relevante dentro de los hechos puede variar no sólo por manifiesto interés ( como sucede generalmente con las exposiciones de los abogados contendientes ) sino debido a las diferentes escalas de valores de los individuos que entran a conocer del asunto. Del mismo modo, la elección de la norma puede variar junto con los criterios; "todo depende del cristal con que se mire". Sin embargo el criterio del juez le permitirá ver los hechos con cristales neutros lo que lo hace competente para elegir atinadamente las normas y los puntos relevantes de los hechos. Es por esto que no cualquiera puede ser juez. Quien desee serlo debe obtener el entrenamiento debido para formarse este criterio. Solo puede ser juez quien está autorizado por la ley, y la ley exige un título universitario obtenido por haber aprobado la carrera de jurisprudencia entre otros requisitos. Es decir, para ser juez se requiere de una formación cultural determinada.

A pesar de ello, no se logra que todos tengan un criterio uniforme. No todos son capaces de ver con la misma "claridad" los problemas que se les presenta. Hay jueces mejores

( 5 ) Quiero dejar en claro, a riesgo de parecer redundante, que no es posible la concreción de ninguna norma sin esta selección inicial, no solo de aquellas que hacen mención especial a este proceso como los arts. 228 y 239 del C. de Procedimiento Civil,

Como demostración, alguien puede darse el trabajo de analizar en forma ordenada cada uno de los arts. de la sección correspondiente a los arts. antes mencionados ( "de los testigos" ) o cualquier otra. Así, para ejemplificar: El art. 229 requiere que el Juez " tenga el convencimiento de que el testigo ha declarado la verdad", en el 230 X" quedan a criterio del juez la valoración de una serie de testimonios, en el 231 el juez debe decidir si las personas se encuentran privadas de juicio, o no. ¿Cómo lo hace?; a través de la Sana Crítica, en el 232 debe decidirse si el sujeto estaba "completamente" embriagado, o casi completamente, o medio, o nada. El 233 además de quedar relativizado por el 229 plantea dudas que el juez debe decidir con anterioridad respecto a "leer y escribir" que ya se ha planteado en algunas sentencias, en el 234 debe resolverse que ha de considerarse "mala conducta notoria", "notoriamente vago", "frecuentemente", etc.

Aún las normas que aparentan una univocidad indiscutible requieren de éste criterio previo, como la del art. 242 en que el juez debe determinar si se contiene un hecho o más y aún en el supuesto de una norma expresada en un lenguaje inequívoco siempre el juez debe si a los hechos corresponde o no su aplicación teniendo en cuenta la selección que hace de lo relevante del hecho que es obviamente subjetiva.

que otros; están distribuidos en instancias, y es frecuente que según la instancia, los hechos se vean de manera diferente, lo que indica criterios diferentes. Así, con este mecanismo el mejor criterio iría corrigiendo al desacertado. Este criterio inicial que permite a los jueces discernir los hechos relevantes de los irrelevantes y por lo tanto la norma aplicable al hecho es lo que se llama "sana crítica" que no es otra cosa que la capacidad de resolver con "justicia". La "sana crítica" en realidad juega un doble papel, además de indicar el modo "correcto" de resolver, permite al juez autojustificar su proceder. La "sana crítica" es la capacidad que obtiene el juez proveniente del conocimiento de la "justicia" y todos sus derivados ( equidad natural, principios generales del derecho, entre otros ).

Desde este punto de vista el numeral séptimo del artículo 18 del Código Civil establece una imposibilidad lógica puesto que exige que el juez tome la norma como criterio inicial de decisión y subsidiariamente a los principios del derecho universal. El juez recurre siempre como criterio inicial a su idea de justicia y con él, posteriormente, selecciona los hechos y las normas aplicables.

No obstante los criterios de justicia son variables; lo que entiende por justo un juez, y más precisamente un juez del Ecuador, dista en mucho de lo que pueda entender un Juez cubano, o un jívaro, o un habitante del suburbio, o un ladrón, es más, en muchas ocasiones varía notablemente entre los mismos jueces y, peor aún, no existe un patrón objetivo de "la justicia" que permite establecer cuál de los criterios es el correcto.

Desde el punto de vista lingüístico el signo "justicia" es uno de los más claros ejemplos de signo vacío, es decir, es incapaz de transmitir una idea en forma unívoca e incluso puede transmitir ideas contradictorias, basta ver los sentidos con que representantes de corrientes políticas opuestas utilizan el término. No sólo es un signo vacío sino que además posee una notable carga emotiva ( que lo hace políticamente tan utilizable ).

Tomemos por ejemplo a dos aspirantes a la Presidencia de la República durante una campaña electoral, ambos plantean que desean establecer un gobierno justo, pero sistemas políticos diferentes. Lo que hacen no es otra cosa que proponer cada uno su idea particular de justicia. Nadie, sin embargo, se atrevería a plantear un gobierno injusto, puesto que la reacción del receptor del discurso sería adversa.

Es indudable que los jueces utilizan una idea de justicia más o menos común y que además, aunque sea en sus rasgos más gruesos, es compartida por la mayoría de los grupos no marginales del Estado. Ello se debe a que la ideología estatal se inyecta por una serie de sistemas a la población integrada al sistema vigente. El sistema educacional, los medios de información, las tradiciones, y las leyes entre muchos otros son mecanismos de transmisión de la ideología estatal dominante.

La ideología estatal abarca todos los aspectos de las relaciones sociales. La ideología estatal respecto a lo jurídico es la ideología jurídica dominante.

Los jueces debido al proceso educacional al que fueron sometidos, así como a la forma de selección establecida por la legislación deben ser los mejores informados acerca de la ideología jurídica dominante ( y además deben compartirla ). Sin este requisito se desinte-

graría la función judicial del sistema del cual es parte, lo que resulta prácticamente imposible, pues el admitir la posibilidad de que se solucionen las controversias en forma contradictoria a la ideología oficial sería admitir un quiebre en el sistema con mecanismos del mismo sistema ( nos referimos a sistemas político -económicos ) La legislación prevé para casos de error en la selección de los jueces todo un mecanismo de depuración que impide cualquier posibilidad de desestabilización.

La ideología jurídica dominante se transmite a los futuros jueces en el proceso educacional enmascarada en una infinidad de términos vacíos y estereotipados a los que ya hemos hecho referencia, que además se muestran como la base de sustentación del derecho, lo que no puede dejar de tomarse en cuenta para la emisión de cualquier resolución judicial, y el contenido de estos signos vacíos está dado por el conjunto de la legislación. De la comprensión y asimilación de la vinculación de estos signos y su contenido surge una coincidencia ideológica, imprescindible para el funcionamiento del sistema en general, entre el sistema judicial y los detentantes del poder estatal.

Si bien las normas por separado pueden dar al juez un marco abierto a cualquier posibilidad de interpretación, de su conjunto se desprende la ideología jurídica dominante que indica al juez el sentido en que debe ser aplicada la norma.

Así pues la legislación no es más que una información para el juez que le marca el ámbito dentro del cual debe aplicar las normas, o en otras palabras, los sentidos dentro de los cuales tiene posibilidad de interpretarlas, asimismo indica el criterio de selección de los hechos relevantes dentro del caso.

Esta información acerca de la ideología jurídica dominante que se da a conocer a quienes participan en la maquinaria judicial con especial precisión también es transmitida al resto de la sociedad a través de los diferentes medios de vulgarización, ello posibilita que la "opinión pública" ( 6 ) critique positiva o negativamente la actuación de los jueces. Se espera de la "opinión pública" que considere como mal juez aquel que no responde a las expectativas, es decir aquel que no actúa como se espera debe actuar un juez, aquel que interprete las normas de una manera "injusta", que resuelve los casos de acuerdo a un criterio personal diferente al vulgarizado. En definitiva, aquel que en su actuar desatiende la ideología jurídica dominante, quebrando con ello el valor "seguridad" protegido y representado por el derecho.

Es decir, la crítica a elementos de la función judicial es normalmente una defensa a la ideología oficial dominante, incluso aquellas críticas al conjunto de la función judicial o de orden técnico ( burocratización, arcaísmo, lentitud ) no tienden más que a promover el lo-

( 6 ) Es decir aquellas opiniones que tienen posibilidad de expresión pública influyente y que, por tanto, tienen algún interés para el poder político.

gro del ideal los que sustentan esta ideología, pero no a su transformación.

Así pues, a través del proceso de vulgarización de la ideología se logra que la crítica no macule al sistema imperante.

Del mismo modo, cuando el abogado litigante realiza su labor de persuasión que mencionábamos al inicio, e indica al juez cuales son, según él, los criterios de selección de normas y hechos que deben usarse, es decir cual es la solución más "justa", no está tratando sino de convencer al juez de que la solución propuesta es la más acorde con la ideología jurídica dominante, la argumentación obviamente subjetiva del abogado debe ser siempre una apología a la ideología establecida o debe resignarse a afrontar el fracaso.

## ORIGENES Y DENOMINACION

Durante algún tiempo se acostumbró llamar "Derecho Humanitario" a la parte considerable del Derecho Internacional cuya propia inspiración en los sentimientos de humanidad, la centró en la protección del individuo, con la combinación de dos ideas de caracteres legal y moral. Después hubo una transposición de las consideraciones de orden moral y especialmente humanitario que concuerda con su designación.

Tres memorables años, de 1948 a 1950 son un paso decisivo, sin duda en el empeño de la defensa de la persona humana. En 1949 son conluídos los cuatro Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de guerra revisados y completados. Análogamente, en la esfera de los Derechos Humanos en 1948 ven la luz la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de los mismos Derechos así como en 1950 la Convención Europea de ellos. Por esto el Derecho Humanitario ha sido ampliamente aceptado y de una mera rama del Derecho Internacional ha cobrado vida propia con una ancha medida de autonomía.

## CONTENIDO CONCEPTO Y COMPOSICION

El Derecho Internacional Humanitario, en su sentido lato, está constituido por todas las normas internacionales sean convencionales como consuetudinarias que aseguran el respeto del individuo y su bienestar.

El Derecho Humanitario comprende entonces dos ramas: el Derecho de Guerra y los Derechos Humanos.

Algunos expertos juristas, como el profesor Milán Bartos, añaden una tercera rama: el Derecho de Paz, como el conjunto de normas para mantenerla y excluir la guerra para la solución de las controversias, llamado también "Derecho contra la Guerra", no aceptable como tal rama porque aunque sea una parte importante y de evidente carácter humanitario no tiene como sujeto directo al individuo igual que las materias propias del Derecho Humanitario, sino a los Estados que lo son en el Derecho Internacional y también porque presenta un aspecto político que no puede ser subestimado.

El Derecho de Guerra, en su significado amplio, regula las hostilidades y atenúa su dureza hasta donde lo permiten las necesidades militares. Se subdivide en Derecho de la Haya o Derecho de Guerra propiamente dicho y Derecho de Ginebra o Derecho Humanitario.

El Derecho de la Haya determina los derechos y deberes de los beligerantes en la conducción de las operaciones de la guerra por los medios que causen menos daños. Fue principalmente el resultado de las Convenciones de la Haya de 1899, revisadas en 1907, de donde proviene su nombre y una parte de sus disposiciones, la que hace que a este Derecho se le considere una rama del Derecho Humanitario; concuerda con el significado del Derecho de Ginebra que son las regulaciones, entre 1929 y 1949, que cubren el estatuto de los prisioneros de guerra, de los heridos, de los naufragos y también el de los civiles en territorios ocupados, porque conciernen a la protección del individuo. Esa parte humanitaria del Derecho de Guerra incluye, por eso, Convenciones no nacidas en la Haya, como la Declaración de San Petersburgo de 1868 que prohíbe el uso en la guerra de ciertos proyectiles y el Protocolo de Ginebra de 1925 que condena los gases venenosos o asfixiantes y los métodos bacteriológicos.

Si de los esfuerzos del Comité Internacional de la Cruz Roja para asegurar un mínimo de protección a la población civil contra los peligros de las acciones indiscriminadas de la guerra resulta un instrumento diplomático, ese por su propia naturaleza puede considerarse dentro de esa misma parte del Derecho de la Haya.

El Derecho de Ginebra, llamado con propiedad Derecho Humanitario, tiende a salvaguardar al personal militar puesto "fuera de combate", así como a las personas ajenas a las hostilidades.

Desde 1949, el Derecho de Ginebra se ha concretado en las cuatro Convenciones de ese nombre. Ese monumental cuerpo legal de más de cuatrocientos artículos es al mismo tiempo la más reciente y más completa codificación de los tipos de protección que deben ser dados al individuo en el caso de conflicto armado. No hay duda que representa en un cálculo aproximado las tres cuartas partes del Derecho de Guerra actual.

Como ofrece un auténtico carácter humanitario, un primordial elemento de civilización y de paz, el Derecho de Ginebra encarna el verdadero ideal de la Cruz Roja. Se puede decir que el Comité Internacional le dio el primer impulso y origen y por eso es llamado a veces el "Derecho de la Cruz Roja".

En 1949, como ya se mencionó, una vasta porción del Derecho de La Haya, pasó, muy extendida, a la esfera del de Ginebra; por ejemplo la protección de los civiles, sobre todo en los países ocupados. Eso significa que al principio la Convención de Ginebra amparó a los individuos no combatientes y no a los heridos, enfermos, naufragos, ni cautivos de los combatientes. Después el propósito de las nuevas previsiones fue cierta extensión de la protección a los civiles hacia los que de alguna manera resultaran víctimas de la guerra. Uno puede también reclamar cuando quiera por el mero hecho de encontrarse bajo ocupación enemiga, los civiles que no gozarán de su plena libertad y han sido sometidos a las hostilidades en mayor o menor grado.

Otro factor que permite una diferencia entre el movimiento de Ginebra y el de La Haya. Los textos de Ginebra han sido dirigidos sólo para beneficio del individuo; por lo general no comportan reglas entre Estados. La materia es por otra parte para las leyes de la guerra cuyo objeto es regular las operaciones que son todavía basadas en las necesidades militares. En Ginebra fue abierta una era de primacía del individuo y los principios de humanidad.

Dentro del Derecho Humanitario, algunos círculos médico - legales, añaden un Derecho Internacional Médico que abarca las disposiciones que dirigen y aseguran el socorro médico a los heridos, enfermos, y a su propio personal.

La otra gran rama del Derecho Humanitario se anticipó que es la Legislación de Derechos Humanos que tiene por objeto garantizar permanentemente a los individuos el goce de los derechos y de las libertades fundamentales y preservarles de los quebrantamientos.

Por eso es esencial distinguir este campo del anterior porque es aplicable tanto en tiempo de paz como de guerra. En efecto, los Derechos Humanos representan los más generosos principios en Derecho Humanitario, cuyas leyes de guerra son sólo una particular y excepcional materia que aparece precisamente al momento que la guerra restringe o daña el mantenimiento de los derechos humanos.

A esta altura, la institución promotora a nivel universal, no es la Cruz Roja, sino la Organización de las Naciones Unidas, sucesora de la Sociedad de las Naciones, según la opinión de Jean Pictet, quien piensa que también han contribuído, en su lugar y a su tiempo movimientos como el Consejo de Europa y la Organización de los Estados Americanos. Sin embargo, con todo el respeto que merece esa ilustrada apreciación, la Cruz Roja merece la gratitud general por haber sido la precursora de los Derechos Humanos y haber hecho por su protección todo cuanto estaba a sus alcances en su calidad de institución internacional aunque no de Derecho Internacional, que no es lo mismo. En su orden le sigue nuestra América, la adelantada de este Derecho como con justicia podría ser calificada, porque como en otros campos, en éste, sin contar con el Convenio de Trujillo sobre canje y buen trato de prisioneros entre Bolívar y Murillo, en el ámbito de la Comunidad Continental en el Derecho Internacional particular que la rige, traslada de la jurisdicción doméstica, donde figuraban como las garantías comunes a nacionales y extranjeros en las Constituciones de los diversos Estados, a la internacional, en la Declaración de 1948 de la OEA, antes que lo hiciera en la Comunidad Internacional y su Derecho universal, la ONU, a fines de ese mismo año con la Declaración suya. Y el Consejo de Europa se hace acreedor a la primogenitura de la ley de derechos humanos mediante la Convención Europea para su protección, de Roma en 1950 y el Protocolo de París en 1952, que para su aplicación y ejercicio comprende los órganos jurisdiccionales correspondientes: la Comisión que recibe la denuncia y la prueba y la Corte que expide el fallo aún en contra del propio país del que es súbdito nacional el reclamante. Recién en 1966, al declarar 1967 el Año de los Derechos Humanos para la conmemoración del vigésimo aniversario en 1968, pasa la ONU de la mera Declara-

ción a la ley, con la aprobación de los tres Pactos: de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; de Derechos Civiles y Políticos y el Protocolo Facultativo del de Derechos Civiles y Políticos, que ya entraron en vigencia. Asimismo la OEA, en 1969, en la Conferencia de San José de Costa Rica, aprobó el Pacto que lleva su nombre que consagra y garantiza los derechos del hombre y crea los órganos jurisdiccionales: la Comisión y la Corte Interamericanas, similares a las europeas, que también entraron en vigor y el órgano citado se constituyó e instauró.

En el último enunciado cabe añadir no sólo la codificación de los Derechos Humanos sino también, entre otras, las previsiones del Derecho Internacional Público tradicional, anterior a la internacionalización de aquellos Derechos cuando fueron trasladados del dominio reservado del Estado a la esfera de las Organizaciones universal y regional como queda expuesto. Esas previsiones fueron: la condenación de la esclavitud, de las varias clases de tratas, del tráfico de estupefacientes, la Convención sobre el estatuto de refugiados y el desarrollo de la legislación laboral.

## CONSOLIDACION

Con los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra aprobados por la Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario aplicable en los conflictos armados, cuya Acta Final con los textos anexos elaborados durante cuatro laboriosos períodos de sesiones de 1974 a 1977, firmados por los representantes de la mayoría de los Estados del mundo que participaron en la Conferencia, el memorable 10 de Junio de 1977 y depositados ante la Confederación suiza, abiertos a la firma de los demás, tras un plazo de seis meses y durante un período de doce, que ya entraron en vigencia como ley internacional, seis meses después que se depositaron dos instrumentos de ratificación o de adhesión, como estaba previsto y uno de los cuales fue precisamente nuestro país, hecho muy satisfactorio, se obtuvo la consolidación del trascendental Derecho.

El Protocolo I relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales cumplió sus codiciados objetivos en forma que puede ser calificada de plena, lo que no aconteció por desgracia, con el Protocolo II relativo, a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, que tuvo que limitarse a las mínimas previsiones, para lograr el consenso deseado, por culpa de muchos Estados que en vez de dirigir los esfuerzos a la protección del hombre que era la razón de ser de los instrumentos que se creaba, parecía empeñarse en la sistemática defensa de sus gobiernos despóticos que entonces detentaban el poder de sus países contra la voluntad soberana de sus pueblos y hacía escarnio del sagrado deber de respetar los derechos y las libertades fundamentales de la persona humana. Ojalá en un futuro próximo la nunca bien ponderada labor de la más "Humanitaria" de las instituciones humanas, la Cruz Roja, obtenga para el mundo lo que en esta vez no consiguió pese a su incomparable acción y decisión.

Todavía el derecho y la historia en cuanto conocimiento son una especie de parientes pobres de las ciencias sociales. En ambos casos, el grado de elaboración teórica difícilmente permite alcanzar resultados comparables a los logrados por la economía, la ciencia política o la sociología. De ahí que intentar una reflexión sobre el derecho en cuanto fenómeno histórico, al tiempo que urgente, resulte doblemente riesgoso.

## I

Uno de los primeros obstáculos que debe superar toda reflexión sobre el derecho es el de la irremediable ambigüedad que caracteriza a su objeto. HART ( 1 ) toma a este problema como punto de partida, remitiendo la ambigüedad al carácter problemático de la noción de "regla": ¿Qué son las reglas? ¿Qué significa decir que una regla existe? ¿Los tribunales aplican realmente reglas o solamente creen hacerlo? Este tipo de discurso se desenvuelve en torno a las significaciones propias, directas, inmediatas, de una expresión considerada central, como si se buscara llegar al conocimiento de las esencias, en la misma línea de KANT cuando se preguntaba qué cosa es el derecho en sí ( 2 ). Hallada una respuesta -siempre mediante una categorización a priori ( 3 )- se intenta proceder a la determinación y delimitación del campo objetivo del derecho como ciencia positiva. El intento conduce a un seccionamiento del objeto, inevitable, por otra parte, desde que la "captación integral" de todas sus propiedades resulta lógicamente imposible, debido al número infinito de predicados susceptibles de aplicarse a los objetos de la experiencia ( 4 ), pero que además, en cuanto intento de conocer, se construye sobre la suposición de que todas esas propiedades esenciales han sido, en efecto, extensivamente consideradas.

En el quehacer práctico de los juristas - me refiero a su quehacer cognoscitivo- el obstáculo se ha querido superar, aunque en realidad se haya eludido, mediante la construcción progresiva de disciplinas autónomas, cada vez más diferenciadas y cuyo objeto, a pesar de nombrarse en todos los casos con la misma expresión -"derecho"-, consiste en realidades diferentes: la "legitimidad legalizada" para la Ciencia del Derecho, la "legitimidad eficaz" para la Sociología Jurídica, y la "legitimidad justa" para la Filosofía del Derecho ( 5 ), según una dudosamente feliz terminología, pero rica en sugerencias cuando se trata de evi-

( 1 ) H. L. A. HART, 1968, 7 21

( 2 ) I. KANT, 1968, 31

( 3 ) R. J. VERNENGO, 1973, 21

( 4 ) R. J. VERNENGO, 1973, 22 25

( 5 ) E. DIAZ, 1971, 63

denciar -como ahora- los artificios semánticos de los que se ha echado mano para preservar la identidad del objeto a través de, solamente, una diversidad de enfoques. Con más rigor, CERRONI habla de la disociación entre una investigación lógica o crítica, una investigación histórica o fenomenológica y otra deontológica o valorativa, cuyos propósitos serían, respectivamente, establecer el concepto de derecho, perfilar su estructura y evolución histórica y emitir hipótesis acerca de su naturaleza ideal ( 6 ).

Las limitaciones y la falta de unidad metodológica de esta ya tradicional división tripartita han sido aliviadas con insistencia en el pensamiento jurídico actual, y desde los ángulos más diversos se han propuesto caminos para superarla. Al respecto, aquí y allá se ha advertido que estos nuevos caminos suelen conducir con frecuencia excesiva a otros tantos reduccionismos, cuya receta consistiría en una especie de inserción de las otras disciplinas en el ámbito propio de aquella que se privilegia ( 7 ).

Aunque las críticas hayan sonado con más fuerza entre los adictos a la sociología jurídica -o a los sociologismos-, la preocupación sociológica no representa, en sí misma, una ruptura, aunque al insistir en el carácter social - funcional del derecho se haya impulsado la rebelión contra la metafísica. Cuando se inquiere acerca de las mutuas relaciones y condicionamientos entre "derecho" y "sociedad", casi siempre se pisa terrenos muy vecinos al del esencialismo, pues se ha partido de un pre-conocimiento de dos objetos en sí, integralmente captados por el sujeto cognocente, uno con independencia del otro, aunque se reconozca para el segundo la cualidad de ser habitat del primero ( 8 ). A partir de estos supuestos se ha desarrollado un tipo de estudios sobre "derecho y sociedad", referidos tanto a las funciones de aquél dentro de ésta - solución de conflictos, seguridad, función "integrativa"-, como al problema de los mutuos condicionamientos entre lo jurídico y otras manifestaciones sociales -economía, política, valoraciones morales-, intentándose que la denominación corriente -"relaciones entre derecho y sociedad"- sea comprensiva de ambos temas. Aquí, el objeto derecho aparece seccionado, como antes se dijo, pero aparece también, al menos en alguna de sus facetas, como un producto histórico, toda vez que la

( 6 ) U. CERRONI, 1978, 124

( 7 ) F. TRAZEGNIES, 1975, 6 - 13; también CERRONI, 1978, 98 - 114 y 155 - 165.

( 8 ) Carlos José GUTIERREZ por ejemplo, entiende el problema así: "En una forma gráfica podemos representar esa relación como dos círculos, uno más grande, que representa la sociedad y otro englobado en aquel, que es el sistema jurídico, en un proceso constante de interacción. En la relación entre esos dos círculos se dan tres tipos de movimientos; a) Al moverse la rueda social, se mueve igualmente la rueda jurídica; b) el movimiento de la rueda jurídica actúa como un multiplicador del movimiento de la rueda social; c) ambas ruedas pueden moverse a una misma velocidad cuando hay una perfecta coordinación entre el sistema social y el subsistema jurídico... En los distintos casos de ritmo diferente de movimiento tendríamos un desfase en la relación entre sociedad y derecho, lo que supone que este último no corresponde a los procesos sociales y no puede por tanto llenar las funciones que le han sido encomendadas por la sociedad". GUTIERREZ, 1976, 430-432.

preocupación por las "relaciones" entre el derecho y la economía, o la política, supone el haber reconocido en algún grado el carácter cambiante de la instancia jurídica, así como cierto tipo de racionalidad en esos cambios. Al respecto, insistentemente se menciona el nombre de MONTESQUIEU como el de un precursor ( 9 ). Por cierto que los distintos iusnaturalismos han reconocido, desde Tomás de Aquino hasta Del Vechio, que el derecho se caracteriza por su mutabilidad, por saber "adaptarse a las condiciones de cada pueblo". Tal mutabilidad sirve, precisamente, para mostrar por contraposición la permanencia de los "principios primeros", de aquel contenido racional que constituye la esencia del derecho. Lo histórico es un accidente, irrelevante, por lo mismo, para el conocimiento filosófico. Pero en el Espíritu de las Leyes se concibe a lo histórico como producto de una racionalidad, al poner a lo jurídico en relación con otros hechos, avisorándose una explicación causal para sus mutaciones ( 10 ). Semejante actitud implica ya cierta ruptura, pues no se busca lo histórico para relieves lo verdaderamente importante, aquello que permanece, sino como resultado de una preocupación específica por los hechos, manifestada en la resistencia a juzgar "lo que es por lo que debe ser", rompiendo con las anteriores doctrinas del derecho natural ( 11 ). Los intentos de determinar la esencia del derecho se debaten, en el pensamiento jurídico moderno, en una permanente tensión entre idea y realidad, entre razón e historia, como lo anota CERRONI ( 12 ). La sociología del derecho logra abrirse paso en la medida en que la reflexión detiene su mirada en los hechos, buscando explicarlos tal como son. Esta disciplina, así como algunos "sociologismos" en la Teoría del Derecho, se fundan como ciencias o disciplinas empíricas: el pensamiento de ERLICH y el de GURVITCH, y aún el de WEBER -a pesar de todas sus diferencias- representan el triunfo de los hechos frente a la idea. En cuanto constituido esencialmente por hechos, el derecho adquiere una dimensión histórica: el afán de explicar los hechos como son se manifiesta, en primer lugar, reconociendo la necesidad de identificarlos en su origen, para señalar luego cronológicamente sus vicisitudes, hasta alcanzar el concepto formal presente, aquel que constituye el objeto de la reflexión.

Este, por consiguiente, es un resultado. El aspecto "histórico" del derecho sirve para conformar el "objeto" presente, para determinar su esencia, pero sirve también de vínculo ideológico con aquel aspecto de lo jurídico antes excluido de la esencia, en la medida en que los cambios históricos se asocian a la idea de progreso lineal, pudiendo resumirse a la Historia del Derecho como un devenir hacia más seguridad, más justicia, más igualdad ( 13 ). Semejante acrobacia sólo es posible gracias al seccionamiento sufrido por el objeto "derecho", cuya historia se descompone en historias independientes: la del pensamiento jurídico, por una parte, y la historia de la legislación, por otra. En cuanto tratan objetos

( 9 ) G' GURVITCH, 1948, 53 - 58; J. CARBONNIER, 1977, 50

(10) *Ibid*

(11) L. ALTHUSSER, 1971, 24 - 29

(12) U. CERRONI, 1975, 23 - 26

(13) J. CARBONNIER, 1977, 132.

diversos, su independencia o autonomía es, en realidad, mutua indiferencia; y sin embargo, ambas, indistintamente cumplen el mismo papel: ofrecer el material para la "Filosofía" y los supuestos cronológicos del campo en el que se mueve la "ciencia positiva". Pero además, se trata, en ambos casos, de una ordenación cronológica de datos, antes que de una historia. Dicho de otro modo, la atribución de un significado evidente para la expresión "historia" hace que ésta aparezca reducida a una simple ordenación cronológica de datos, tratándose de ideas o de cambios normativos. Es una historia cuya única dimensión está dada por el transcurso temporal, el tiempo físico, común para todos los fenómenos de la naturaleza, del hombre y de la sociedad. Una noción que permite tratar a los objetos de la experiencia como partícipes de un pasado común, identificable dentro de un transcurso temporal caracterizado por su continuidad -sin saltos ni vacíos, su homogeneidad -de un decurso igualmente intenso- y su contemporaneidad, para decirlo usando las categorías hegelianas que identifica ALTHUSSER. ( 14 )

Entre esta concepción de la historia, aplicada al derecho en cuanto objeto susceptible de ciertas modificaciones a través del tiempo, y la idea según la cual el conocimiento de lo jurídico se construye sobre la determinación de los caracteres esenciales, aquellos que definen al objeto, hay, además, otro tipo de complementación que se presenta a nivel de los problemas que no se plantean: no se hace historia -al menos no una historia "Jurídica"- de aquello que ha quedado fuera de la esencia, que ha sido excluido de la definición del objeto. La ciencia empírica -y con mayor razón la metafísica-, se organizan sobre la separación entre historia y teoría. En realidad, el discurso esencialista y la historia lineal, encubren las mutuas implicaciones de los dos tipos de conocimientos.

Sin abandonar este esquema epistemológico, las "relaciones" entre derecho y sociedad pueden ser consideradas desde una perspectiva "histórica": puedo, por ejemplo, vincular el ocaso del *ius qiritarium* con la superación del carácter agrario y pastoril de la sociedad romana -nadie duda que entonces estoy haciendo historia-, pero si mi preocupación consiste en averiguar las modificaciones introducidas en el funcionamiento real de las comunidades campesinas luego de la expedición de la Ley de 1937, se dirá que lo que hago es sociología jurídica.

Cuando WEBER observa que la distinción entre derecho público y privado sólo en forma indirecta está económicamente determinada y que su configuración depende más bien de razones de orden técnico - jurídico y de la estructura de la asociación política, ha distinguido tres objetos, entre sí diferentes, cuyas mutuas relaciones ( historia ) habrían provocado cambios en su forma particular de existencia, hasta llegar a la situación presente ( sociología ). ( 15 ) La consideración del objeto empírico presente excluye a la histo-

(14) L. ALTHUSSER, 1969, 104

(15) M. WEBER, 1944, 23

ria, del mismo modo que los historiadores reinvidican la autonomía de su disciplina contraponiendo una consideración estática de las realidades -presentes o pasadas-, al estudio del movimiento: la sucesión de acontecimientos que muestran el cambio de un estado a otro estado: "history deals in events, not states". ( 16 ), observa ELTON, queriendo precisar el objeto de la historia, luego de criticar, por ambigua, la determinación a base de la tradicional referencia a los "hechos del pasado". La consideración histórica de las relaciones entre derecho y sociedad pondría su atención en ciertos acontecimientos que tendrían la peculiaridad de mostrar las modificaciones ocurridas al cabo del tiempo. Tales acontecimientos permitirían, por otra parte, evaluar la intensidad de esas relaciones y decir, como WEBER, que lo económico no determinó sino indirectamente el apareamiento de un nuevo estado de lo jurídico. Se trata, en realidad de tantas "historias" cuantos objetos interesa relacionar entre sí: una historia del objeto "derecho" se enfrenta a otra del objeto "economía", por ejemplo, o a otra de "lo político", de manera que resulte posible vincular los cambios descubiertos en el interior del objeto - tema con los ya conocidos de los otros campos, teniendo como vínculo inter-objetos al transcurso del tiempo físico. Los resultados de este bricolage son muchos más ricos que los ofrecidos por la "historia" de los objetos puros por ejemplo una historia no sociologizada del derecho-, y una prueba de esto es el excelente trabajo de TRAZEGNIES, que antes he mencionado; pero no creo que por ello se haya roto ya con el esquema epistológico descrito en este párrafo, cuya teorización versa sobre las "relaciones" entre el objeto y su "contexto histórico". ( 17)

## II

El esbozo de una alternativa teórica no es nada fácil. En grandes líneas, tendría que abandonarse el camino de la determinación del objeto "derecho" a partir de sus elementos esenciales, integralmente captados, por una parte, y volver problemática la noción de historia, por otra, superando sus significados evidentes. Referirse entonces a la necesidad de abandonar el idealismo es lo usual, y son también suficientemente conocidas las precisiones y distinciones que suelen a este propósito formularse buscando establecer distancias con tendencias o "deformaciones" mecanicistas, voluntaristas y demás. No resultan ahora procedentes estos aspectos de la polémica. Se trata más bien de enunciar algunos problemas iniciales relacionados con el intento de trabajar teóricamente una historia de la práctica jurídica.

El primero de estos problemas es, resulta obvio, el de la posibilidad de tal actividad, cuya solución supone haber resuelto previamente la cuestión de la identidad del obje-

(16) G. R. ELTON, 1976, 22

(17) F. TRAZEGNIES, 1975, 137-140.

to ( 18 ).

Se ha calificado de esencialismo al intento de precisar esa identidad a base de la enunciación de unas características consideradas centrales. No se trata pues de definir a la práctica jurídica en el mismo sentido en que se intentaba definir al derecho. Lo que se persigue es enunciar un número de datos que permitan reconocer a la materia que será -o ha sido- objeto del proceso de transformación, y tal materia, ciertamente, no es el derecho. Tampoco se pretende que los datos enunciados permitieran arribar a una captación integral de las propiedades del objeto. Al contrario, cuáles son algunas de estas propiedades -sobra lo de esenciales- es precisamente lo que una investigación debería mostrar. Cuando se designa genéricamente a la materia de la práctica jurídica como conflictos de intereses entre grupos sociales no se está reduciendo al objeto "derecho" ni a una "idea" ni a un "hecho" a los cuales se miraría como totalidad o como totalidad parcial, en el mejor de los casos. Agrupar el conjunto de fenómenos jurídicos y ordenarlos concibiéndolos como una práctica social específica implica, no solamente plantearse el problema de las funciones de esta práctica con respecto a las otras, sino fundamentalmente construir el concepto hacia adentro, integrando entre sí a los elementos: cuál es la materia que la práctica transforma, quiénes actúan en semejante proceso, con qué instrumentos o medios se cuenta y dentro de qué condiciones técnicas se realiza el proceso de transformación. No es el propósito de este trabajo dicurrir sobre cada uno de estos elementos, antes de -y precisamente para- considerarlos objetos de una historia. En cuanto proceso, la práctica jurídica no tiene historia, sino que se constituye históricamente: no es un objeto respecto al cual puede lograrse una representación mental a -temporal susceptible de recibir modificaciones más o menos accidentales. La reflexión "histórica" que permitiría constituir el momento de la práctica -"definirla"- no es una descripción de las vicisitudes del objeto en el transcurso del tiempo físico, sino que, inevitable y necesariamente aparece como teorización. La determinación de los elementos de la práctica jurídica y de su mutua integración, y el examen de su historia, no son dos discursos sucesivos, sino uno sólo. Un discurso en el cual historia y teoría se confunden como una misma cosa.

Se está proponiendo elaborar teóricamente los distintos momentos de la práctica jurídica, a partir del conflicto social como dato. Resulta necesario explicar el sentido de esta expresión.

Primero se debe advertir que el conflicto del cual se está hablando no coincide con la idea del litigio. Pero al mismo tiempo debe tenerse en cuenta que los archivos judiciales registran una parte importante de las expresiones sociales del conflicto, y ofrecen un dato fundamental para integrar la noción en toda su amplitud: cuáles son los intereses que han

(18) *Por práctica se entiende aquí "Un proceso de transformación de una materia prima determinada, en un producto determinado, transformación efectuada por un trabajo humano determinado, utilizando medios ( de producción ) determinados. Aunque considerándolas en sí mismas puedan distinguirse prácticas diferentes, orgánicamente pertenecen a una misma totalidad compleja: la práctica social."* ALTHUSSER, 1967, 163.

buscado protección judicial, lo cual, no solamente es indicador de un cierto grado de acceso que permitirá encontrar los límites entre las funciones simbólicas y las realmente prescriptivas del ordenamiento legal, sino que además ofrecerá datos para apreciar la función de dicho ordenamiento con respecto a los demás elementos de la práctica. Ciertamente, la identificación de los grupos sociales en conflicto y de sus intereses genéricos sólo puede hacerse dentro de una consideración "macrosocial" ( 19 ), a partir de la cual será necesario explicar cómo esos intereses se expresan en conflictos individuales, de qué manera los intereses de una clase se universalizan y qué tipo de intereses ha quedado fuera del ámbito de la "juridicidad", bien por haber sufrido modificaciones entre su "realidad" y su expresión jurídica, bien por haberse considerado irrelevantes. Pero no se puede reemplazar con semejante reflexión los datos relativos a los conflictos tal como jurídicamente se expresan. Urge evitar cierta especie de metafísica social en la cual los argumentos de autoridad suplen la carencia de información empírica y respaldan otros tantos conceptos a priori. Es innegable que el conocimiento del presente en el terreno de las ciencias sociales tiene en cierto modo un carácter preliminar cuando se trata de reconstruir el pasado, debido a la interconexión entre estructura y proceso, como lo anota CERRONI ( 20 ), pero esto ha conducido con frecuencia a que dicha reconstrucción se haga con elementos que se asumen a partir del presente, prescindiendo del dato histórico.

Al reivindicar el valor del "dato histórico" no se propone generalizar y abstraer conceptos a partir de "una realidad tal como es", siguiendo un esquema empiricista de conocimiento, puesto que ello implicaría reconocer a "la realidad" una transparencia de la cual carece, reconocerle la característica de ser, por sí misma, históricamente inteligible. Los testimonios históricos no solamente constituyen una "materia" que, ya en el terreno de otra práctica, debe ser transformada, sino que en sí mismos son el resultado de una selección, imposible de hacer sin la acción de ciertos conceptos generales guiando la mano del historiador ( 21 ).

En este sentido, tanto el contenido como las dimensiones económicas, políticas e ideológicas del conflicto -y por consiguiente su expresión jurídica-, no pueden sino constituirse a partir de datos empíricos.

En tal construcción se trabaja teóricamente y en forma simultánea sobre dos niveles: hacia el interior de la práctica jurídica, por una parte y con respecto a la totalidad, al conjunto de prácticas, por otra. Se trata en realidad de la determinación teórica de dos tiempos históricos. Incluso sin pasar de un nivel de extrema superficialidad, el enfrentamiento entre la realidad "social" y la jurídico-normativa mostrará un desfase, una falta de correspondencia entre, por ejemplo, el nivel económico y el jurídico. Frecuentemente esta falta de .....

(19) V. M. MONCAYO y F. ROJAS, 1975, 11

(20) H. CERRONI, 1978, 86.

(21) A. SCHAFF, 1974, 243 - 286.

correspondencia ha sido interpretada en términos de avance o retraso en el tiempo, remitiéndonos de nuevo a una noción lineal y homogénea de la historia. Pero no es posible pensar en el mismo tiempo histórico el proceso de desarrollo de los diferentes niveles del todo, precisamente porque la estructuración de éste no es mecánica, sino funcional. ALTHUSSER habla de un todo jerárquico organizado en torno a la "eficacia" de una estructura dominante sobre las subordinadas: los elementos se jerarquizan al cumplir funciones cuyo carácter genérico ha sido reiteradamente elaborado, pero cuya especificidad es coyuntural, dando lugar a una riqueza de combinaciones irrepetible en otro momento o en otra formación social ( 22 ). Pero también es funcional la estructuración entre los distintos elementos de la práctica: entre los resultados de las actuaciones judiciales -la materia de la decisión- y la forma como la doctrina -la dogmática- percibe esas actuaciones, para mencionar algo. Poniendo un ejemplo "histórico": es por demás conocida la subsistencia de formas serviles de trabajo agrícola en el Ecuador, no sólo a nivel de los hechos, no como subsistencia "ilegal", sino precisamente como "institución jurídica", hasta el 1973. Podría atribuirse el hecho a la "coexistencia de varios modos de producción, cada uno con su propio derecho" ( 23 ), en cuyo caso el término derecho designaría solamente a uno de los elementos de la práctica jurídica -a un grupo de normas generales- pudiendo encontrarse otros elementos tales como la organización judicial, o la estructura del razonamiento legal, vinculados con el mismo problema de las "formas serviles" y para los cuales este otro modo de producción resultaría irrelevante.

Una interpretación según la cual el control de la capacidad productiva y la organización de las relaciones de producción anteceden cronológicamente actuando como demandas frente a la instancia jurídica, implica limitar la noción de tiempo a la categoría de transcurso, por una parte, y suponer una misma intensidad de transcurso -un mismo tiempo- para todas las prácticas, por otra. Así, dentro de lo jurídico podrían apreciarse elementos que no corresponden al momento temporal, representando un retraso o un avance con respecto a éste; más si hablamos de una práctica relativamente autónoma, es decir, dotada de una capacidad propia de desenvolvimiento, tendremos que reconocerle su propio ritmo: una intensidad de transcurso no necesariamente coincidente con la de las otras prácticas. Semejante consideración hace todavía más difícil hallar sentido específico al lugar común de las mutuas "relaciones" e "influencias" entre derecho y sociedad. Pero también evidencia la necesidad de establecer el momento de la totalidad, no para utilizarlo comparativamente en términos de retraso o adelanto, sino para delinear las funciones específicas de los elementos. Tal momento -tiempo de la totalidad- no es otra cosa que una forma particular de relación funcional entre los elementos, entre las distintas prácticas sociales. Es fundamentalmente a este nivel en donde habrá que operar sobre las nociones de sobredeterminación y eficacia. Y si bien el tiempo de la práctica jurídica es también una forma de relación funcional entre los elementos, previsiblemente -en virtud de la autonomía relativa de

(22) L. ALTHUSSER, 1971, 110.

(23) N. POULANTZAS, 1973, 149 - 150.

la propia práctica- los factores técnico jurídico o jurídico ideológico pasarán aquí tanto o más que "lo económico" o "lo político", porque el tiempo hacia adentro sólo halla sentido en la totalidad.

Todo lo dicho nos impide considerar al tiempo histórico del que se está hablando como un simple transcurso. En la sola dimensión del tiempo físico no caben semejantes distinciones y no pueden explicarse toda esta variedad de articulaciones.

Ciertamente, a más de transcurrir "en el tiempo", los elementos de la práctica se organizan en un espacio. Luego de aludir a la polémica entre historia y estructura y de observar que en la tradición cultural de occidente tiempo y espacio fueron categorías autónomas hasta comienzos de siglo, Sergio BAGU propone considerar al espacio como una segunda dimensión del tiempo ( 24 ), en una formulación rica en posibilidades para el asunto que aquí se trata.

La producción estatal de las normas y la ficción de imperatividad universal -universo nacional- sobre la cual éstas operan, han llevado, sin mayor análisis, a identificar el espacio jurídico con los límites geográficos del Estado, tesis que ha sido puesta en duda reiteradamente por la Sociología Jurídica, cuyas consideraciones acerca de la eficiencia de la ley y de la gran cantidad de fenómenos que CARBONNIER agrupa bajo la denominación de "no derecho" ( 25 ), permitirían hablar, antes que de un espacio físico-geográfico, de un espacio social: aquel dentro del cual se extiende la "realidad relacional" ( Bagú ) que diferenciamos como práctica jurídica y que le sirve a ésta como límite físico de su integración funcional. Al hablar de espacio social no se busca sustituir por límites demográficos el límite nacional. Por lo menos en formaciones sociales como la ecuatoriana, pueden distinguirse dos grandes zonas en el universo de conflictos: una zona de penumbra, en la cual lo que los elementos formales de la práctica evidencian ha sido contradicho por la dinámica de las relaciones con tal grado de agudeza, permanencia y radicalidad que podría afirmarse estar ante un sistema de "derecho informal"; y, por otro lado, una zona más transparente cuya área de conflictos, aunque mixtificados y desnaturalizados por los elementos formales, pueden sin embargo reconocerse en éstos. No se trata aquí del problema de la vigencia efectiva de las normas, íntimamente vinculado por la sociología funcionalista con la implementación de políticas de "law enforcement", porque el punto de partida, recuérdese, no ha sido la norma, sino la oposición de intereses. De lo que se trata es de descubrir qué tipo de intereses ha sido recogido por los elementos formales de la práctica jurídica -y cuales han sido excluidos, por supuesto- así como descubrir, develar, las dimensiones o aspectos de esos conflictos ocultos o no explícitamente evidenciados por tales elementos.

La falta de vigencia efectiva nos sitúa ante una función preponderantemente ideo-

(24) S. BAGU, 1975, 105 - 106.

(25) J. CARBONNIER, 1974, 33 - 78.

lógica asignada a la norma dentro de lo jurídico: es el caso, por ejemplo, de la decisión adoptada por el codificador de 1971 sobre la necesidad de mantener en el Código Civil los artículos referentes a la propiedad de las abejas que huyen de una columna y de las palomas que abandonan un palomar ( artículos 655 y 656 ). O puede tratarse también de una función de justificación de lo jurídico "hacia afuera" para que el sistema no pierda legitimidad. Las zonas de derecho no formalizado, en cambio, aluden a una situación de discrepancia en la valoración acerca del carácter relevante o no de cierto tipo de conflictos de intereses: así, por ejemplo, la penetración de la racionalidad capitalista produce una selección de problemas, marginando de toda consideración normativa a los conflictos cotidianos de una gran masa de la población, relevante para el sistema sólo en cuanto fuerza de trabajo potencial, pero sumida en lo demás en un mundo de "no derecho" si se atendiera sólo a las normas formalmente vigentes ( 26 ).

Los límites de este espacio sufren desplazamientos que marcan diversos momentos temporales, evidenciándose en cada uno de éstos una variación en el grado de eficiencia de la estructura dominante en última instancia, aunque inmediatamente tal variación obedezca a un hecho social no comprendido entre los diferenciados como económicos: el reconocimiento del derecho de sufragio para los analfabetos, por ejemplo, es una modificación espacial, que, aunque explicable a partir de la racionalidad universalizadora del modo de producción capitalista, tendría su antecedente en la necesidad política de legitimación del sistema democrático representativo.

La tercera dimensión del tiempo histórico es la intensidad o, como dice BAGU, el tiempo organizado como rapidez de cambios, como riqueza de combinaciones ( 27 ). La historia lineal o episódica del derecho ha entendido el cambio jurídico como modificación en los elementos formales: normas legales o, en el mejor de los casos, jurisprudenciales. Resulta evidente que semejante noción está emparentada con las concepciones formalistas e idealistas del derecho y representa una postura que, en cuanto superada desde el ámbito de la sociología jurídica, ha subsistido gracias al encasillamiento de las ciencias y a la falta de elaboración teórica en torno a la historia del derecho. Son ya clásicos los ejemplos relacionados con la permanencia de normas en contextos sociales distintos: el BGB rigió sin modificaciones durante mucho tiempo en las dos Alemanias y buena parte de la legislación pre-revolucionaria subsistió en Cuba. Un primer nivel está entonces en la función de la práctica jurídica con respecto a las otras prácticas y la intensidad en este caso corresponde al tiempo de la totalidad. Lo que se ha modificado al interior de la práctica jurídica no son los elementos formales, sino la dimensión y la significación social del conflicto que éstos expresan. Un segundo nivel es el del tiempo de la práctica en sí, y deben ser consideradas no solamente las alteraciones en los elementos formales, sino también las que se dan en los ideológicos -la percepción que los sujetos de la práctica tienen acerca de ésta- y en los téc-

(26) A. WRAY, 1977, 12 - 16

(27) S. BAGU, 1976, 106.

### III

Se ha reivindicado aquí la importancia del dato, del hecho histórico, en lo que podría parecer una evocación a RANKE y a su insistencia en la necesidad de describir los acontecimientos en su contexto más inmediato, para poder ir así relacionándolo con otros hechos, siempre individuales, únicos. ( 28 ). En realidad, no está por demás plantearse la cuestión de si este tipo de análisis histórico que aquí -sin pretensión alguna de novedad, por cierto-, se está proponiendo, tiene también como materia prima a los acontecimientos singulares e irrepetibles.

Una historia episódica del derecho puro se trabaja -lo dice cualquier manual de los que hasta ahora circulan-, a base del intento explicativo sobre varios hechos "histórico -jurídicos" cuyas características fundamentales serían, por una parte, el ser históricamente "relevantes", y, por otra, el ser "jurídicos". La arbitrariedad en la catalogación de tales hechos, podría conducirnos a ese estéril problema que durante mucho tiempo ha constituido una de las preocupaciones recurrentes de los historiadores de oficio: el de la selección de los datos. Y de esta perspectiva no se llega sino a la epidermis del problema. Antes que los hechos, el historiador escoge una clase de historia, para cuya construcción requiere de determinado tipo de datos. Aquellos a los que RANKE se refiere, por ejemplo, implícitamente aluden a su "tipo" de historia, centrada en los acontecimientos políticos, diplomáticos y militares, protagonizados siempre por un personaje y, también en ese sentido, individuales. En el ámbito del derecho, definida la "juridicidad" como la posibilidad de remisión próxima a un fenómeno normativo, los episodios a tratar, si no se centran en los diversos estados de la norma misma -promulgación, vigencia, derogación- o en las características individuales del pensamiento de los juristas, corren el peligro de exceder a los límites de la "Historia del Derecho". Incluso cuando se afronta el análisis de fenómenos tradicionalmente considerados por los juristas como "no singulares", la actividad judicial de "aplicación" de normas generales, por ejemplo, se tiende a utilizar como materia prima a ciertos acontecimientos individuales, no en cuanto pertenecientes a una serie, sino tomándolos a manera de paradigma ( 29 ).

La reconstrucción histórica de la práctica jurídica supone una clara distinción entre el dato relativo al acontecimiento individual y el objeto teórico sobre el cual y con el cual se

(28) C. CRESPO, 1978, 31.

(29) Una muestra de este tipo de generalización a partir de acontecimientos singulares ( procesos judiciales ) considerados típicos, puede verse en un antiguo estudio sobre "La función judicial en las primeras épocas de la independencia", de Luis MENDEZ CALZADA, editado por Losada, Buenos Aires, en 1949, el cual resulta interesante por el tema tratado, difícil de afrontar desde una perspectiva normativista.

trabaja. Los hechos singulares -leyes, decisiones judiciales- se toman como indicios. En la medida en que éstos son imprescindibles, el oficio del historiador no puede menos que girar -también- en torno a una "tecnología del archivo", y en este sentido es exacta la evocación a RANKE, aunque la gran diferencia resida en la actitud metodológica, centrada ahora sobre el principio de que la observación no proporciona, en ningún caso, datos sin más. Pierre VILAR, en su acre "intento de diálogo" con ALTHUSSER, considera que sólo "la objetivación de lo subjetivo por la estadística" abriría las puertas a una historia materialista que sea historia de las masas. ( 30 ). En efecto, ni la noción de conflicto ni la de espacio son hechos singulares; pero tampoco son simples series estadísticas. El mismo VILAR advierte la necesidad de buscar un nuevo tipo de racionalidad y alude -algo ecepticamente- a la causalidad estructural interna al modo de producción. Sin este concurso, "anterior a la matemática", el historiador se vería aprisionado en el esquema empirista de la combinación de causalidades: estadísticas, probabilísticas, lineales, etc. ( 31 ). Sumamente rico en resultados puede ser la utilización de herramientas estadísticas en el análisis histórico, si hacemos confianza a los ilustrativos ejemplos que examinan CARDOSO y PEREZ BRIGNOLI ( 32 ), particularmente los referidos a la cuantificación de conflictos sociales. A parte de que semejante planteamiento pone al investigador en el trance de comenzar su tarea de construcción desde cero, debido a la inexistencia casi general de esfuerzos anteriores en el mismo sentido, no se puede perder de vista el hecho del carácter "instrumental" de la estadística; instrumental en el mismo sentido en que lo es el acontecimiento singular: ni uno ni otro constituyen la explicación: se limitan a formar parte de la trama ( 33 ).

(30) P. VILAR, 1975, 42

(31) P. VILAR, 1975, 89 - 90

(32) C. F. S. CARDOSO y H. PEREZ BRIGNOLI, 1977

(33) P. VEYNE, 1972, 120 - 124.

## REFERENCIA BIBLIOGRAFICA

**ALTHUSSER, Louis**

- 1967 — "La Revolución Teórica de Marx." Siglo XXI. México.
- 1969 — " Para leer El Capital." Siglo XXI. México.
- 1971 — " Montesquieu, la política y la historia." Medellín.

**BAGU, Sergio**

- 1975 — " Tiempo, realidad social y conocimiento." Siglo XXI. Buenos Aires.

**CERRONI, Umberto**

- 1975 — "Marx y el Derecho moderno." Grijalbo, México.
- 1978 — "Introducción a la ciencia de la sociedad." Ed. Crítica. Barcelona.

**CARBONNIER, Jean**

- 1974 — " Derecho flexible." Tecnos. Madrid.
- 1977 — " Sociología jurídica." Tecnos. Madrid.

**CRESPO, Carlos**

- 1979 — " Una aproximación a la concepción epistemológica de la Historia en la Escuela de los Anales," tesis inédita, PUCE, Quito.

**DIAZ, Elías**

- 1971 — "Sociología y filosofía del Derecho." Taurus. Madrid.

**ELTON, G. R.**

- 1976 — " The practice of history." The Fontana Library. Cambridge.

**GURVITCH, George**

- 1948 — " Sociología jurídica." Cajica. México.

**GUTIERREZ, Carlos José**

- 1976 — " Lecciones de Filosofía del Derecho." Educa. San José.

**HART, H. L. A.**

- 1968 — " El concepto de Derecho." Abeledo Perrot. Bs. As.

- KANT, Emmanuel** 1968 — "Principios metafísicos de la doctrina del Derecho." UNAM. México.
- POULANTZAS, Nicos** 1973 — "Hegemonía y dominación en el Estado Moderno." Ed. Pasado y Presente. Córdoba.
- PEREZ BRIGNOLT H. y CARDOSO, Ciro F.** 1977 — "Los métodos de la historia." Grijalbo. México.
- MONCAYO, Víctor M. y ROJAS Fernando** 1975 — "El problema teórico de la investigación socio-jurídica". Mimeo. Bogotá.
- TRAZEGNIES, Fernando** 1975 — "La idea de Derecho en el Perú del s. XIX". Mimeo, Lima.
- VERNENGO, Roberto J.** 1973 — "La naturaleza del conocimiento jurídico." Buenos Aires.
- SCHAFF Adam** 1974 — "Historia y verdad." Grijalbo, México.
- VEYNE, Paul** 1972 — "Cómo se escribe la historia: ensayo de epistemología." Ed. Fragua, Madrid.
- VILAR, Pierre** 1975 — "Historia marxista, historia en construcción." Anagrama, Barcelona.
- WRAY, Alberto** 1977 — "La administración de justicia en el medio rural." PUCE, Quito.
- WEBER, Max** 1944 — "Economía y Sociedad," Vol. II. Fondo de Cultura Económica. México.

# ALGUNAS CONSIDERACIONES HISTÓRICAS SOBRE EL MODELO DEMOCRÁTICO DEL ECUADOR

JUAN J. PAZ Y MIÑO CEPEDA

El 13 de Mayo de 1830, ciento quince ciudadanos de Quito, entre los que se contaba a los diversos comandantes de guarnición, los provinciales de los conventos y los "padres de familia" de la ciudad, reunidos en el Salón Máximo de la antigua Universidad de Santo Tomás de Aquino, decidieron que "en ejercicio de su soberanía, se pronuncia por constituir un Estado Libre e Independiente, con los pueblos comprendidos en el Distrito del Sur y los más que quieran incorporarse, mediante las relaciones de naturaleza y de recíproca conveniencia". La junta de representantes encargó el Mando Supremo, Civil y Militar, al General Juan José Flores, quien, además, debía convocar el Congreso Constituyente que, reunido en Riobamba el 14 de Agosto, dictó la Primera Constitución Política del nuevo "Estado del Ecuador" y nombró como Primer Presidente Constitucional de la República al General Juan José Flores.

Inspirados en los modelos republicanos norteamericano y francés, el Estado del Ecuador, al mismo tiempo que proclamaba que su Gobierno es "popular, representativo, alternativo y responsable", adoptó la tripartición del poder en Ejecutivo, Legislativo y Judicial, en la creencia de que dicho sistema constituía, de por sí, la Democracia, tratando de reeditar, en medio de otras circunstancias históricas y diversas estructuras socio-económicas, una forma de organización trasplantada casi mecánicamente.

Sin embargo, ya que la Independencia había colocado en el poder a la otrora aristocracia colonial, los únicos beneficiarios de la Democracia formal que se había declarado en 1830 fueron los miembros de la oligarquía criolla, fundamentalmente terratenientes, que heredaron el sistema de explotación formado en la Colonia. La oligarquía ecuatoriana, que había roto ya con las trabas impuestas por España a sus negocios, pudo, entonces, establecer su propio sistema de dominación mediante el disfraz republicano.

En efecto, los mismos "representantes" del pueblo se encargaron de excluirlo de la vida política nacional. Puesto que para ser ciudadano la Primera Constitución de 1830 exigía, entre otros requisitos, "Tener una propiedad raíz, valor libre de 300 pesos, o ejercer alguna profesión, o industria útil, sin sujeción a otro, como sirviente doméstico o jornalero" y "saber leer y escribir", tal como lo señala Oscar E. Reyes, ni el precursor Eugenio Espejo habría podido ser ciudadano, pues su renta mensual como bibliotecario no pasaba de los 10 pesos. Y para ser Presidente se requería tener una propiedad raíz "valor de treinta mil pesos" y para Diputado "Tener una propiedad raíz, valor libre de cuatro mil pesos, o una renta de quinientos, como producto de una profesión científica, de un empleo, o de una industria particular", con lo que el poder político quedaba garantizado en manos de una minoría adinerada en medio de la enorme mayoría de analfabetos.



**SECCION SOCIO - POLITICA**



Las condiciones económicas para ser ciudadano recién son suprimidas en la Constitución de 1861, aunque subsisten para ser Senador o Diputado hasta la de 1883. Pero, en este mismo año, la Convención Nacional, temerosa de que una mujer ocupe la Presidencia, estableció que "Son ciudadanos los ecuatorianos varones que sepan leer y escribir, y hayan cumplido veintidós años, o sean o hubieren sido casados"

En cambio, el requisito de "saber leer y escribir" se conservó hasta la Constitución de 1967 y sólo fue suprimido en la Constitución de 1978 aprobada en el Referéndum nacional de ese año. Si todavía un tercio de la población nacional se encuentra actualmente en el analfabetismo, bien se puede advertir, realizando una proyección histórico al pasado, que durante siglo y medio de vida "democrática" el pueblo ecuatoriano ha sido sistemáticamente excluido de ella.

Pero no bastó que el Estado oligárquico margine "constitucionalmente" del poder a la mayoría de la población dejándolo en manos de los "representantes" del pueblo. La tripartición del poder, adoptada como "modelo" ideal de Democracia y funcionalidad, en la que teóricamente existe un contrapeso en los controles institucionales, no podía dar resultados entre una oligarquía que disputaba el aparato gubernamental convirtiendo a la política en una aldeana lucha caudillesca o partidaria ausente de todo debate ideológico y programático.

El "poder ejecutivo" dependió, casi siempre, del personal criterio del Presidente, a quien las diferentes Constituciones le facultaban la designación de los Ministros de Estado y una serie de autoridades regionales y locales. Ese "personalismo-presidencial", era, por otro lado, consecuencia lógica del poder de la oligarquía que, sobre todo a través del control sobre la propiedad de las tierras, ejercía un "poder personal" en amplias extensiones de territorio y sobre numerosos grupos de población fundamentalmente indígena, ligada bajo formas serviles al trabajo agrícola.

La orientación del Ejecutivo era reforzada ( y no "contrabalanceada" ) por el "poder Legislativo", ya que Asambleas y Congresos estuvieron integrados no por "representantes" populares sino por miembros de la misma oligarquía que defendían sus propios intereses. con lo que los derechos de la gran población continuaron postergados.

De los 86 gobiernos habidos en el Ecuador durante 149 años de vida republicana, 20 se originaron en Asambleas Constituyentes y 25 fueron transitoriamente encargados del poder. Por primera vez fueron electos por "votación popular directa" los legisladores que debían integrar la Convención de Guayaquil reunida el 17 de julio de 1852 y, por cierto, en dichas elecciones sólo participaron los "notables" ciudadanos de las altas esferas sociales. Después del período presidencial de Vicente Ramón Roca ( 1845 - 1849 ) el Congreso realizó 105 votaciones durante 12 días tratando de definir la elección entre Elizalde y Noboa; pero, como no se obtuvo la mayoría de dos tercios señalada por la Constitución, el Congreso tuvo que clausurar sus sesiones el 14 de octubre de 1849 encargando del Ejecuti-

vo al hasta entonces vicepresidente Manuel de Ascásubi, quien fue derrocado al año siguiente por José María Urbina, quien hizo colocar en la presidencia a Diego Noboa, para luego derrocarlo y proclamar su Jefatura Suprema en 1851.

Contrasta, por otro lado, las 22 dictaduras habidas en el país con los apenas 19 gobiernos ascendidos por sufragio popular directo. De estos últimos es preciso tomar en cuenta que el primer Presidente así electo fue el General Francisco Robles ( 1856 - 1859 ), quien triunfó sobre el candidato Gómez de la Torre por el elemento militar y el influjo de Urbina, inaugurando así una tradición de "fraudes electorales" que llevaron a la Presidencia a la mayoría de los 19 gobiernos "democráticos", ya que son prácticamente SIETE las elecciones "puras" y de éstas, cinco pertenecen a Velasco Ibarra, una a Galo Plaza y una a Camilo Ponce. En la "primera vuelta" electoral del 16 de julio de 1978 el binomio triunfante Jaime Roldos - Oswaldo Hurtado, obtuvo 381.165 votos ( 27.69 0/o del total ) de entre 1'521.449 electores en un país de 6'521.710 habitantes según el Censo de 1974, triunfo confirmado en la "segunda vuelta" ( Abril de 1979 ) con una votación de un millón y medio de habitantes que dejó atrás a los "tradicionales" partidos de la "derecha". Este será nuestro octogésimo séptimo Gobierno.

El "poder Legislativo" tampoco fue un modelo de eficiencia. Las 138 legislaturas nos han entregado 16 Constituciones ( sin contar la "Constitución Quiteña" de 1812 y la de 1978 aprobada mediante Referéndum ) en las que uno de los puntos de debate central fue la invocación a Dios. Cada una de ellas reeditaba las instituciones "fundamentales" de las anteriores y se diferencian en la búsqueda del ideal democrático. La enorme cantidad de leyes con que el Legislativo iba creando el orden jurídico interno jamás buscaron la transformación de las estructuras económicas y sociales sino el simple perfeccionamiento y desarrollo del sistema de explotación. Aún las leyes de algún contenido "social" estuvieron inspiradas, mas bien, en gobiernos dictatoriales. A los 21 años de proclamada la República recién fue abolida la esclavitud, una vez consolidado el "golpe" gubernamental de José María Urbina y previa indemnización de los amos "perjudicados". Son dictaduras las que promueven la abolición del tributo indígena y del concertaje. Y, en el presente siglo, el Código del Trabajo ( 1938 ) y las Leyes de Reforma Agraria ( 1964 y 1975 ) se originaron en dictaduras. La preocupación por el desarrollo económico nacional corrió de cuenta de la Junta Militar entre 1963 - 1966 con el Primer Plan de Desarrollo y del Gobierno "Nacionalista y Revolucionario" con el Segundo. En las últimas décadas, en todo caso, se trató de impulsar el definitivo desarrollo capitalista del país.

El Legislativo y el Ejecutivo, constitucionales o no, han defendido, eso sí, el sacrosanto "derecho de propiedad", que pudo consolidarse en manos de la oligarquía a costa del despojo sistemático y comúnmente violento iniciado con la conquista española y no superdo, en modo alguno, durante la República. Y bastaría contemplar el dramático cuadro de la miseria popular y el "subdesarrollo" para verificar la continúa negación de los más elementales derechos a los habitantes del País.

El "poder Judicial" tampoco podía escapar al Estado oligárquico. El sistema nacional de explotación, inaugurado con las apariencias de Democracia al fundarse la República, hacía ya de por sí "injustas" las relaciones sociales. De modo que la defensa del "orden jurídico" resultó, a la postre, una garantía para la minoría dominante. Es significativo, al respecto, el conocido adagio, popularizado hasta hace poco, de que "La Ley es para el de poncho".

No podría dejar de mencionar algunos rasgos del papel cumplido por las Fuerzas Armadas durante siglo y medio de vida republicana. A comienzos de la República, en el año de 1837, el ejército consumía alrededor de 200.000 pesos de un presupuesto de 387.973 pesos y obraba en el Ecuador como en un territorio conquistado, de manera que la lucha contra el militarismo "extranjero" fue la orientación fundamental de la "revolución" de marzo de 1845. Pero aquél fue suplantado por el militarismo "nacional". Una serie de caudillos militares propiciaron, en años siguientes, el derrocamiento de diversos gobiernos, y, desde entonces, las Fuerzas Armadas, han sostenido a presidentes constitucionales, a dictadores "constitucionales" y a dictadores. Aunque las Constituciones Políticas reiteradamente declaran que "la fuerza armada es esencialmente obediente, no deliberante", ellas jugaron un papel muy activo en las luchas de la oligarquía por la hegemonía gubernamental. Pero, en realidad, hasta comienzos del presente siglo, no hacían más que secundar el golpe "transformador" del caudillo civil o militar y mantener al gobierno constitutivo legítimamente o no.

Prácticamente las Fuerzas Armadas, hasta comienzos del siglo veinte, se reducían al ejército. En, alguna época el sostenimiento de la marina resultó "ruinoso". El Ministro de Guerra y Marina, José María Guerrero, informó al Congreso de 1846 que "En tiempo de paz la marina, como existe ahora es ruinoso, y según lo veréis en el presupuesto de este ramo se invierten en él 2.066 pesos a más de la cantidad que determina la ley". Y tras la invasión de Castilla hay silencio total sobre ella. La aviación, por su parte, tiene recién medio siglo de existencia.

Como las fuerza Armadas debían defender el "orden interno", el Estado oligárquico las utilizó para reprimir al pueblo ecuatoriano. A lo largo de la vida republicana los movimientos indígenas campesinos por la reivindicación de tierras o los "levantamientos" contra las exacciones impuestas por la "ley" fueron generalmente liquidados con gran derroche de sangre. Así sucedió, por ejemplo, en Otavalo ( 1843 ), en Biblián ( 1856 ) en que el Gobernador del Chimborazo informaba al Ministro del Interior que "Los indígenas de Biblián se han amotinado contra el diezmero de esa parroquia señor Heredia: han protestado no pagar diezmos, primicias ni la contribución personal impuestas por las leyes a la clase indígena. La sedición está consumada"; en 1871, en el Chimborazo, contra el movimiento iniciado por Fernando Daquilema, en Píllaro ( 1898 ) con más de un centenar de muertos, en Leito ( 1923 ) en que murieron mujeres encinta y niños, en 1945 en Panyatug, en 1961 en Columbe, etc. La matanza de trabajadores el 15 de noviembre de 1922 ha servido, incluso, de inspiración para la novela "Las cruces sobre el agua". Y, en los últimos años, es mun-

dialécticamente conocida la matanza de obreros en el ingenio Aztra en la que, oficialmente, hubo 28 muertos por "imprudencia" suya.

El carácter no deliberante de las Fuerzas Armadas, la educación que reciben y la justificación del sistema social como "orden interno" les impidió siempre cuestionar la defensa de la "ley", por lo que, pretendiendo la custodia del País y del Poder, han garantizado, institucionalmente, el sistema nacional de explotación y el poder de los "propietarios": la minoría dominante.

En las últimas décadas las Fuerzas Armadas intervienen en la política interna e internacional de modo diverso al tradicional. Pasan a ser directamente educadas por el imperialismo norteamericano y generan una ideología específica sintetizada en la "defensa continental" y la "seguridad nacional". Incluso vinculan sus estrategias de salvaguardia con el control económico de ciertos sectores de la producción, lo que les liga más directamente a los intereses del sistema socio-económico como tal.

Desde la Junta Militar de 1963 ha ido acentuándose el papel decisivo de las Fuerzas Armadas en el desarrollo capitalista del país. Por lo mismo, van convirtiéndose, cada vez más, en la fuerza especial encargada de la mantención y defensa del sistema socio-económico. La preparación ideológica que reciben ha hecho que directamente vinculen una serie de actividades, bajo diversas modalidades, con la estrategia norteamericana del "anti-comunismo", que beneficia al imperialismo y a la consolidación del capitalismo. Sus últimas "intervenciones" han beneficiado el desarrollo de la burguesía ecuatoriana y en la actualidad han adoptado una clara política antipopular, paralizando la ejecución de la reforma agraria, abandonando la política "nacionalista" en materia petrolera, codificando decretos represivos en las leyes penales y laborales, desconociendo organizaciones de trabajadores y hasta ejerciendo represión directa contra las protestas de la población.

Han ejercido diversos controles sobre el Plan de Reestructuración Jurídica ( que, de hecho, es una imposición ) pretendiendo orientar la "nueva democracia" ecuatoriana, desoyendo a 48 organizaciones políticas, sociales y culturales consultadas de entre un total de 61 que exigían, a comienzos de 1976, "transformaciones estructurales" en favor de las grandes mayorías de población antes de cualquier "retorno". La supervaloración de la "seguridad nacional" les impide comprender, en muchos casos, el desenvolvimiento de la sociedad "civil" y llegan hasta a disponer el "deber ser" de los medios de comunicación, de los estudiantes y profesores, de los trabajadores y otros sectores e incluso de la propia Iglesia. Algunos de sus miembros han comprometido el prestigio institucional, como en el caso del asesinato al dirigente político Abdón Calderón, pero la glorificación mítica y rimbombante de su rama les induce a invalorar sus "errores" y excesos. Todo ello, pese a lo que se pueda argüir, ha contribuido a crear un clima de menosprecio, crítica adversa y hasta de distanciamiento con el pueblo ecuatoriano, que es el que vive en carne propia el peso del sistema y de la represión.

Así, pues, es posible advertir como la "democracia" ecuatoriana ha estado ausente durante la República y continúa estándolo. Ejecutivo, Legislativo y Judicial no han respondido a la definición reiterada de Estado soberano e independiente y de gobierno popular. Tampoco las Fuerzas Armadas podían escapar al desarrollo histórico del País que abrió, con la Independencia, el dominio oligárquico y que, en las últimas décadas, va polarizando las fuerzas sociales debido a la presencia imperialista y al desarrollo capitalista.

Quito, 1979.

# REALIDAD NACIONAL

CARMEN ANDRADE

*Este artículo fue el único presentado al concurso sobre la realidad nacional que organizó la Asociación Escuela de Derecho. Se decidió publicarlo en la revista de la AED por recomendación de la comisión organizadora.*

La situación actual ecuatoriana es el resultado de un proceso histórico, étnico, cultural y económico, que se inicia en la conquista, se consolida en la colonia y permanece más o menos estática hasta nuestros días.

“Nuestros conquistadores” se apresuraron en reemplazar en forma violenta, los valores nativos, por los de su propia cultura, transformando profundamente la vida de nuestros aborígenes. La conquista produjo una yuxtaposición y antagonismo de razas y no un armonioso amalgamamiento. Produjo una superestructura europea, bajo la cual se agitan corrientes extrañas.

A esto sobrevienen la llamada época feudal, época de explotación y de tratos deshumanizados, siendo el centro de ésta, nuestros indígenas, quienes servían de instrumento a la clase dominante. Nuestro indígena tiene que vivir, aunque apenas se le permite suministrar la satisfacción de sus necesidades primarias, en infimas condiciones quizá menores a las de un animal. A pesar de que transcurre el tiempo no alcanza a librarse de esas cadenas que lo tienen atado, únicamente por haber sido “indígena”. ¿cuántos valores se perdieron, con el sistema feudal, que no es sino el primer eslabón del sistema actual?

Sí, el sistema que heredamos es el Capitalista, en donde palpamos una falta de integración nacional, una inadecuación de la administración pública y de los grandes organismos a los campos del desarrollo. Todo esto manejado por clases superiores investidas de condición nobiliaria y aristocrática que disfruta de una economía superior, sentando sus bases en el egoísmo, en la abundancia y el despilfarro.

El llamado sistema capitalista, ha hecho que en nuestra sociedad se perfilen en tres clases primordiales:

**LA CLASE ALTA.**— Este grupo lo que busca es el exclusivismo. El hombre rico desea ser el más rico entre sus iguales, convirtiéndolo su vida en permanente lucha, en una disputa dirigida a conquistar posiciones cada vez más importantes. Hacen ostentación de su riqueza, su dinero tiene que ser visto por los demás, para impresionar con la exhibición de sus casas, carros, servidumbre numerosa, etc. En definitiva lo que busca es el goce del dinero por el mismo dinero, a pesar de que en muchas ocasiones, los que pretenden pertenecer a esta clase, simulan una posición que no tienen, a fin de conquistar una “base sólida para el futuro”, ¿por qué medios?, éso seguramente es lo que menos interesa por lo que actualmente

podemos ver: la explotación a la Patria entera.

**CLASE MEDIA.**— En ésta clase predomina el fenómeno permanente de cambio y transformación. Carece de fuerza de estratificación social y recibe el contacto de los grupos superiores e inferiores, de tal modo que ampara en su seno al individuo polarizado tanto hacia arriba como hacia abajo. En la estructura de la clase medio podemos distinguir signos de la clase alta y de la baja. Esta peculiaridad se refiere sobre todo al factor económico: de aquí resulta una clase media de características limítrofes, de acuerdo a las rentas, utilidades, sueldos y salarios. Clase que tiende y ansía pasar al grupo de más arriba, propósito que lo consigue a través de un éxito político, el dominio e imposición militar, una buena inversión industrial, etc.

**CLASE BAJA.**— Es un proletariado fabril. Nuestras clases proletarias se deben a efectos étnicos-económicos, y especialmente a la migración campesina. Para unos resplandece el sol (clases altas), mientras que en las calles los indigentes buscan residuos en los tarros de basura, otros son utilizados como "instrumentos de producción". Intelectualmente disminuidos por las irreversibles secuelas de la "desnutrición de los primeros años de vida", inocentes herederos de padres que ahogaron sus penas en bebidas tóxicas, acumulando odio, frustraciones y angustia. La mujer que viene del campo y que no encuentra trabajo es material humano disponible para su desempeño antisocial que contribuye notablemente al desquiciamiento de la familia proletaria. La miseria de esta clase actúa como agente de la desintegración del hogar, porque el individuo sin empleo por la falta de apoyo y la marginación en que viven, encuentra como fuente de distracción el comercio sexual y el alcohol.

Pruebas de ello las podemos palpar diariamente, por ejemplo cuando por las noches en los portales de la Plaza Santo Domingo, la gente tiene que arrinconarse para dormir allí. Viajando más allá encontramos la Plaza 24 de Mayo, en donde la gente encuentra su comercio sexual, siendo las víctimas de tan tremenda cicatriz muchachitas de 15 y 16 años, atraídas por la vida fácil e inducidas por las mayores, personas sin conciencia ni valor moral.

Una clase quizá un poco aparte por su naturaleza es la clase indígena, dentro de la cual existe a la vez tres clasificaciones:

- a) El estrato rico o alto, está integrado por los indígenas que por medio de su trabajo agrícola ha podido ahorrar para la adquisición de aparatos de labranza, bueyes, construir una casa, poseer trajes para los días de fiesta, poseer animales para el transporte, a éste grupo hay que añadir los pequeños comerciantes y los que se trasladan a las ciudades para ejercer servicios bajos y algunas formas de artesanía; finalmente los que trabajan como auxiliares en las obras de construcción. Estos viven con los ahorros de sus salarios y jornales, se presentan en las agrupaciones indígenas como ricos, capaces de pagar las fiestas religiosas, comprar algunos muebles y en ciertas ocasiones disponer de vestidos para sus mujeres e hijos.

- b) El estrato de los indígenas está integrado por los que trabajan en la tierra, sea como asalariados o como socios del patrón. Estos son los que no consumen nada. Viven de lo que la tierra les ofrece: hilan la lana para sus vestidos, comen el maíz y la papa.
- c) El estrato pobre está integrado por los indios que sirven de sirvientes para la clase rica o media, la totalidad es analfabeta.

Pero aquí cabe hacer una aclaración, la condición de los indígenas es miserable, por eso es que cuando vienen a la ciudad se desplazan en su totalidad a ocupar las filas del subproletariado, es decir todos ingresan al grupo de los marginados.

Como vemos existen mundos muy diferentes y a la vez iguales, puesto que en todos ellos fluyen los signos de vida. Mundos carentes de congruencia, todos deshumanizados por la corriente vertiginosa en que vivimos, en la cual se hunde al hombre, incapaz de encontrar la libertad definitiva a través de la "paz ecuatoriana".

Si nos ponemos a analizar un poco veremos que todo lo que encontramos a nuestro alrededor son elementos opresores, que en repetidas ocasiones nos conducen a la insatisfacción, a la rebeldía sin fin positivo, a esa impotencia rabiosa ante el absurdo de esta vida. Causa de ello es la realidad en la que nos encontramos: hambre, egoísmo, explotación, desnutrición, analfabetismo, prostitución.

Vivimos en una caricatura de país, en una especie de remedo de patria en donde todo está encaminado a secundar lo vil y lo bajo, y si alguien se atreve a romper estas cadenas, rebelándose ante las injusticias cometidas por los detentadores del poder, es iluso o yace muerto, valiente buscador de nuevos horizontes para nuestra patria.

Día a día vemos como nuestro país se derrumba, existe gente en el poder, pero que únicamente busca su enriquecimiento. ¿Durante más de 150 años de vida Republicana que adelanto han tenido las clases marginadas?

Esta "sociedad" injusta engendra el delito, esta sociedad que nos abrumba y nos arrebatada, esta sociedad que nos responde con paternalismos insulsos, que tras de sí esconden los intereses personales de clases privilegiadas.

¿Cuándo seremos capaces los ecuatorianos de guerrear por suprimir el hambre, inaugurando la paz y la libertad? Es urgente una transformación. ¿Quién que sufra la mordedura de la necesidad puede negarlo?

Nosotros los estudiantes, que muy pronto poseeremos una arma, ¿haremos de ella un instrumento más de explotación?, o más bien nos sentiremos parte de esta Patria, y seremos los indicados para liberarla de éste yugo, lucharemos por un Ecuador nuevo, un Ecuador sin influjos extraños, sin dependencia, porque lo que somos hasta aquí es el objeto de explo-

tación de los grandes países, unos títeres en sus manos, prueba de ello es que somos peones de montaje sin ser capaces de realizar algo nuestro.

Luchemos por formar hombres hermanos de los hombres, esto lo conseguiremos a base de dignidad, esfuerzo, estudio, y si el sistema se yergue aplastante, decapitando nuestros sueños, no lo dejemos. Antepongamos a todo nuestro ideal, ideal que debe ser común en todo ecuatoriano verdadero, conseguiremos así la transformación de nuestra patria que redundará en el interior del hombre.

Para terminar, concluiré con unas palabras dichas un dos de Marzo:

**“Es incumbencia vuestra:  
liberar a vosotros mismos  
y a vuestro mundo de la supina adhesión  
a los lugares comunes, a la cultura que masifica  
a las ideologías que la moda o la propaganda  
convierten en fáciles e irresistibles;  
Sois vosotros los que habéis de encontrar  
la verdad - la única que tiene derecho  
a comprometer nuestra mente: la libertad  
de obrar como hombres”.**

**Carmen Andrade  
Propedeútica**

Estudiaremos y analizaremos la legislación social que produjo la transformación política del 9 de julio de 1925. Estudio que comprenderá una reseña de las normas dictadas entre 1925 y 1938, y un análisis de los efectos y consecuencias que esta legislación tuvo en la organización política, económica y social de la sociedad ecuatoriana. Se pone como punto inicial, el estudio del año 1925, porque en esa fecha se produjo la revolución y se concluye en el año 1938, porque estimamos que durante el lapso de trece años que comprende este período, es el lapso dentro del cual se concretan y perfeccionan los ideales que provocaron este movimiento político, y en el que se sienten los primeros efectos del mismo.

## 1.- Legislación Constitucional:

### 1.1. Constitución de 1929:

Expedida el 26 de Marzo de 1929, esta Carta pretendió concretar en sus disposiciones todos los ideales y aspiraciones que habían inspirado la revolución de hace cuatro años, en parte podríamos decir que lo logró, porque como podrá verse hay ciertos aspectos de la Constitución que lo manifiestan. Entre ellos:

← Dentro de la organización del Estado, cabe indicar que se establecen por primera vez los llamados senadores funcionales, que representan a diversos sectores de la economía, actividades culturales o sociales como: las universidades, profesorado secundario, primario y especial, sociedades científicas, agricultura, comercio, industria, obrerismo, campesinado, fuerzas armadas, e inclusive se habla de un senador "para la tutela y defensa de la raza indígena". Esto, que parece beneficiar a sectores que antes no tenían acceso al poder del Estado, en realidad no hace sino reforzar el poder de los sectores más poderosos, pues se les permite influir como clase en las decisiones de carácter político que van a favorecerlos, a pretexto de constituir igualmente una garantía para las otras clases: obreros y campesinos. Igualmente se establece en ella la representación de las minorías en el Congreso, lo que en cierto modo viene a limitar las disputas entre los diversos sectores de la clase dominante.

— Se da por primera vez el voto facultativo de la mujer, entrando a partir de este momento, a formar parte activa en la política nacional.

Entre las nuevas ideas de la época, en la Constitución se reflejan la función social que se pone como parte del derecho de propiedad, es la primera vez en nuestra historia que consta una limitación al dominio, concebido hasta ese entonces por todos los legisladores como ilimitado, se habla de una función social, se comprende que el hecho de haber sido

favorecidos los propietarios con tal derecho no les exime de obligaciones para con sus semejantes.

"Art. 151 num. 14.- El derecho de propiedad con las restricciones que exigen las necesidades y el progreso sociales. En tal sentido corresponde a la ley determinar las obligaciones, limitaciones y servidumbres en favor de los intereses generales del Estado, del desenvolvimiento económico nacional y del bienestar y salubridad públicos...". ( 1 )

Asimismo se da una transformación profunda en cuanto a la anterior concepción de la tierra, la que por razones de productividad había sido concebida sólo en grandes extensiones, en esta Constitución se garantiza la pequeña propiedad, que sería el antecedente inmediato de lo que más tarde, en 1964, sería la Ley de Reforma Agraria.

En esta constitución se otorgan las mayores garantías y protecciones que el derecho constitucional ecuatoriano ha ofrecido a sus nacionales a lo largo de la historia. De manera especial en lo que campo laboral se refiere, se fija toda una legislación orgánica y compleja sobre cómo han de darse las relaciones de trabajo, se fijan principios, tales como: la propiedad del trabajo y su libertad; la necesidad de contrato, el salario mínimo exento de embargo, compensación o descuento; reglas sobre el trabajo de mujeres y niños; sobre asistencia y salubridad pública, en especial para trabajadores y campesinos; sobre saneamiento de las poblaciones y agua potable; la libertad de agremiación y de asociación; se postulan los sistemas de conciliación y arbitraje para casos de conflictos; sobre las huelgas y los paros, etc.

Se establece un principio a más de todos los enunciados, que merece transcribirse: "El Estado protegerá especialmente al obrero y al campesino, y legislará para que los principios de justicia se realicen en el orden de la vida económica, asegurando a todos un mínimo de bienestar, compatible con la dignidad humana".( 2 )

Es importante asimismo la protección que el Estado busca dar a otras instituciones sociales de gran repercusión, en general: a la maternidad, la infancia, a la familia, porque aquí ya se postula la igualdad de los hijos ilegítimos a los legítimos en lo relativo a la crianza, educación, herencia e investigación de la paternidad.

## 1.2.- Constitución de 1938:

Esta constitución no llegó a tener vida jurídica plena, de

( 1 ) *Federico Trabacco*, *Constituciones de la República del Ecuador*, (Quito: Ed. Universitaria, 1975), p. 136.

( 2 ) *Ibid.*, p. 139.

acuerdo a las normas de derecho, sin embargo, en la práctica merece ser estudiada porque contiene la legislación social más completa y protectora de aquella época, y a pesar de que no estuvo vigente jurídicamente hablando, fue fuente inmediata de muchas leyes vigentes en la actualidad.

En este cuerpo legal, se contiene un enunciado general que dice: "La Nación Ecuatoriana se organiza en régimen de libertad y justicia bajo el imperio de la ley". Principio básico que demuestra el deseo del legislador de consagrar los principios de libertad y justicia en la ley. Desgraciadamente, no pasó de ser una declaración, no por falta de voluntad de los legisladores si no por la organización socio-económica y política, que no permitió su aplicación en la práctica, pero que no obstante sentó para lo posterior bases, para la modernización de la concepción social ecuatoriana.

Cabe recalcar sin embargo, que la constitución del 38 hace declaraciones de principios que ya fueron enunciados en la del año 29, lo que hace, es darles mayor precisión o énfasis. Así tenemos, por ejemplo, en el caso del derecho de propiedad que fue citado como ejemplo de avance en la del 29, por la función social que debe cumplir, en la constitución de 1938, se agrega el que la propiedad crea obligaciones, así, la propiedad de la tierra trae la obligación del cultivo y la explotación, ya no queda sólo explícita la función social, si no como puede notarse, se está facultando al Estado para que pueda exigir que tal aprovechamiento en beneficio social, se de manera efectiva. Por otro lado un avance también en el régimen de propiedad de tierras es el mantener que "el Estado, por medio de leyes especiales, procurará un régimen de más adecuada distribución de las tierras, mediante el fraccionamiento de los latifundios y el fomento de la pequeña propiedad y de las cooperativas". ( 3 )

La constitución del 38, vuelve a establecer los senadores funcionales, pero dando cabida a nuevos sectores como: el de los profesionales libres, instituciones de cultura, prensa, artesanado, funcionarios y empleados públicos y privados, Fuerzas Armadas, beneficencia privada, el sector agrícola que a la vez se subdivide en representaciones así: dos por los grandes propietarios; dos por los pequeños propietarios, arrendatarios, APARCEROS; y, dos por los trabajadores agrícolas. A parte de las acotaciones ya hechas en el comentario a la constitución de 1929 sobre los senadores funcionales, aquí debemos particularizar el caso de los agricultores en el que se pone de manifiesto en la representación al congreso, la división entre propietarios y trabajadores, dando a cada uno de ellos una representación independiente en igualdad de condiciones; y junto a esto al hablarse de los aparceros, por la distribución en la norma parece considerárselos erróneamente como pequeños propietarios, cosa que no sucede; el aparcerero es más bien un tipo de trabajador precario. Por otro lado, se crea una diferenciación en la representación funcional de los empleados públicos en base a regiones, teniendo distinta representación ese mismo sector funcional en caso de

(3) Pío Jaramillo Alvarado, Estudios Históricos, (Quito, Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1960), p. 302.

Costa y Sierra, no se puede establecer claramente qué se buscaba con tal diferenciación, pero parece contradictorio el que un grupo tomando en cuenta su actividad, tenga intereses distintos, siendo que sean de Costa o Sierra, su común denominador es servir a la Administración Pública.

Se crea una garantía muy especial para las familias de los confinados, que no tuvieren medios suficientes para subsistir, y que consiste en que el Estado deberá proporcionar una ayuda oportuna.

En lo que se refiere a materia laboral, a más de los avances ya hechos en la constitución del 29, se prohíbe el trabajo a los menores de catorce años. Esta disposición sin embargo, dada la naturaleza, rebasa el límite de lo laboral, y es a la vez una garantía para los menores.

En materia de derecho de familia, la constitución del 38 revoluciona el tradicional principio de la supremacía del marido sobre la mujer casada, se establece de esta manera por primera vez, el principio de IGUALDAD JURIDICA DE LOS CONYUGES. Por otra parte, estableció también, la posibilidad de disolver el matrimonio por divorcio por mutuo consentimiento o por causales establecidas por la ley, traduciendo en principios constitucionales normas que ya habían sido dictadas desde 1902.

Concluyendo se puede indicar que las constituciones de 1929 y de 1938 son un fiel reflejo del espíritu transformador que animaba a los hombres de aquella época. Se trató de sentar en ellas normas que permitieran llevar a la práctica la razón fundamental de la revolución del 9 de julio, esto es, la de dar al Estado un nuevo papel en el control de la actividad socio-económica de la nación ecuatoriana, bajo nuevos principios y reglas de protección a toda la sociedad. Elevando a la categoría de norma fundamental del Estado disposiciones más completas y orgánicas sobre materias que de una u otra manera implicaban el reconocimiento de la existencia de otras agrupaciones que no fueran las de las clases dominantes, y haciendo comprender a estas que aún para su propio beneficio y como medio de mantenerlas controladas debían preocuparse por regular la situación de estas clases "populares" de la sociedad, que con el transcurso de los años irían formándose como tales y tomarían conciencia de su propio poder y serían grupos de presión que alcanzarían el poder del que hasta entonces carecían.

Si bien como se ve, la reforma no fue meramente altruista, a fin de cuentas, se la hizo y, es necesario reconocer la iniciativa tomada por los legisladores del 29 y del 38, para formar una sociedad ecuatoriana más justa y humana.

## 2.- Leyes civiles:

Durante la época que estudiamos, los legisladores hicieron algunas reformas importantes al código civil, que hasta ese entonces había sido objeto de algunas codificaciones y

Reformas que en líneas generales se orientan a dotar de mayores garantías a los hijos ilegítimos y a proporcionar una mayor solidez a la organización familiar. Nuestra afirmación podría parecer extraña, si se tiene en cuenta "la fiebre divorcista" que padeció nuestro legislador en ese entonces, pero la historia y la realidad demostraron que no fue así porque muchas de las reformas, especialmente relacionados con nuevas causales de divorcio, o que lo simplificaban, tuvieron una existencia efímera por una parte, y, por otro lado el pueblo ecuatoriano se ha caracterizado a lo largo de la historia por un profundo sentido familiar, que le hicieron tomar estas nuevas instituciones con la tranquilidad y mesura del caso y usarlas cuando realmente fuera necesario. Lo que trajo como consecuencia que estas medidas tendieran más bien a la mayor solidez y firmeza a la familia ecuatoriana, entre otras normas, podemos citar las siguientes:

1931: De producirse la retractación de uno de los cónyuges para el divorcio, este debe negarse.

1935: Reformas en el capítulo de la filiación: igualdad jurídica entre hijos legítimos e ilegítimos en ciertas áreas.

1935: La pérdida de la categoría de personas jurídicas de derecho público de las comunidades religiosas.

1936: Se ordenó que si una persona fallece, sin hacer testamento, y no tuviera parientes legítimos, el Instituto de Previsión podía pedir la apertura de la sucesión y la formación de inventarios.

1936: Se deroga la muerte civil para los sacerdotes.

1936: Reconocimiento de hijos ilegítimos se reglamenta.

1936: Se habla de derechos y obligaciones recíprocas de padres e hijos ilegítimos, reconociéndose a favor de la madre ilegítima inclusive, un derecho al fondo mortuario.

De las disposiciones anteriormente citadas se puede reflexionar de la siguiente manera: a) Que a través de estos años perfeccionó la separación entre Iglesia y Estado, que había sido el punto básico de la revolución liberal, tanto a nivel de normas constitucionales, como en la legislación civil, dada la ingerencia que en años anteriores tuvo la iglesia católica en la vida del Estado, se pone en esta época a la iglesia en igualdad de condiciones en relación a otros organismos colegiados, se suprime de esta manera la muerte civil. En última instancia, la separación de la iglesia y el Estado se patentiza en la suscripción del Modus Vivendi con la Santa Sede. Este hecho tiene fundamental importancia si consideramos que durante el siglo XIX la iglesia católica constituyó uno de los principales factores de dominación, ya que era quién a través de la educación, confiada a ella, sustentaba la ideología.

b) Se da un importante avance en materia de filiación y se reconoce una realidad propia de nuestro pueblo, en Ecuador, es frecuente el concubinato, y ya desde hace mu-

chos años por lo que proteger a esos hijos nacidos fuera de matrimonio era una necesidad de equidad y justicia. Por otro lado, empieza a eliminarse el criterio de discriminación a estos hijos concebidos fuera de matrimonio.

### 3.- Derecho del Trabajo.

Es quizás en esta materia en donde la revolución juliana produce sus mejores resultados, esta época se caracteriza por recoger una legislación laboral extensa y abundante normas que por supuesto estaban inspiradas en gran parte en los principios constitucionales de las Constituciones del 29 y del 38.

Esta legislación puso al Ecuador en un plano de igualdad frente a legislaciones análogas de otros países, que dadas las nuevas relaciones de producción que se iban dando, se habían visto precisadas a actualizar en conceptos y criterios laborales. En esta época, ya puede decirse que el Ecuador empezaba a dar los primeros incursionamientos en la industrialización, y por lo mismo se daban en la práctica realidades que debían regularse. Junto a todo esto, las relaciones que el Ecuador empezaba a mantener le exigían el contar con sistemas más ágiles y modernos en cuanto a leyes se refiere.

La creación de un ordenamiento tan amplio y complejo como este, exigió concomitantemente la creación de un sistema administrativo y jurisdiccional que diera practicidad a las leyes dictadas, por ello se crean: el Ministerio de Previsión Social y Trabajo, la Inspección de Trabajo, el Instituto de Previsión, etc.

Si bien es cierto, que desde la revolución juliana se dictaron innumerables normas, es también verdad que se habían dictado de manera aislada más bien, como soluciones momentáneas a realidades que iban dándose, encontramos así una ley sobre descansos, jornadas de trabajo, desahucios, cesantías, indemnizaciones por terminación de la relación de trabajo, etc. Solamente en 1938 todas estas leyes fueron recopiladas y ordenadas sistemáticamente en el Código de Trabajo.

Merece destacarse que al expedirse el código de trabajo, se eliminó totalmente el criterio de que la prestación laboral era de carácter civil, se dota al contrato individual de trabajo una naturaleza diferente con una protección especial, no se coloca al trabajador en situación de igualdad jurídica, porque se considera que en la práctica no lo está y por tanto se garantizan ciertos principios.

En la época de edición del código ya se había cambiado además el criterio de la responsabilidad patronal respecto de los accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales, era ya en el 38 presumida la responsabilidad patronal, por lo que era más bien necesario que el patrono demostrara, que el accidente o la enfermedad se produjeron por negligencia, o por voluntad del propio trabajador. Se concebía aún, que solo el patrono era responsable del pago de una indemnización para casos de esta naturaleza, porque aún el Ins-

tituto de Previsión no estaba completamente organizado y aún no era obligatoria la afiliación, por lo que no asumía este organismo la obligación del pago de indemnización y de la administración de atención médica necesaria para la cura o recuperación.

#### 4.- Seguridad Social:

En estricta relación con el Derecho del trabajo se encuentra esta materia, cuyos primeros esbozos estaban mezclados con normas de carácter laboral, dada la magnitud e importancia que ciertas situaciones que constituyeron las características de la seguridad social, fue adquiriendo una autonomía y más tarde se concretaría en un derecho especializado para esta rama. Sin embargo de ello, aún en la actualidad no puede hablarse de un verdadero código de Seguridad Social, porque aún muchas de las disposiciones no constituyen un todo orgánico y armónico, si no una enumeración de situaciones posibles.

Es necesario a nuestro criterio, el recalcar la diferencia existente entre el concepto de Seguro Social y Seguridad Social, el primero, significa el conjunto de beneficios que reciben los afiliados de un organismo especializado para el efecto, previas aportaciones periódicas de tales beneficiarios. La Seguridad Social es una aspiración, más amplia evidentemente, y busca la protección social de todos los miembros de una colectividad, afiliados o no, cuya financiación deberá hacerse por contribuciones fiscales y parafiscales, pero cuyo margen de beneficio sea general. En el presente punto analizado hemos utilizado los términos Seguridad Social, porque consideramos, que las leyes dictadas especialmente a partir de 1928, guardan como aspiración el logro de una seguridad social, y lo que se ha obtenido ya es un avance, dentro de todo el complejo de situaciones que hay que solucionar.

En el 35, se creó ya El Instituto Nacional de Previsión y a partir de esta fecha, la producción de leyes de seguridad social ha sido abundante, las primeras, y como se había dicho en el capítulo I fueron, leyes "dedicadas" pero todo el cambio en el criterio social y político tanto del Estado como de la sociedad, fue ampliando el ámbito de la seguridad social, y a través de los años se han ido incluyendo a nuevos sectores como protegidos por el Seguro Social, En 1936 se expidió la Ley de Seguro Social obligatorio, y en el 37 ya se estableció la obligatoriedad de la afiliación para ciertos sectores laborales.

#### 5.- Otras leyes, sobre menores campesinos, cooperativas

En leyes laborales ya empezó a regularse el trabajo de menores, y también a la madre en estado de gravedad. Y también en el año 38, junto a algunas conquistas legales, se dicta el código de Menores.

Sobre los campesinos y comunidades indígenas empieza a regularse mucho, se dicta en el 37 el Estatuto Jurídico de las Comunidades Campesinas, en el 38, la Ley de Cooperativas. Se busca reconocer la posibilidad y existencia de las agrupaciones campesinas, como

entidad propia con intereses y objetivos comunes, que es necesario precautelar y fomentar. Por si esto no bastara estas leyes conseguirían el dar a estos grupos sociales una posible ingerencia en el poder político, del que carecían totalmente. Se permite la apertura a la evolución en la concepción de relaciones de trabajo, a las formas de propiedad, etc. Gracias a estos avances puede empezar a decirse que se efectiviza el esfuerzo por eliminar instituciones oprobiosas y deshumanizantes como la del trabajo precario.

Es un reconocimiento de parte del Estado de que los medios económicos con que cuentan las masas campesinas y los indígenas en general son extremadamente escasos, que no les permite conservar, "si es que la tienen"; la propiedad de la tierra, o por lo menos el poder trabajarla, ya que los riesgos en la agricultura son grandes y no podrían afrontarlos fácilmente. Las cooperativas, vienen a ser una solución para afrontar los problemas comunes y de manera más efectiva, las reformas legales al respecto son importantísimas y sería deseable que lleguen a concretar el fin de que deben sustentarse, y en el que se deben haber sustentado los legisladores.

#### **6.- Conclusión:**

Luego de este largo estudio sobre la legislación post-juliana, en el período propuesto concluimos que evidentemente toda esta legislación, en los diversos niveles y en todos los órdenes es una legislación nueva. Diferente del derecho existente con anterioridad en su contenido, porque crea e institucionaliza situaciones jurídicas que antes no existían; nueva, además, porque su alcance se traduce en la vigencia o puesta en práctica de ciertas instituciones cuyos principios habrían sido solamente enunciados, sea creando normas más completas o recopilando las ya existentes en cuerpos orgánicos como el Código del Trabajo, o dando nacimiento a organismos especializados capaces de ser ejecutores de los principios nuevos.

### **APORTE DE ESTA LEGISLACION AL DERECHO DE NUESTROS DIAS**

La legislación social inspirada en los años posteriores a la revolución juliana constituyó el punto inicial de un nuevo derecho social y protector que irá surgiendo en los próximos años en el Ecuador. Legislación, que en lo posterior tendría una mayor organización, un mejor contenido, y más trascendencia y significación, porque sería aprovechada por un mayor número de individuos. Daría en definitiva el Ecuador una nueva estructura, que aún está formándose, pero cuyas bases están ya fijadas. Ahora se sabe ya, que las instituciones no son estáticas y permanentes si no que se hallan en una continua evolución, y que negar ésta, sería un retroceso.

Otra de las proyecciones que tiene la legislación de 1930 y que es un fenómeno típico de nuestros días, es el tender a la mayor especialización o ramificación del derecho, el apareamiento como leyes nuevas e independientes de ciertas realidades es un caso notorio, como por ejemplo las leyes laborales, actualmente autónomas. Hay otras leyes nuevas, crea-

das gracias a esta evolución como: Ley de Reforma Agraria y Colonización, Ley de Fomento Industrial, Ley de Defensa del Artesano, Ley de Fomento Agropecuario, etc. que no han hecho sino mejorar la legislación social post-juliana.

La organización estatal ha adquirido tal complijidad que ha sido necesaria su reestructuración así como la orientación hacia nuevos ámbitos de sus fines y sobre los medios con los que cuenta para ello. Se concibe además que el criterio democrático de un Estado estará concretado con la mayor participación social, lo que no sucedía anteriormente, y que determina por tanto, un cambio total sobre la política a llevarse.

Todo lo dicho en favor de las reformas que hemos sostenido que conllevan, no se opone sin embargo a decir, que solo están dadas las primeras pautas y que aún queda mucho por delante, no significa tampoco, el considerar que son los asuntos más deseables los que están solucionados porque aún el reconocimiento de ciertos derechos en favor de ciertas clases queda en meros postulados, y la creación de las normas se vuelve un instrumento eficaz de mantener a los grupos oprimidos conformes con la realidad porque se les dirá que tienen tal derecho, que este está reconocido, por lo que no tendrán la posibilidad de luchar por un derecho, que existe, y se pondrán como tenemos en la práctica una serie de trabas para que tales derechos lleguen a patentizarse.

El trabajador ecuatoriano ha adquirido con esta nueva legislación de manera relativa una mejor situación, pero lamentablemente, no se puede hablar de una verdadera mejora, por cuanto como contrapeso a las leyes que le favorecen, el precio de los bienes necesarios para una congrua subsistencia son altos, y por otro lado, dados los avances actuales de la economía de mercado, las necesidades se multiplican o simplemente se crean "nuevas necesidades", gracias a la publicidad por lo que el trabajador que puede tener más garantías, es también el mejor consumidor.

Las proyecciones que acabamos de hacer sobre la legislación social post-juliana nos demuestra que pese al esfuerzo que se ha hecho durante los últimos cuarenta años en materia de derecho social, no hemos hecho si no empezar, por lo que es obligación de los legisladores del futuro, perfeccionar lo que existe y dar los medios para que las leyes no queden en simples postulados, y por otro lado, el renovar continuamente lo existente de acuerdo a las necesidades sociales, que serán diferentes de acuerdo a las circunstancias históricas.



**SECCION CULTURAL**



Discurso pronunciado por el escritor ecuatoriano Pedro Jorge Vera en el sepelio de Benjamín Carrion.

Si la muerte es lo que confiere absurdidad a la vida, en la desaparición física de Benjamín Carrion no existe esa circunstancia. Pues su retorno a esta tierra a la que amó tan apasionadamente, es su fusión con la materia vital que animó su vida y su obra, dos realidades inseparables que conformaron su creación de forjador, de maestro, de hombre.

Un absurdo sí hay en su muerte. Que se vaya cuando su talento, su grandeza de alma, su sangre fervorosa, se encontraba en plena madurez, al servicio de los dos principios que él descubrió como los parámetros invariables de la patria ecuatoriana: libertad y cultura.

A los dos consagró su existencia fecunda. Dos principios, dos ideales, dos amores, que para Benjamín fueron un todo indestructible: sin libertad no hay cultura, sin cultura no hay libertad. Por ello la línea de su vida, desde su adolescencia inquieta hasta su senectud gloriosa, fue un combate indeclinable por obtener para su pueblo -que por ser el ecuatoriano es todos los pueblos de América Latina-, no la falaz libertad retórica sino la libertad total, sin un sólo humillado, sin un solo ofendido. Y la cultura, no como aderezo pretensioso de élites parasitarias, sino como integración cabal de todos los hombres con los altos valores del espíritu.

Escritor sí, de tersa prosa y de implacable embate contra la injusticia y la hipocresía; maestro sí, a la manera socrática, que no imponía sino que sugería, suscitaba, para que cada discípulo, fuera tan creador como él, más por esto mismo, Benjamín Carrion era primordialmente un hombre integral, nada menos que todo un hombre, como le gustaba decir en pala-

bras de su querido Unamuno.

Por serlo, siempre detestó la estéril torre de márfil, y desde su primer regreso a la patria, al sufrir "el desencanto de Miguel García" abrazó el socialismo, con una entereza y una lealtad que mantendría hasta su final, sin permitir que las piedras del camino deterioraran su fe en una humanidad superior, *liberada del egoísmo y la concupiscencia*. De aquí que sin jactancia alguna, accediera a que su nombre integrara la consigna exultante ¡Parra - Carrion, Revolución!, grito renovador en 1960, semilla del grandioso Ecuador que él no alcanzó a ver -y quizás tampoco lo alcanzaremos nosotros-, pero que vendrá indefectiblemente como un mandato de la historia, como un hecho geológico. De aquí que, entusiasta y esperanzado, se identifica por completo con el comienzo de la Segunda Independencia Latinoamericana, la Revolución Cubana, a la que exaltó y defendió sin tregua. De aquí que contribuyera decisivamente al proceso inicial de la creación del Frente Amplio de Izquierda.

Significativa y cuantiosa es la obra literaria de Benjamín Carrion. Allí está su *Atahualpa*, allí está su serie *Los santos del espíritu*, y entre ellos su *Santo del Patíbulo*, develación de una etapa tormentosa de nuestro pasado; allí está su *América dada al diablo*, que revisaba para su publicación, hasta hace pocos meses; todas, realizaciones magníficas que le dan un sitio de honor en el continente. Pero lo que principalmente lo funde con esta nuestra tierra son sus *Cartas al Ecuador*, dación, entrega a la patria expoliada y traicionada, lección permanente que la juventud debe tener como su breviario, para la redención de

nuestro pueblo, de nuestros ríos, de nuestras montañas, de nuestros mares, de nuestros ciclos. Por estas cartas prodigiosas, fruto de sabiduría y pasión, Benjamín conquistó el título que José de la Cuadra acuñó para otro lojano inmortal, Pío Jaramillo Alvarado: Doctor en Ecuatorianidades.

Pero allí está también su labor en la cátedra universitaria, donde enseñó a varias generaciones el camino sagrado del humanismo. Y allí está su labor de gran señor de la cultura, abriendo caminos, alentando con generosidad singular a todo quien se iniciaba por los duros caminos de la palabra escrita. No hay parricida que pueda destruir esta verdad: por la literatura contemporánea del Ecuador cruza el aliento de Benjamín Carrión.

Y allí está su Casa de la Cultura, esa institución incorruptible, creada no por algún gobierno circunstancial, sino únicamente por su iniciativa, que contó con el apoyo comprensivo del Ministro de Educación de entonces, Alfredo

Vera. Los dos lograron la única conquista impercedera de la traicionada insurrección del 28 de mayo de 1944. Esa Casa -en cuya representación tengo el honor de hablar- que Benjamín llamó "mi hija y mi madre al mismo tiempo".

Antes y después de esa frustración, resonó su voz de alerta, clara, nítida, insobornable, que hace de él un forjador cimero del nuevo Ecuador. Oído: "Este país ha sido adormecido por todas las falacias. Se lo ha engañado tanto con los falsos cuentos de una grandeza que debió ser creada, que pudo ser creada, pero que no se creó. (...) Se le han prometido libertades -que tiene bien ganadas con valor y con sangre- y se lo ha mantenido esclavizado, agarrotado, abiertas las fronteras para el destierro, abiertas las cárceles para la prisión".

Benjamín Carrión no ha muerto: ha vivido. Yo, que me enorgullezco de su amistad, le digo: Viejo, padre, maestro, amigo, hermano, nosotros pasamos, pero tu Ecuador, tu América, están aquí ¡siempre!

# CONTEXTOS EPICOS Y BARROCOS EN EL SIGLO DE LAS LUCES

DIEGO ARAUJO SANCHEZ

*"Hablar de revoluciones, imaginar revoluciones, situarse mentalmente en el seno de una revolución, es hacer-se un poco dueño del mundo".*

(Alejo Carpentier, *El siglo de las luces*, 3 IX)

Para Alejo Carpentier, en la hora actual al novelista latinoamericano se le impone una tarea: revelar las ciudades y establecer las relaciones de las mismas con lo universal. ( 1 ) Más allá de la actitud criollista, adepta siempre de llanos y montañas, la visión urbana del narrador si quiere tener plenitud esclarecedora, no puede eludir la definición del hombre en sus contextos. El propio Carpentier ha ensayado un catálogo ( 2 ) de éstos últimos: heterogeneidad étnica, inestabilidad de una economía dependiente de intereses foráneos, supervivencia de animismo creencias y prácticas religiosas muy antiguas, complejidad telúrica, coexistencia de varios tiempos históricos, hibridez cultural... En una palabra: todas las relaciones que identifican al hombre de nuestros países. Como categoría de análisis, los contextos pueden ser una especie de hilo de Adriana en aquella laberíntica realidad de América Latina.

También en el Nuevo Mundo, el artista, como en los primeros días de la Creación, necesita nombrar las cosas, saberse esencial en ese acto de reconocimiento. Para Carpentier, la exigencia de mostrar los objetos impone un estilo:

"El objeto vive, se contempla, se deja sopesar. Pero la prosa que le da vida y consistencia, peso y medida, es una prosa barroca, forzosamente barroca, como toda prosa que ciñe el detalle, lo menudea, lo colorea, lo destaca, para darle relieve y definirlo." ( 3 )

El carácter barroco de nuestro arte no sólo es herencia colonial -ración de España y la Contrarreforma en tierras de América-, sino que se remonta a la época precolombina. Para demostrarlo, basta recordar la voluptuosidad, el recargo casi orgiástico de las piezas que testimonian aquel remoto pasado. Hasta en la Naturaleza, desmesurada y multiforme, hallamos razones para aceptar afirmaciones de Carpentier como "nuestro arte siempre fue barroco" o "el legítimo estilo del novelista latinoamericano actual es el barroco". ( 4 )

( 1 ) Alejo Carpentier. "Problemática de la actual novela latinoamericana", en Tientos y Diferencias ( Montevideo: Editorial Arca, 1967 ), pp. 17 a 19.

( 2 ) *Ibid.*, pp. 21 a 33.

( 3 ) *Ibid.* p. 36.

( 4 ) *Ibid.* pp. 37 y 38.

En mi opinión, una forma de la expresión barroca americana es sin duda alguna el realismo maravilloso. Así, por ejemplo, la tensión entre ilusionismo y naturalismo - característica del barroco por antonomasia, el del siglo XVII - guarda cierta analogía con la fusión de elementos realistas y mágicos. En América, aquella tensión está oculta, ya que lo maravilloso es un elemento cotidiano de la realidad ( no aprecia los árboles quien está en el bosque ). Incluso para Carpentier una noción primera de lo real maravilloso surge inesperadamente, cuando en 1943 visita las ruinas de Sans Souci, el palacio de Henry Christopher y, en Ciudad del Cabo, la mansión habitada antaño por Paulina Bonaparte. Después de vivir la experiencia de lo maravilloso en la realidad haitiana, Carpentier tiene conciencia de la cotidianidad de esos elementos, patrimonio de América toda, y llega a la conclusión de que

" ... lo maravilloso comienza a serlo de manera inequívoca cuando surge de una inesperada alteración de la realidad ( el milagro ), de una revelación privilegiada de la realidad, de una iluminación inhabitual o singularmente favorecedora de las inadvertidas riquezas de la realidad, de una ampliación de las escalas y categorías de la realidad, percibidas con particular intensidad en virtud de una exaltación del espíritu que lo conduce a un modo de "estado límite". ( 5 ).

La profusa ornamentación del barroco responde también al intento de iluminar las "inadvertidas riquezas de la realidad". También el barroco impone una suerte de "estado límite": en el interior de un templo barroco, atrapado por el movimiento de columnas que se retuercen, arquivoltas que se encorvan, se doblan, se dislocan, y por la ornamentación inagotable de cúpulas y altares, el observador vive, en el vértigo del movimiento, una exaltación de espíritu ante la cual la realidad se entrega generosa en su fugaz y, a la par, estable presencia.

El presente trabajo quiere ser una aproximación a los contextos y a los diversos elementos barrocos - entre ellos, lo real maravilloso- que se manifiestan en *El Siglo de las Luces*, novela medular de Alejo Carpentier.

#### CONTEXTO IDEOLOGICO - POLITICO

Uno de los motivos fundamentales de esta obra puede ser nominado "la crisis de la revolución". Motivo tanto más audaz cuanto se piensa que *El Siglo de las Luces* fue publicada en 1962, es decir, dentro del contexto de la revolución cubana. No creo, como Rodríguez Monegal ( 6 ), que cuando en el último capítulo de la novela se narran las matanzas, en Madrid, del 2 de Mayo, y Carpentier escribe "la siniestra escenografía exutoria de los paredones enrojecidos por la sangre", aquello de "paredones" aluda a un momento san-

( 5 ) Alejo Carpentier, "Prólogo", en *El reino de este mundo*, 6ta. ed. ( Buenos Aires: Calicanto, 1986 ), p. 9.

( 6 ) Emir Rodríguez Monegal.

griente de la transformación cubana. En todo caso, opino que la perspectiva histórica - recurso distanciador, en el sentido brechtiano- da una mayor libertad al lector y no resta la actualidad de la creación novelesca.

Con Víctor Hugues, personaje histórico que trae el Decreto de abolición de la esclavitud para los negros de las Antillas, y, junto a la declaración de libertad, la guillotina, Carpentier describe los avatares de la Revolución Francesa en ese ámbito del Caribe.

En Víctor se resumen ciertas contradicciones de la revolución: obligado a representar el papel de un Robespierre en la Guadalupe, será después el promotor de la persecución a los antiguos esclavos negros; ideólogo acalorado en sus conversaciones con Esteban y Soffá, la praxis de la revolución le transforma en un hábil activista político, totalmente escéptico. Cuando a Víctor le sonrío la suerte, Esteban repara en las contradicciones de la revolución y le dice: "Yo soñaba con una revolución distinta". Entonces Víctor replica "Y quien te mandaba creer en lo que no era... Una Revolución no se argumenta: se hace". ( 7 ). Más adelante, cuando su poder omnímodo está en peligro, Víctor confiesa al joven:

"No sé lo que pensarás de mí. Acaso, que soy un monstruo. Pero hay épocas, recuérdalo, que no se hacen para los hombres tiernos... La revolución se desmorona. No tengo ya de qué agarrarme. No creo en nada". ( 8 )

Esteban, liberado del asma por el doctor Ogé e iniciado en las nuevas ideas por Víctor, hace gala en su obligada estadía parisina de un jacobinismo extremo; pero sus primeras prácticas revolucionarias y todas las oposiciones que observa, le llevan a una actitud de desencanto individualista:

"Esta vez la revolución ha fracasado. Acaso la próxima sea la buena. Pero, para agarrarme cuando estalle, tendrán que buscarme con linternas a mediodía. Cuidémonos de las palabras hermosas; de los Mundos Mejores creados por las palabras. Nuestra época sucumbe por un exceso de palabras. No hay más Tierra Prometida que la que el hombre puede encontrar en sí mismo." ( 9 )

Desde la óptica de Esteban, la revolución no es sino una forma de persistencia del mito, siempre presente en la Humanidad, de una Tierra de Promisión. Todo grupo humano elabora - creación de la conciencia colectiva - la utopía de un Mundo Mejor: los caribes, en su avance hacia el Norte, lo habían imaginado; también los españoles, desde la gran aventura del Almirante, la búsqueda de la fuente de la juventud, y hasta el conquistador analfabeto ( IV ).

( 7 ) Alejo Carpentier. *El Siglo de las Luces* ( Barcelona: Selx Barral, 1965 ), p. 149.

( 8 ) *Ibid.*, p. 138

( 9 ) Pío Jaramillo Alvarado, *Estudios Históricos*, ( Quito, Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1960 ), p. 302

beto que, codicioso, viene a América, esperan un Mundo Mejor ( 10 ).

Con Víctor y Esteban, la visión de Carpentier es preponderantemente trágica. Está perfectamente representada en un leitmotiv de la novela: el cuadro del maestro anónimo napolitano, *La Explosión en la Catedral*. Esta pintura es una premonición de cuanto va a acontecer en la época: el antiguo régimen se despedaza, un mundo aparentemente sólido vaga ahora por los aires. La novela se cierra con la imagen de la pintura, voluntariamente olvidada en la última estancia de Esteban y Sofía, y cuyo asunto se borra, "haciéndose mera sombra sobre el encarnado oscuro del brocado" ( 11 ).

Pero *El Siglo de las Luces* tiene, un conjunto, una dimensión épica. Carpentier opone a la desilusión de los individuos, una ética que los redime: entregados al movimiento de rebelión popular, la individualidad se abre, recobra las posibilidades del sacrificio altruista. Aquel "hacer algo" que Sofía repite una y otra vez es ya un principio de sabiduría, en épocas de desconcierto. Cuando ante el fervor del pueblo madrileño el 2 de Mayo, Sofía insta a Esteban a unirse en las calles con la gente, éste trata de detenerla:

"No seas idiota: están ametrallando. No vas a hacer nada con esos hierros viejos. "Quédate si quieres! Yo voy! " "Y vas a pelear por quién?" "Por los que se echaron a la calle - gritó Sofía.- Hay que hacer algo" ( 12 ).

La novela recobra su dimensión épica cuando deja a salvo las posibilidades de insurrección popular. Todas las rebeliones de negros, especialmente la acción guerrillera de quienes derrotan a Víctor y sus ejércitos entrenados en la campaña de Egipto, abren perspectivas épicas, en cuanto queda el reto de transformar un mundo que, contra la historia, se obstina en permanecer inhumano y bárbaro.

## CONTEXTOS CTONICOS

En "Problemática de la actual novela latinoamericana", Carpentier define a los contextos ctónicos como:

"Supervivencias de animismo, creencias, prácticas muy antiguas a veces de un origen cultural sumamente respetable, que nos ayudan a enlazar ciertas realidades presentes con esencias culturales remotas, cuya esencia nos vincula con lo universal -sin- tiempo" ( 13 ).

( 10 ) Cfr., cap. XXXIV.

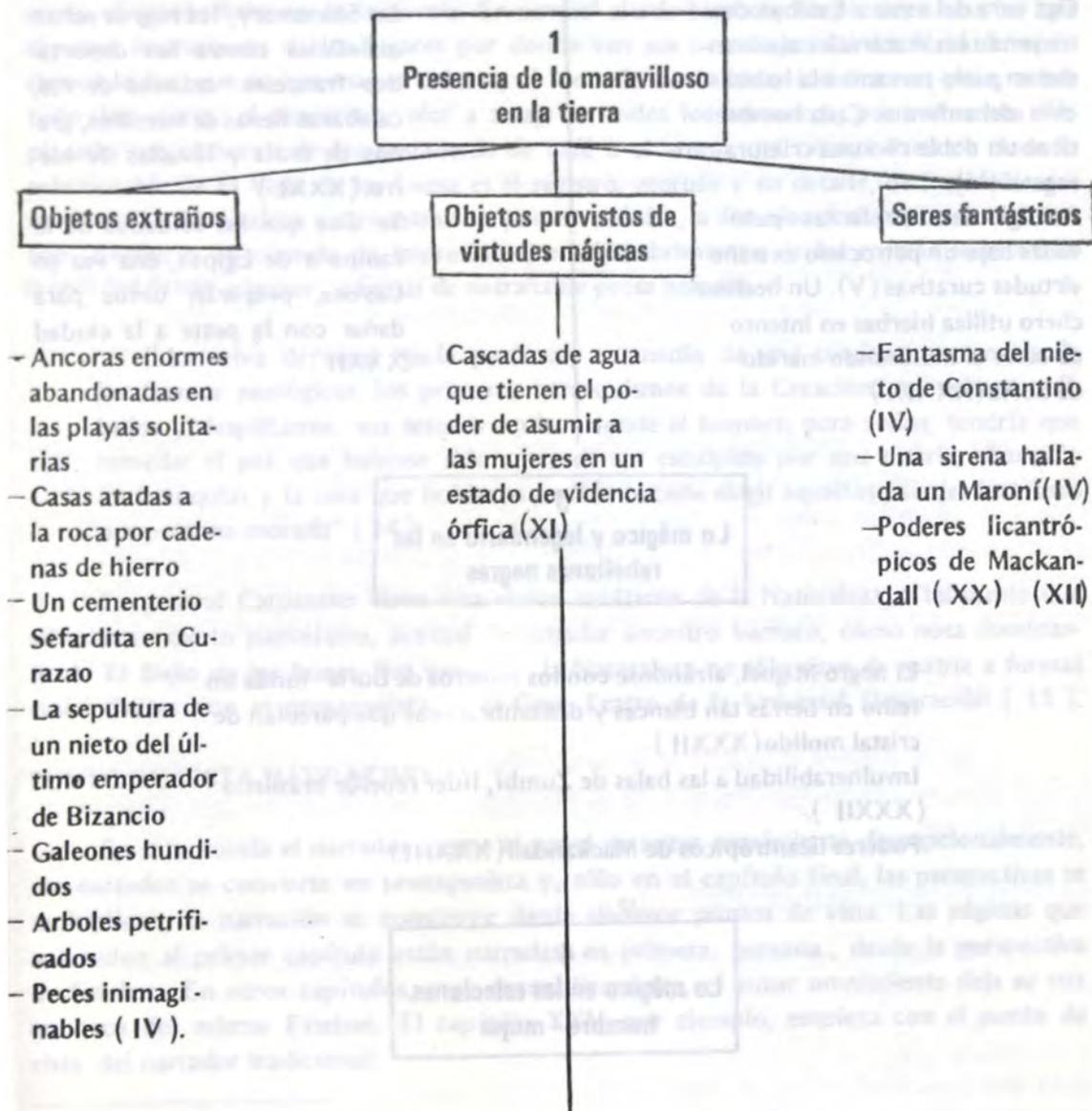
( 11 ) *Ibid.*, p. 359.

( 12 ) *Ibid.*, p. 357

( 13 ) *Alejo Carpentier, op. cit.*, p. 21.

Estos elementos en *El Siglo de las Luces* determinan, además, la naturaleza real maravillosa del relato. Por otra parte, testimonian otra relación básica del hombre latinoamericano: vivir al mismo tiempo en las épocas más diversas, el racionalismo de La Ilustración y los ritos mágicos de una edad sin historia.

Para el esclarecimiento de los contextos ctónicos en esta novela, agruparé los varios elementos maravillosos en el esquema siguiente ( los números romanos refieren al capítulo en el cual se destacan los elementos señalados ).



2

## La magia vegetal como terapia y poderes maléficos

### Curaciones

Ogé cura del asma a Esteban destruyendo los matorrales sembrados en patio cercano a la habitación del enfermo. Cada hombre tiene un doble con una criatura vegetal (V).

Remigio da a sus plantas - cultivadas bajo un patrocinio extraño virtudes curativas (V). Un hechicero utiliza hierbas en intento de curar al moribundo marido de Sofía (XXXIX)

### Daños

En Sinnamary, los negros echan maleficios contra los deportados franceses: cráneos de res, calabazas llenas de huesillos, granos de maíz y limallas de hierro. (XXXI.)

Se dice que los soldados de la campaña de Egipto, una vez en Cayena, preparan untos para dañar con la peste a la ciudad (XXXII)

3

## Lo mágico y legendario en las rebeliones negras

El negro Miguel, alzándose con los mineros de Buria funda un reino en tierras tan blancas y deslumbradoras que parecían de cristal molido (XXXII).

Invulnerabilidad a las balas de Zumbí, líder rebelde brasileño (XXXII).

Poderes licantrópicos de Mackandall (XXXIII).

4

## Lo mágico en las relaciones hombre - mujer

En Paramaribe, corren leyendas de maceraciones, de drogas, de aguas misteriosas, administradas al amante de tez clara para "amarrarlo" (XXXIII.)

El esquema anterior configura esa red de lo mítico que define al hombre latinoamericano: el racionalismo de la Revolución, paradójicamente alentador de sectas de las más opuestas creencias, en América choca contra supervivencias animistas, viejas prácticas y creencias que componen los contextos ctónicos.

## CONTEXTOS AMBIENTALES

Destaco especialmente lo ambiental en cuanto desempeña una función importante como elemento barroco de la novela. En sensual alarde barroco, Carpentier capta las más diversas impresiones de los lugares por donde van sus personajes. De La Habana recordamos la luz que se agrupa en colores, el lodo de las calles y los charcos; pero, sobre todo, los olores: el penetrante olor a tasaje en todos los recovecos, por momentos desplazado por el humo de los tostaderos de café o el aroma del tabaco. Pero sin duda lo más notable de *El Siglo de las Luces* es el registro, moroso y en detalle, de los ambientes marinos. La Naturaleza se muestra, en pureza edénica, a los ojos deslumbrados de Esteban. Entonces un cúmulo de impresiones, en descubrimiento de los rostros secretos de la realidad llenan páginas y páginas de entrañable prosa barroca.

“La selva de coral hacía perdurar, en medio de una creciente economía de las formas zoológicas, los primeros barroquismos de la Creación, sus primeros dibujos y despilfarros: sus tesoros ocultos donde el hombre, para verlos, tendría que remedar el pez que hubiese sido antes de ser esculpido por una matriz, añorando las branquias y la cola que hubieran podido hacerle elegir aquellos paisajes fastuosos por perenne morada” ( 14 ).

En general Carpentier tiene una visión exultante de la Naturaleza, a tal punto que advertimos cierto panteísmo, actitud de singular ancestro barroco, como nota dominante de *El Siglo de las Luces*. Por supuesto, la Naturaleza no sólo sirve de matriz a formas casi infinitas sino es protagonista en el Gran Teatro de la Universal Devoración ( 15 ).

## PUNTO DE VISTA NARRATIVO.

En esta novela el narrador asume el papel de autor omnisciente. Excepcionalmente, ese narrador se convierte en protagonista y, sólo en el capítulo final, las perspectivas se multiplican, la narración se construye desde diversos puntos de vista. Las páginas que anteceden al primer capítulo están narradas, en primera persona, desde la perspectiva de Esteban. En otros capítulos, muy esporádicamente, el autor omnisciente deja su voz en boca del mismo Esteban. El capítulo XXV, por ejemplo, empieza con el punto de vista del narrador tradicional:

( 14 ) Alejo Carpentier, *El Siglo de las Luces*, p. 180.

( 15 ) *Ibid.*, p. 183.

"Esteban, luego de holgarse por última vez con Mademoiselle Athalie Bajazet y de morderle los pechos con una ferocidad, que mucho debía al rencor, le había amoratado las nalgas a bofetones - tenía el cuerpo demasiado lindo para que pudiera pegársele en otra parte - por soplona y policía, dejándola gimiente, arrepentida y, acaso por vez primera, realmente enamorada." ( 16. ).

El discurso narrativo se va dando desde la anterior perspectiva. Pero en las últimas líneas, en la exaltación de Esteban, contemplador de la Naturaleza, se desplaza el punto de vista narrativo: de la tercera persona verbal, típica del autor omnisciente tradicional, pasamos a la primera, característica del narrador - protagonista:

"¿Qué habrá en torno mío que esté ya definido, inscrito, presente, y que aún no pueda entender? ¿Qué signo, qué mensaje, que advertencia, en los rizos de la achiceria, el alfabeto de los musgos, la geografía de la pomarrosa? Mirar un caracol. Uno sólo. Tedeum." ( 17 )

Idéntico cambio notamos en dos momentos más, decisivos en la vida de Esteban: en el capítulo XXX, cuando la imagen de un gran crucifijo le obliga a plantearse, después de algunos años de olvido, el problema religioso; y en el capítulo XXXVII, al descubrir su amor por Sofía.

Sólo la última parte de *El Siglo de las Luces*, la que se inicia con el título del grabado de Goya "Así sucedió", está narrada desde múltiples puntos de vista. Este recurso obedece a la dimensión épica que, según observamos ya, trata de imprimir Carpentier en su novela. Como Sofía y Esteban son magnificados en la entrega altruista de sus vidas a la rebelión popular contra la tiranía napoleónica, el introducir múltiples intermediarios e entre lector y mundo narrado tiene un efecto distanciador característico de la forma épica.

## RECURSOS BARROCOS

Sin topar siquiera el problema de una definición del barroco como estilo literario ( 18 ), destaco ciertos recursos que, en la novela de Carpentier, revelan una clarísima filiación barroca.

### La narración dentro de la narración

En *El Siglo de las Luces* hay un ejemplo clarísimo de este recurso. Esteban, frente

( 16 ) *Ibid.*, p. 177.

( 17 ) *Ibid.*, p. 184.

( 18 ) Cfr. Helmut Hattfeld, Estudios sobre el barroco, 3era ed. ( Madrid: Gredos, 1973 ). También Guillermo Díaz Plaja, El barroco literario ( Buenos Aires: Columba, 1970 ). Y Jose Lezama Lima, La expresión barroca americana ( Madrid: Alianza Editorial, 1969 ).



“La claridad, la transparencia, el frescor del agua, en las primeras horas de la mañana, producían a Esteban una exaltación física muy semejante a una lúcida embriaguez. Retozando donde diera pie, aprendía a nadar, sin resolverse a regresar a la orilla cuando era hora de hacerlo; se sentía tan feliz, tan envuelto, tan saturado de luz que, a veces, al estar nuevamente en suelo firme, tenía el aturdido y vacilante andar de un hombre ebrio. A eso llamaba sus “borracheras de agua”, ofreciendo el cuerpo desnudo al ascenso del sol, echado de bruces en la arena, o de boca arriba, abierto de piernas y de brazos, aspado con tal expresión de deleite en el rostro que parecía un místico bienaventurado favorecido por alguna Inefable Visión.” ( 22 ).

La reiteración de tres sustantivos ( claridad, transparencia, frescor ), de tres verbos ( retozar, aprender, resolver ), de tres adjetivos ( feliz, envuelto, saturado ), da un ritmo envolvente a todo el período y agranda los círculos hacia afuera, en la exaltación final, donde el cuerpo radiante se multiplica en acción: se ofrece al sol, echado de bruces en la arena, abierto de piernas y brazos, formando como las aspas de un molino exultante.

#### A MODO DE CONCLUSION

La aproximación al contexto ideológico - político revela, en *El Siglo de las Luces*, la dimensión épica de la narración, en un mundo de valores degradados, que se expresa en la crisis y el desencanto de una Revolución. El análisis del punto de vista - prodominio del autor omnisciente; pluralidad de perspectiva en el capítulo final - reafirma esta interpretación.

Los contextos tónicos y ambientales aportan claves de comprensión de lo real maravilloso y de lo barroco en la obra de Carpentier. Ciertas analogías entre los elementos barrocos y real maravillosos justifican el estudio interrelacionado de uno y otro. Empero, la hipótesis de lo real maravilloso como una modalidad del barroco americano, sugerida lateralmente en este trabajo, espera un estudio minucioso y sistemático.

( 22 ) *Ibid.* p. 178.

## BIBLIOGRAFIA

- Carpentier, Alejo** "Confesiones sencillas de un escritor barroco", en *El Acoso y El Derecho de Asilo*. Buenos Aires: Editorial Latina, 1975.
- El Reino de este Mundo**. Buenos Aires: Calicanto, 1966.
- El Siglo de las Luces**. Madrid: Seix Barral, 1965.
- Tientos y Diferencias**. Montevideo: Ed. Arca, 1967.
- Díaz - Plaja, Guillermo**. **El barroco literario**. Buenos Aires: Columba, 1970.
- Hars, Luis**. "Alejo Carpentier, o el eterno retorno", en *Los Nuestros*. Buenos Aires: Sudamericana, 1966.
- Hatzfeld, Heilmut** **Estudios sobre el barroco**. 3era. ed. Madrid: Gredos, 1973.
- Rodríguez Monegal, Emir**
- Sarduy, Severo**. "El barroco y el neobarroco", en *América Latina en su literatura, coordinación e introducción de César Fernández Moreno*. México: UNESCO y Siglo XXI, 1972.



<p><b>DR. JOSE IGNACIO ALBUJA PUNINA</b> <b>ABOGADO</b></p> <p><b>Asuntos Tributarios y Contencioso Administrativo</b></p> <p>Edif. Benalcázar Mil Av. 10 de Agosto y Ríofrío Of. 109 - Telf. 231138</p>	<p><b>ESTUDIO JURIDICO</b> <b>DR. GUSTAVO ROMERO ARTETA</b> <b>ABOGADO</b></p> <p>Edif. 6 de Diciembre Ofic. 51 18 de Septiembre No. 213 y 6 de Diciembre P. O. Box 2431 Telf. 541458 Cable: Rometa 541459 Telex: 2364</p>
<p><b>DR. JULIO TRUJILLO V.</b> <b>DR. RICARDO VACA ANDRADE</b> <b>ABOGADOS</b></p> <p>Edif. San Luis, Avd. 10 de Agosto 229 Ofs. 104 y 105 Telf. 214362 211215</p>	<p><b>DR. JOSE VICENTE TROYA J.</b> <b>NOTARIA SEGUNDA</b></p> <p>Edif. Benalcázar Mil 5to Piso - Ofic. 505 - b Telf. 521742 523728</p>
<p><b>DR. RAUL IZURIETA MORA BOWEN</b> <b>ABOGADO</b></p> <p>Tarqui 809 Ofic. 301 Telfs. 230068 543794</p>	<p><b>DR. ANGEL ARREGUI DEL POZO</b> <b>ABOGADO</b></p> <p>Pasaje Amador, grada 2, Ofic. 130, 132. Telf. 214347</p>
<p><b>COLABORACION DE LOS PROFESORES DE LA FACULTAD, DOCTORES:</b></p> <p><b>SANTIAGO ANDRADE UBIDIA ( Derecho Civil )</b> <b>TITO CABEZAS CASTILLO ( Derecho Mercantil )</b> <b>ALBERTO WRAY ESPINOSA ( Teoría General del Derecho )</b></p>	



# EL BANCO CENTRAL DEL ECUADOR

TRABAJA EN BENEFICIO ECONOMICO  
DEL PUEBLO ECUATORIANO  
Y SU MUSEO ARQUEOLOGICO  
Y GALERIAS DE ARTE,  
SON UN APORTE PARA LA CULTURA  
DE AMERICA.

HORARIO DEL MUSEO:

MARTES A VIERNES: 9 A. M. - 8 P. M.

SABADOS, DOMINGOS Y FESTIVOS: 10 A. M. - 5 P. M.

BRISEÑO Y 10 DE AGOSTO - QUITO

AUTORES Y ARTICULOS (\*)

AUTOR	ARTICULO	No.	Pág.
<b>A</b>	Acosta Velasco, Alberto: — Misión de la Universidad Católica . . . . .	4	3
	— Actualidad del pensamiento de Santo Tomás en materias económicas . . . . .	14	19
Almeida Muñoz, Wilson: — La canción de la campana . . . . .	12	33	
Angulo, Vinicio : — El universitario de Quito. . . . .	19	124	
Araujo Sánchez, Diego: — Las escuelas radiofónicas . . . . .	18	94	
Arellano, Estuardo S. I. : — El comunitarismo . . . . .	18	60	
Artajo, Martín: — Mensaje de la canonización de Santa Mariana de Jesús . . . . .	6	58	
<b>B</b>	Baquero de la Calle, J. Antonio: — Hacia la especialización en el Derecho práctico . . . . .	7	36
	Barona, Beatriz: — Mariana de Jesús y el Ecuador . . . . .	5	3
	Bayas Valle, Víctor H. : — ¿Dónde y ante quién debe efectuarse el matrimonio civil? . . . . .	6	23

(\*) Para este trabajo hemos utilizado como base el índice de los quince primeros números, que apareció publicado en el número 15 de la Revista de la Asociación Escuela de Derecho.

AUTOR	ARTICULO	No.	Pág.
	– Alimentos necesarios para un hijo ilegítimo . . . . .	14	7
	– Actio Finium Regundorum . . . . .	15	59
Boada Pérez, Juan:	– Interés de un censo . . . . .		
Bustamante Muñoz, Antonio:	– La transformación actual del Estado . . . . .	4	8
Bustamante Muñoz, René:	– Estudio sobre el concepto de la Obligación. Parte I . . . . .	9	35
	Parte II . . . . .	10	3
	– Estudio sobre las formalidades en el Derecho Civil:		
	Parte I . . . . .	11	2
	Parte II . . . . .	12	3
<b>C</b>			
Carrillo, Patricio:	– Breve visión de la Encíclica "Matter et Magistra" . . . . .	14	29
Carrión Eguiguren, Eduardo:	– Efectos del acto administrativo . . . . .	5	13
	– Observaciones al libro II del Código Civil . . . . .	17	47
Castellanos, Edgar:	– Prólogo para la Nueva América ( poesía) . . . . .	22	96
Castillo, José Bolívar:	– Latinoamérica: unión o miseria . . . . .	17	72
Córdova Guerrón, Eduardo:	– Las garantías administrativas en el Ecuador . . . . .	18	29
Córdovez, Fernando:	– Vietnam: ilusión y realidad . . . . .	20	49
Crespo, Carlos Mario:	– Algo sobre la cultura de la mujer . . . . .	5	27
Crespo Zaldumbide, Ricardo:	– Discurso . . . . .	2	42
	– Instantes de Roma . . . . .	6	61
<b>CH</b>			
Chiriboga Cordovez, Gonzalo:	– España y Santiago . . . . .	1	27

AUTOR	ARTICULO	No.	Pág.
Chiriboga, Hernán:	– Alocución a nombre de los universitarios . . . . .	18	44
<b>D</b>			
Daste Ponce, Juan:	– El Cristo Cósmico en la evolución de Telihard . . . . .	21	45
	– Ensueño ( relato ) . . . . .	22	105
De Guzmán, Manuel:	– De la legislación de Indias a la moderna legislación del trabajo . . . . .	7	20
De la Torre, Carlos:	– Discurso . . . . .	4	50
	– La vocación de América Latina en el devenir . . . . .	5	15
Didonato, Alfonso:	– La sociedad de clases y el Estado . . . . .	4	26
	– Del individualismo al cooperativismo . . . . .	8	31
Donoso Velasco, José:	– Dos Congresos de alta cultura en Santiago . . . . .	10	51
	– Mar territorial, mar epicontinental y plataforma continental . . . . .	11	14
	– Paulo VI en la ONU . . . . .	18	102
<b>E</b>			
Egas, José María:	– Informe . . . . .	11	63
	– El Año Santo, luz de la Cristiandad . . . . .	4	5
Egas, José María ( p ) :	– Antología poética . . . . .	18	137
Espinosa Polit, Aurelio:	– Palabras iniciales . . . . .	1	1
	– Discurso inaugural . . . . .	3	3
	– Id. . . . .	6	3
	– Misión de la Universidad Católica . . . . .	9	3
	– Discurso inaugural . . . . .	11	58
	– Palabras iniciales . . . . .	16	1
Espinosa Polit, Juan:	– ¿Qué pensar del certificado prenupcial obligatorio? . . . . .	9	23

AUTOR	ARTICULO	No.	Pág.
	– Pío XI: la familia y la educación . . . . .	12	45
Espinosa, Simón	: – La libertad religiosa . . . . .	18	110
Estrella, José Lautaro:	– Importancia de la medicina legal . . . . .	13	16
<b>F</b>			
Fierro, Gustavo Adolfo:	– El problema económico - político de la educación ecuatoriana. . . . .	14	25
Flor, Manuel Elicio:	– Alegato de casación. . . . .	15	99
Flores Jaramillo, Renán:	–Apuntes para un estudio sobre el comunismo y la doctrina católica . . . . .	3	30
	– Causas psicológicas, sexuales y económicas del fracaso matrimonial . . . . .	4	37
	– Notas históricas sobre el terremoto de 1797 . . . . .	7	61
	– Un detalle de París . . . . .	6	59
Frajelas Sánchez, Luis:	– Los estudios gramaticales en la época de Bello . . . . .	17	7
Franceschi, Gustavo :	– Miseria . . . . .	13	1
Fuentes Roldán, Alfredo :	– La Declaración Universal de los Derechos Humanos y algunos puntos de la Consti- tución del Ecuador. . . . .	3	12
<b>G</b>			
Giménez Caballero, Ernesto:	– Isabel y Bolívar. . . . .	8	36
González Rodríguez, Sergio:	– La costumbre como fuente de Derecho Público . . . . .	22	37
<b>H</b>			
Hidalgo López, Luis:	–La Constitución y la Educación. . . . .	13	19

AUTOR	ARTICULO	No.	Pág.
<b>I</b>			
Iturralde Arteaga, José: — Homenaje al Dr. Julio Tobar Donoso . . . . .		11	75
<b>J</b>			
Jaramillo, Manuel: — Justicia y caridad . . . . .		2	30
<b>L</b>			
Landázuri Soto, Alberto: — Consultorio jurídico de la JUC. . . . .		2	46
Larrea Holguín, Juan: — Divergente de dos ciudades . . . . .		1	19
— Mensaje de Pío XII: traducción. . . . .		3	41
— El intervencionismo estatal. . . . .		9	28
— Unidad e indisolubilidad del matrimonio . . . . .		10	37
— El matrimonio en el Derecho Internacional. . . . .		12	18
— La convención de asilo territorial. . . . .		14	22
— Los sponsales. . . . .		15	50
— El reconocimiento de los hijos ilegítimos. . . . .		18	10
— El Código Civil de Portugal. . . . .		20	22
— Las entidades autónomas relacio- nadas con Previsión Social y Salud Pública . . . . .		21	3
— Breve explicación de las reformas al Código Civil. . . . .		22	8
Larrea Peñaherrera, Pedro : — La prueba en el Código del Trabajo ecuatoriano:			
Parte I. . . . .		10	24
Parte II . . . . .		11	22
Lovato, Juan Isaac: — Conferencia de Derecho Constitucional. . . . .		15	2
Luna Tobar, Alberto: — Teresa de Jesús, signo de feminidad . . . . .		11	24
— San Juan de la Cruz, angustia, belle- za y amor . . . . .		12	24

AUTOR	ARTICULO	No.	Pág.
Luna Tobar, Alfredo:	– Informe de labores . . . . .	3	59
	– Problemas pendientes en la mala ejecución del Protocolo de Río . . . . .	9	54

## M

Marchán, Jaime:	– El proceso, culpa consumada y libertad condicional . . . . .	21	51
	– El valor del mito en la Grecia heróica . . . . .	22	83
Mena Villamar, Claudio :	– El derecho de propiedad y sus limitaciones . . . . .	3	27
	– La buena fe y el error de hecho en el matrimonio civil. . . . .	6	27
Mera Borja, Francisco:	– El abogado y el jurisconsulto. . . . .	1	33
Miranda Rivadeneira, Francisco :	– Paulo VI: un clamor por la paz . . . . .	19	89
Molina Usbek, Guillermo ( poesía ). . . . .		22	83
Mora Anda, Eduardo:	– En el cincuentenario de la revolución rusa. . . . .	20	35
	– Dos meditaciones sobre la nueva era. . . . .	21	51
	– ¿Qué es el derecho? . . . . .	22	43
Mora, Alfonso M. :	– Crítica de la interferencia del Ejecutivo en la Función Legislativa . . . . .	1	23
	– Crítica a la coodificación del Código Civil. . . . .	3	25
Mora Ortega, Luis:	– En torno a la revolución: Ernesto Che Guevara . . . . .	20	33

## N

Nicolalda, Marco:	– ¿Existen dos extremismos ideológicos? . . . . .	14	28
Ninahualpa Lucano, Luis:	– Las corporaciones obreras . . . . .	4	31

## O

Oquendo, Diego: – La ilusión del viejo ( cuento ) . . . . .	13	27
– Dos niños regresan ( poemas ) . . . . .	14	49
Ojeda, Lautaro: – El universitario frente a la problemática del siglo XX . . . . .	17	45
– La organización del poder y las clases en lo rural . . . . .	18	86
Oleas, Gonzalo: – El triunfo de Frei : esperanza para Latinoamerica. . . . .	17	64
Orellana, Luis S. I.: – La Cuarta conferencia de la Asociación Internacional de Universidades. . . . .	18	142
– Mensaje a la Universidad de Guayaquil . . . . .	19	122
Ortiz, Benjamín : – Habla el presidente interino de la FEUCE. . . . .	19	133

## P

Páez, J. Roberto: – Isabel La Católica. . . . .	7	59
Páez Terán, Juan: – La Sala Capitular de San Agustín . . . . .	13	23
– Exposición al Decano de Derecho. . . . .	17	36
Págalos, Jesús: – Hacia un nuevo estado . . . . .	17	67
Palacios, Patricio: – Nuevas soluciones para viejos problemas. . . . .	14	35
Pérez Guerrero, Alfredo: – Ley Orgánica de la Función Judicial. . . . .	19	87
Ponce Borja, Belisario : – Alegato . . . . .	10	61
Ponce Carbo, Alejandro: – Manifiesto inédito ante la Corte Suprema . . . . .	3	51
– Ibid . . . . .	10	85
– ¿ Puede la Asamblea dictar leyes inconstitucionales? . . . . .	20	17

AUTOR	ARTICULO	No.	Págs.
Ponce Carbo, Enrique:	– La teoría de la causa en el Derecho comparado. . . . .	8	21
Ponce Enríquez, Camilo:	– Soberanía, Constitución, reformas, futuro nacional . . . . .	21	23
	– La cuestión social y un esquema de los tiempos:		
	– Parte I . . . . .	5	23
	– Parte II . . . . .	6	53
	– Conferencia de Derecho Constitucional . . . . .	15	18
Ponce Martínez, Alejandro:	– Posesión de los Derechos Inscritos . . . . .	17	51
	– Naturaleza jurídica de la partición . . . . .	19	32
	– La comunidad internacional . . . . .	20	43
Ponce Miranda, Neftalí;	– La condenación del dolo futuro . . . . .	10	15
Ponce Rivadeneira, Alfredo:	– El control de la natalidad . . . . .	19	87
Proaño Luis:	La universidad Católica en el mundo moderno . . . . .	21	33
Proaño Maya, Marco:	– América: realidad o posibilidad . . . . .	20	38
<b>Q</b>			
Quevedo M, Juan:	– El promotor y el accionista de compañías anónimas frente a las exigencias legales . . . . .	19	11
Quevedo Terán, Patricio :	– Andrés Bello . . . . .	17	3
<b>R</b>			
Restrepo Eusse, Iván:	– Las misiones jesuíticas en América . . . . .	10	47
Rivadeneira, Ernesto:	– El tipo de muerte por desaparecimiento . . . . .	5	5
	– La historia como método de la acción . . . . .	7	50
Riofrío Villagómez, Eduardo:	– La deuda externa y posibilidad de arreglar la garantía al ferrocarril . . . . .	2	12

AUTOR	ARTICULO	No.	Pág.
	– El impuesto y la conciencia . . . . .	18	26
Rodas, Liborio:	– El divorcio imperfecto. . . . .	12	22
Romero, González, José:	– La crisis de la autoridad. . . . .	2	5
	– Nuestro humanismo cristiano . . . . .	3	8
Rodríguez Castelo, Edmundo:	“Serás tu dueño y tu Señor” ( cuento ) . . . . .	14	37
<b>S</b>			
Salazar Alvarado, Francisco:	– La familia: su constitución y grandeza . . . . .	5	25
	– Las Organizaciones Internacionales y los Derechos Humanos. . . . .	6	39
	Parte II . . . . .	7	45
	– Discurso . . . . .	11	37
Salvador Lara, Jorge:	– Simbolismo y contenido de la aparición guadalupana . . . . .	3	46
	– Reflexiones sobre la vida del General Francisco de Miranda . . . . .	5	29
	– Discurso . . . . .	6	27
	– Pedro Albizu Campos: héroe y mártir de la libertad de Puerto Rico . . . . .	6	45
	– El buen burgués . . . . .	18	61
Sánchez Astudillo, Miguel:	– Cuatro palabras sobre Shakespeare . . . . .	16	5
Sánchez Coronel, René:	– La función del jurista en un país en vías de desarrollo. . . . .	19	6
Sánchez Murillo, Clemente:	– El ocaso de un poeta . . . . .	5	41
Sandoval, Orlando:	– Marx superado . . . . .	22	71

AUTOR	ARTICULO	No.	Pág.
Samaniego Salazar, Eduardo:	— Estudio de la jurisprudencia en un caso civil . . . . .	13	6
Segundo, Luis P. :	— La política, el cambio social y la Uni- versidad . . . . .	18	147
Solines Coronel, Carlos:	— La realidad estructural y el cambio integral que requiere el Ecuador . . . . .	22	57
Soria, Vicente:	— El delito de falso testimonio y el perjurio. . . . .	11	43
Suárez Morales, Jaime:	— El Pacto de Bogotá . . . . .	6	35
Suárez Morales, Rodrigo:	— ¿Puede cometer delito el Estado? . . . . .	2	9

## T

Tobar Donoso, Julio:	— El sufragio en el Ecuador . . . . .	1	9
	— Las personas eclesiásticas en el Ecuador . . . . .	8	12
	— Derechos y deberes de los patronos y trabajadores del campo . . . . .	9	9
	— Alegato. . . . .	10	68
	— Pío XI y los Concordatos. . . . .	12	34
	— El Dr. N. Clemente Ponce. Homenaje en el Centenario de su nacimiento . . . . .	19	38
Tobar García, Francisco:	— Sangre nueva. . . . .	5	41
	— Universalidad y nacionalismo en la literatura . . . . .	18	133
	— Teatro ( ensayo ) . . . . .	22	109
Tobar Rivadeneira, Luis :	— Las personas jurídicas en el Ecuador . . . . .	11	49
	— El principio de la subsidiaridad. . . . .	17	58
	— Retorno al Régimen de Derecho. . . . .	18	74
	— El proyecto de Constitución política . . . . .	19	24
Torres, Ulpiano:	— De las obligaciones con cláusula penal . . . . .	4	15

AUTOR	ARTICULO	No.	Pág.
Troya Cevallos, Alfonso:	¿Puede el impuesto a las herencias absolver el valor de la asignación? . . . . .	3	22
Trujillo V., Julio César:	Las fuentes del Derecho Ecuatoriano del Trabajo . . . . .	18	34
<b>U</b>			
Uribe, Armando:	— Patrimonio de Bello . . . . .	17	13
<b>V</b>			
Valencia Rodríguez, Luis:	— La fuerza en las relaciones internacionales. . . . .	20	6
Vargas, José María:	— La Universidad de Santo Tomás . . . . .	9	59
	— Ojeada general sobre el arte religioso ecuatoriano . . . . .	11	35
	— La cerámica quiteña . . . . .	18	128
Vasco, José Guillermo:	— El cambio de estructuras . . . . .	20	58
Vela Monsalve, Carlos:	— La terminación del contrato de trabajo . . . . .	10	17
Velasco Espinosa, Juan:	— Moral y derecho: manifestaciones y límites . . . . .	19	63
	— América: realidad y misión de un pueblo . . . . .	20	39
Velasco Espinosa, Pedro:	— Reforma académica en la Facultad de Derecho . . . . .	20	64
Velasco, Raúl:	Tres poemas. . . . .	14	47
Villalva, Alfonso:	— La iglesia se ha transformado en esta década a favor de los pobres. . . . .	22	48
Vizcaino, Arturo:	Recursos y consultas . . . . .	15	95

## W

- Wray, Alberto: -- La iglesia y los problemas económicos  
sociales . . . . . 19 73

## Z

- Zambrano Palacios, Gonzalo: -- Discurso . . . . . 11 69  
-- La prestación de alimentos  
al nuevo Código de Minas . . . . . 22 22
- Zapater Cerdoso, Irving: -- Reforma nacional . . . . . 14 33

COLABORARON EN ESTE NUMERO
<b>DR. ERNESTO ALBAN GOMEZ:</b> Decano de la Facultad de Jurisprudencia. Profesor de Derecho Penal.
<b>DR. JULIO CESAR TRUJILLO:</b> Ex-Vicedecano de la PUCE, ex-Decano de la Facultad de Jurisprudencia. Profesor de Derecho Laboral y Derecho de Integración.
<b>DR. ALFONSO MORALES:</b> Profesor de Práctica Procesal Penal.
<b>DR. JOSE VICENTE TAPIA JARAMILLO:</b> Ex-Decano de la Facultad de Jurisprudencia. Profesor de Derecho Tributario.
<b>EZEQUIEL SAGREDO WILBER:</b> Alumno de la Facultad de Jurisprudencia. Ayudante de cátedra.
<b>DR. JOSE IGNACIO DENOSO VELASCO:</b> Profesor de Derecho Internacional Público.
<b>DR. ALBERTO WILSON GONZALEZ:</b> Profesor de Teoría General del Derecho.
<b>JUAN JOSE PAZ Y WILSON:</b> Alumno de la Facultad de Jurisprudencia.
<b>CARMEN ANDRADA:</b> Alumna de la Facultad de Jurisprudencia.
<b>ERNESTO VASCOZ, MARTHA ESCOBAR:</b> Alumnos de la Facultad de Jurisprudencia.
<b>LCDO. DIEGO ARAUJO SANCHEZ:</b> Profesor de Lenguaje de la Facultad de Jurisprudencia. Presidente de la Asociación de Profesores de la PUCE.

DIRECTORIO DE LA ASOCIACION ESCUELA DE DERECHO	
VICEPRESIDENTE	
Rafael	
SECRETARIO	
Patricio	
BIBLIOTECARIO	
Boris	
REPRESENTANTES DEL CONSEJO DE FACULTAD	
PRINCIPAL	SUPLENTE
Marco Freire	Angela Dueñas
Gonzalo Chiriboga	Fernando Chávez
VOCALES DEL DIRECTORIO	
DEPORTES Y CULTURA	
Javier Jarrín	Roberto Páez
BIENESTAR UNIVERSITARIO	
Gregorio Tello	Tatiana Cordero
REFORMA ACADÉMICA	
Consuelo Mora Bowen	Ana Ponce
PROMOCION POPULAR	
Oswaldo Santos	Brunc Andrade

