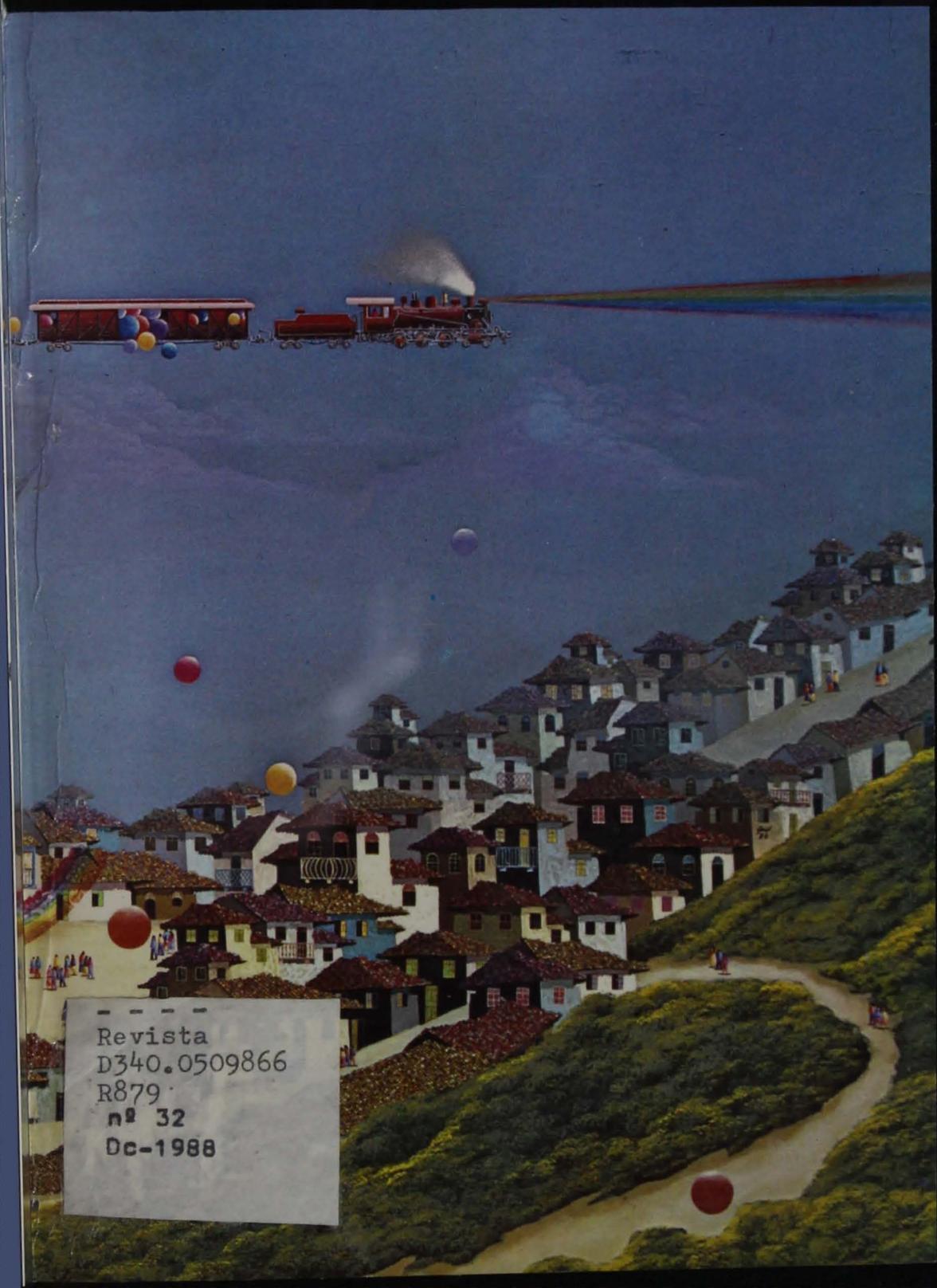


# REVISTA ANUAL DE LA ASOCIACION ESCUELA DE DERECHO



Revista  
D340.0509866  
R879  
nº 32  
Dc-1988





**AGRADECEMOS LA COLABORACION DEL  
CONSORCIO CEPE TEXACO PARA LA  
PUBLICACION DE ESTA REVISTA**

REVISTA ANUAL DE LA  
ASOCIACION ESCUELA DE DERECHO

---

# RUPTURA

---

AÑO XXXIX

NUMERO: 32

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL ECUADOR

QUITO, ECUADOR  
1988

# **RUPTURA**

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

Año XXXIX Número: 32  
diciembre 1988  
Registro SENAC: S.P.I. 401

**DIRECTOR:**  
Fabián A. Escalante A.

**CONSEJO EDITORIAL:**  
Juan Carlos González  
Cecilia Prado

**ASOCIACION ESCUELA DE DERECHO**  
Av. 12 de Octubre y Carrión  
Apdo. Postal 2184  
Quito, Ecuador

Los artículos no necesariamente  
responden al pensamiento de la A.E.D.

Pueden reproducirse los artículos citando la fuente  
Aceptamos canje

Diseño Gráfico: Taller de Diseño Gráfico  
Edwin Navarrete  
Impresión: Imprenta Cotopaxi - Tasky Editora

100389

# INDICE

<b>PRESENTACION</b>	5
<b>DISCURSOS</b>	
Discurso de campaña para la presidencia de la A.E.D. <i>Roberto Troya Villacorta</i>	9
Discurso de posesión <i>Roberto Troya Villacorta</i> <i>Presidente de la A.E.D. 1987 - 1988</i>	11
Discurso por los 40 años de la A.E.D. <i>Roberto Troya Villacorta, presidente de la A.E.D.</i>	15
Discurso de clausura del Seminario sobre Política Internacional organizado por la A.E.D.	17
<b>ESTUDIOS JURIDICOS</b>	
La Constitución quiteña: Un antecedente honroso <i>Hernán Salgado Pesantes</i>	21
Notas sobre la Jurisdicción Legal en lo Civil <i>Alejandro Ponce Martínez</i>	31
El derecho del trabajo <i>Julio César Trujillo</i>	49
La calificación del Contrato Mercantil <i>Tito Cabezas Castillo</i>	63
La acción en el Derecho Procesal Penal <i>Ricardo Vaca Andrade</i>	67
El Peculado: Importancia del tipo <i>Arturo Javier Donoso Castellón</i>	77
El estudio del derecho romano en la universidad quiteña del siglo XVIII <i>Alberto Wray Espinosa</i>	85
Principios de Derecho Tributario <i>Oswaldo Torres González</i>	93
El Derecho Internacional Tributario <i>José Vicente Troya Jaramillo</i>	101
El multilateralismo: No Alineamiento Tercer Mundo <i>Manuel de Guzmán Polanco</i>	155

Ideas constitucionales del Libertador Simón Bolívar y sus antecedentes del Derecho Romano <i>José Meythaler Baquero</i>	165
El control constitucional de la Política Cambiaria <i>Fabián A. Escalante A.</i>	171
Algunas consideraciones sobre el nuevo Derecho del Ambiente <i>Mónica Silva Naranjo</i>	179
Aproximación a la hermeneútica jurídica <i>Angel Lobato Bustos</i>	185
El derecho en la sociedad salvaje <i>Benjamín Pineda Cordero</i>	203
Perfil criminológico del reo de asesinato Jaime Enrique Heredia Páez "El Greco" <i>Marco Vargas Zuñiga</i>	215
El abolicionismo penal: Una invitación a reflexionar <i>René Larenas L.</i>	225
114 años del penal García Moreno <i>Eduardo Espinosa M.</i>	233

## SECCION LITERARIA

### CUENTO

Cómo cortarse las venas con una galleta Melodrama absurdo <i>Juan Fernando Jervis</i>	239
La fuerza de los deseos <i>Javier Jiménez Mosquera</i>	247
El humano retoño del ébano <i>Patricio Carpio Mendieta</i>	255

### POESIA

Contactos en blanco y negro (conmigo, con vos, con papá) <i>Silvia del Pilar Guachamín</i>	261
Zoológico negro <i>Iván Narváez Quiñonez</i>	265
Ladesnuda geografía de la noche <i>Patricio Carpio Mendieta</i>	277

## ACTIVIDADES ESTUDIANTILES

Informe de actividades de la Asociación Escuela de Derecho 1987-1988	285
---	-----

## PRESENTACION

*Hoy, a comienzos de una nueva década, quienes nos hemos inclinado por la rama del Derecho, asistimos de un modo casi inevitable a su más honda crisis.*

*Los problemas que han surgido son muchos y variados, la mayoría no poco difíciles de resolver y todos indiscutiblemente importantes.*

*En primer lugar, no se ha gestado un proceso de formación de la ley que resulte eficaz, bien por trabas de orden político, bien por desconocimiento de la realidad jurídica, hecho que dificulta la búsqueda de soluciones y la adopción de correctivos vitales, necesarios para la indispensable correspondencia que debe existir entre el plano formal y el plano real.*

*De otro lado, la administración de justicia ha sido cuestionable y deficiente. Actos procesales como: la citación, el traslado de notificaciones, la sentencia, el cumplimiento de términos legales, parecen ser métodos que han quedado obsoletos ya que nadie o muy pocos acatan, aunque paralelamente su tramitación no ha dejado de ser un próspero negocio alimentando la corruptela administrativa difícil de erradicar y de probar. Consecuentemente está desapareciendo el respeto a la aplicación formal de las leyes de procedimiento en detrimento de los valores supremos que inspira la Justicia.*

*Cabe también destacar la tendencia teorizante de la enseñanza del Derecho, el carácter poco práctico que se le otorga, factor que incide en el*

*nivel de investigación jurídica el cual casi es inexistente, la falta de una conciencia crítica, aspectos que ponen en evidencia el escaso aporte científico que la Universidad entrega a la Sociedad y que contribuye al anquilosamiento de nuestro sistema jurídico.*

*De un análisis de lo anotado podemos sentirnos desconcertados o impotentes, la razón es clara, lo poco o mucho que individualmente busquemos hacer carece del más mínimo valor y no sirve absolutamente de nada, ni siquiera para reprender a quienes están acostumbrados a usufructuar del caos.*

*La justicia se aleja, la desesperanza aumenta y la credibilidad se agota.*

*Lo anotado nos obliga a pensar en la necesidad urgente de revisar nuestro ordenamiento jurídico, encontrar sus fallas y defectos, estudiarlos y adaptarlos a la realidad sin que por ello perdamos de vista los cambios del mañana. Una actitud que suponga el esfuerzo compartido de todos es el único camino que nos permitirá cumplir esta delicada misión.*

*Que esta breve reflexión que hoy inspira la presentación de la Revista Ruptura constituya el estímulo para que las nuevas generaciones de abogados encuentren en la investigación el único medio para acortar la terrible brecha que en la actualidad existe entre nuestro ordenamiento jurídico y el concepto de justicia.*

*Fabián A. Escalante A..*

**DISCURSOS**



## **DISCURSO DE CAMPAÑA PARA LA PRESIDENCIA DE LA A.E.D.**

*COMPAÑEROS Y AMIGOS TODOS:*

**T**odas nuestras necesidades o aquellas que puedan satisfacer modestos réditos, son simplemente imaginarias; y es que la necesidad de encontrar definiciones, ha llevado al hombre a buscar en que espacio debe permanecer para poder proyectarse con soluciones concretas a los problemas que le rodean. En la Universidad, nos hemos encontrado y de manera preferente, frente al compromiso de decidir si es que lo que nos rodea interna y externamente, merece nuestra atención o simplemente la inercia. La respuesta para mí siempre fue una: hay que luchar y trabajar por lo que creemos.

Mi intervención en la vida política universitaria ha significado, el poder concretar un canal adecuado de expresión, para los más diversos planteamientos y fundamentalmente aquellos orientados a alcanzar mayores niveles de desarrollo y progreso para los universitarios. En este orden de cosas, el compromiso adquirido, ha implicado el tener que buscar respuestas universitarias, comprometidas profundamente, pero separadas de injerencias externas que entorpecen y desvirtúan el carácter autónomo, por el que debemos luchar y que debe mantener la actividad política estudiantil universitaria.

Mi presencia como candidato a Presidente de la A.E.D. por Transformación Universitaria, quiere y tiene por objeto, el buscar la integración y unidad permanentes, de amplios sectores democráticos que componen el conglomerado de estudiantes de la Facultad, posibilitando la más amplia participación de los estudiantes en la discusión y ejecución de los proyectos que nos son comunes, y que se encuentran sintetizados en un concreto y efectivo plan de trabajo, que lo pongo a nombre mío y de Transformación Universitaria, a vuestra consideración.

Como ustedes se darán inmediatamente cuenta, buscamos superar la educación meramente profesionalizante, difundiendo la cultura, la ciencia y la tecnología, mediante la docencia, la investigación y especialmente mediante la extensión social y universitaria. La Educación Integral, en este sentido, tiene que ser un ideal universitario permanente.

No podemos permitir a futuro, que nuestra facultad de Jurisprudencia, sea una isla de la opinión y de la acción; hay que estudiar la realidad nacional con rigor científico, para encontrar soluciones jurídicas a sus problemas. Solo así podremos decir, que la nuestra, es una Universidad comprometida.

Creemos que el Derecho debe ser medio eficaz, puesto en servicio de la sociedad, para llegar a una verdadera justicia social; en ese sentido debe ser el abogado quien lo canalice, convirtiéndolo en herramienta útil para todas las transformaciones que necesitamos. El abogado por tanto, debe ser un profesional que también debe proyectarse a la sociedad y a su problemática.

Compañeros:

El futuro de esta facultad tiene varios nombres:

Para el débil, es lo imposible;

para el apocado, es lo desconocido;

para el reflexivo y el valiente, es el ideal.

Los universitarios somos la respuesta de hoy,

y somos la respuesta del futuro.

Hacia ese futuro vamos y ése es el que aspiramos.

Durante los próximos días, meses y años, obremos en forma tal, que todos podamos decir que aquí y en este momento, ha terminado la palabrería para dar paso a la acción.

**Roberto Troya Villacorta**

## DISCURSO DE POSESION

**D**esde el momento en que ingresé a la Facultad de Jurisprudencia, para recorrer el duro pero enriquecedor camino del Derecho, me dí cuenta que el ser estudiante universitario, a más de entrega y dedicación al estudio, requería de superación y servicio a los estudiantes.

Es así como involucrándome en el movimiento estudiantil de la Facultad, he buscado siempre, hacer de mis experiencias, una base sólida que sirva de soporte y sustento tanto de ideas como de actuaciones.

He permanecido, a los largo de mi vida universitaria, vinculado a la lucha estudiantil, en aras de buscar siempre que la posición de los estudiantes críticos, se conjugue directamente con los ideales de perfeccionamiento académico, de una compenetración y concientización social y sobre todo de querer siempre una Facultad de Derecho fuerte y consciente, independiente y liberadora de atavismos, productora de sujetos sociales útiles y prácticos, que al asumir el día de mañana el trabajo creador, lo hagan con un solo fin: el Beneficio Común.

En esta oportunidad, concretamente se me ha planteado el reto de servir directamente a la Facultad como representante de todos los estudiantes de Derecho; reto que lo asumo y lo asumimos como un compromiso constante frente a quienes en forma absolutamente mayoritaria, han expresado en las urnas su inclinación por las tesis y planes esgrimidos por Transformación Universitaria en la campaña política que pasó, como por las actuaciones demostradas por este grupo en el transcurso de la administración saliente, que tan acertadamente ha dirigido el compañero Juan Chávez Pareja y por quien pido un voto de aplauso por la labor desplegada...

Es evidente entonces, que el electorado de Jurisprudencia ha demostrado un alto grado de madurez política, el mismo que se ha identificado plenamente con los ideales de representatividad y servicio, no oportunista como se lo pretendió tildar, pero sí oportuno como efectivamente ha aparecido; madurez política que ha impli-

cado también, participación activa y comprometida de los universitarios frente a los problemas estudiantiles, de la facultad y de la sociedad en general. En fin, el resultado abrumador de estas elecciones, definitivamente no responde a aspectos meramente coyunturales, sino mas bien a un proceso vigente, fruto de la historia política en la Facultad que en última instancia no ha sido sino una serie de luchas y esfuerzos por definir lo que es un estudiante de Jurisprudencia, lo que debe ser un universitario...

Nuestra posición es clara, franca y abierta, y este proceso que hoy ha desembocado en la elección de una nueva directiva para la A.E.D., ha de recibir una constante afluencia de todas las corrientes de pensamiento, cuya finalidad sea vigorizarlo, nutrirlo, actualizarlo y proyectarlo crítica y objetivamente a una sociedad cuyos problemas parecen reproducirse geoméricamente, mientras sus soluciones apenas se producen.

Por eso estamos conscientes que la Universidad Católica tiene que ser un foco iluminador de lo que es el hombre, y para qué vale ese hombre, cuáles son sus deberes y obligaciones, cuáles son sus derechos, pero siempre con el profundo anhelo de que impere la justicia a través del Derecho. Como estudiantes de Leyes, tenemos que comprender que el Derecho y su espectro de acción es esencialmente benéfico y civilizador:

- El Derecho arregla las innumerables relaciones de los individuos entre sí;
- Dispone de la manera como se ha de constituir la familia;
- Vela por la posteridad desde antes del nacimiento;
- Ampara al huérfano, al débil y al pobre;
- Interpreta la voluntad del moribundo aún sin que éste se haya manifestado;
- Cuida del recto y justo cumplimiento de los contratos y de las obligaciones que se contraen;
- Es tutor nato de todos y cada uno de los individuos de la sociedad para defender sus derechos que como humano le corresponden;
- Castiga a los delincuentes para conservar la tranquilidad y orden públicos;
- Determina a los Poderes del Estado el límite del cual no les es lícito pasar, para que llenen sus elevados fines y no empuñen la vara de la tiranía o del despotismo;

En fin es un conjunto de reglas y de normas que orientan la conducta del hombre en la sociedad.

Ay! de nosotros si es que siendo los más íntimamente vinculados al Derecho, no lo dinamizamos y lo sacamos de su estática, pues al Derecho lo debemos canalizar para que se convierta en el instrumento idóneo para un verdadero progreso y para una verdadera justicia social.

La Facultad por esto, debe ser científica, pero también comprometida, centro de actividad intelectual del hombre, cuya protección debe estar investida de

universalidad de ideas en cuanto a su fundamento y de objetividad de criterios en cuanto a su accionar, de esta manera y solo así, podremos decir que nuestra Facultad y más aún, nuestra Universidad como expresión de la conciencia humana, quiere ver claro, quiere entender y atender todo lo que le preocupa, todo lo que le angustia, todo lo que le rodea...

Ante la Facultad de Jurisprudencia, hemos planteado la imperante decisión de trabajar, basados y amparados en principios que respondan a realidades; es por esto que ahora:

Autoridades, Maestros, Compañeros y Compañeras de todas las tendencias y posiciones, Amigos todos: Os convoco abierta y desinteresadamente, para que en este año, caminemos juntos, paso a paso, unidos hombro con hombro, empuñando una y única bandera que enarbolada represente el espíritu de superación de nuestra Facultad de Derecho.

La grandeza de nuestra facultad, la grandeza de nuestra Universidad, se dará únicamente por la grandeza de quienes la conformamos.

**ROBERTO TROYA VILLACORTA**  
**PRESIDENTE A.E.D.**  
**1987-1988**



## DISCURSO POR LOS 40 AÑOS DE LA A.E.D.

*H*ablar de 40 años, dentro de lo que ha sido el devenir del movimiento estudiantil en la Facultad de Derecho—como hemos visto en las muy versadas exposiciones que me precedieron—, es hablar de historia, es hablar de luchas, sacrificios y entrega, es hablar de compromisos y de logros.

El sentimiento que nos ha embargado a todos quienes conformamos la actual directiva de la AED, desde el momento mismo que empezamos a organizar la presente semana conmemorativa y particularmente esta pionera reunión de la dirigencia estudiantil, ha sido uno cargado de especial emotividad: El encontrarnos reunidos aquí, en el Aula Julio Tobar Donoso, la gran mayoría de Ex Presidentes de la AED, como pocas veces en cuatro décadas, significa que en primera y última instancia que las posturas que hemos adoptado frente al movimiento estudiantil se conjugan en la unidad y el compromiso.

Me atrevería a decir que con respecto a la Facultad, se ha enarbolado una sola bandera, un solo estandarte, cuyo flameo nos demuestra esta noche, que la presente conmemoración ha penetrado todas las fronteras, demostrándonos con esto nuestra unívoca vocación de buscar mejores días para nuestros semejantes, sin que nos quepa la menor duda de la necesidad de trascender y encontramos en lo humano que es fundamento de nuestra condición de universitarios.

Permítanme que me refiera a ustedes, como cuando recuerdo a mis padres, ya que de muchas maneras todo lo que es la actual AED y mucho de lo que es la Facultad, es la síntesis de una dialéctica, transformadora y vital, que ustedes marcaron en cada una de sus Asociaciones y en cada una de sus épocas. Ese legado que no solamente es irrepudiable, tiene que ser acrecentado por nosotros diariamente a través del compromiso para que el día de mañana, luces más claras sean las que iluminen a esta Facultad. No pienso que mis palabras esta noche deban incluir un relato de las labores realizadas durante estos últimos tiempos ya que creo que las obras se ven,

se sienten y se comentan, por eso me referiré a cuales han sido los derroteros, cuales han sido los ideales que nos han guiado al enrumbar nuestras actividades. En efecto, hemos partido concibiendo a la Facultad de Jurisprudencia como el foco iluminador de lo que debe ser el hombre, para qué vale, cuáles son sus deberes y obligaciones, cuáles son sus derechos; pero siempre con el profundo anhelo de dinamizar y sacar al Derecho de su estática para lograr un verdadero progreso y una verdadera justicia social.

Creemos en la necesidad de estudiar la realidad nacional con rigor científico pero con criterio social, ya que también hemos comprendido que nuestra Universidad, nuestra Facultad, desea ver claro al comprender que a más de científica, debe ser comprometida con el prójimo; que a más de entender la realidad, debe atenderla con respuestas concretas; que para proyectarse interna o externamente, debe hacerlo investida de una universalidad de ideas en cuanto a su fundamento, pero en objetividad de criterios en cuanto a su accionar.

Solo así y de esta manera podrá desecharse la idea de que la Facultad y la Universidad son una isla del pensamiento y de la acción.

Compañeros y amigos todos: antes de concluir, quiero convocarlos, ahora y siempre para que nos brinden nuevamente el valioso aporte de su madurez, de su talento y de su experiencia para poder nosotros aprender a ser mejores. Como ya lo he dicho: La grandeza de nuestra Facultad, la grandeza de la U. se dará únicamente por la grandeza de quienes la conforman.

**Roberto Troya Villacorta**

**PRESIDENTE A.E.D.**

## **DISCURSO DE CLAUSURA DEL SEMINARIO SOBRE POLITICA INTERNACIONAL ORGANIZADO POR LA A.E.D.**

La imperante necesidad de contribuir en la elevación del nivel académico de la Universidad, especialmente el de la Facultad de Jurisprudencia, nos llevó a promover y cristalizar la idea de sacar adelante y presentar un Seminario, cuya temática tratara aspectos y matices de lo que para el Ecuador y el mundo, constituye una política y un Derecho Internacional.

Concretar un nivel de panelistas como el que hemos tenido, que al abordar magistralmente los temas propuestos para sus conferencias, no han hecho otra cosa sino orientarnos, enriquecernos y afianzar nuestro velamen; velamen que ahora y con más fuerza, enfila nuestro espíritu hacia los vientos de la paz, la unidad, la cooperación y el desarrollo de los pueblos del mundo, especialmente los latinoamericanos.

El inexorable respeto a lo humano, la necesidad inminente de fortalecer a la comunidad internacional y a sus organismos, la concientización que necesitamos los pueblos, la soberanía, el diálogo, la mesura y objetividad necesarias para desempeñar un cargo diplomático en el servicio exterior, la observancia de las reglas provenientes de los poderes normativos del D.I., la necesidad de que Latinoamérica busque una sociedad de iguales donde exista respeto al pueblo pequeño pero también al grande, donde exista la necesidad de que los pueblos vivan en paz y no en la guerra, donde se destierre de Latinoamérica y del mundo el odio, la amenaza y la lucha internacional.

Estos, entre otros, han sido tópicos tratados por nuestros invitados, y que nos han quedado presentes como marco de referencia e inmersos dentro de lo que constituye nuestra trascendente proyección, que como estudiantes, tenemos en el Derecho Internacional.

No podemos olvidar, que de los universitarios, el mundo siempre ha esperado mucho, porque de ellos siempre han aparecido grandes cosas, sin embargo ahora, cuando los universitarios enfrentamos al mundo para ofrecerle nuestro contingente,

nos encontramos con las tristes huellas de una humanidad cuyo caminar sonámbulo, muchas veces a los jóvenes nos ha conducido a despertar en medio de las más atroces pesadillas.

Pero ni el desconuelo ni el miedo deben tener cabida. Cuando comprendamos que despertar también significa aprender, concientizarnos, estudiar y reaccionar con justicia, descubriremos también la posibilidad de mirar con fe y confianza la claridad de la razón que ve, que profundiza en lo concreto, razón que orienta y complementa.

La organización de eventos como el presente han sido y serán factores académicos eficaces que impidan desviaciones, fomenten el optimismo y el progreso de instituciones y pueblos; y a través de ellos a la humanidad toda.

No quiero dejar clausurado este evento, sin agradecer la gentil y especial colaboración de la Facultad de Jurisprudencia a través de su Decano Dr. Hernán Salgado y especialmente de dos personas sin cuya efectiva y práctica organización y decisión, no hubiésemos podido sacar adelante este importantísimo evento, me refiero al Sr. Arturo Cabrera y al Embajador Horacio Sevilla, para quienes pido un fuerte aplauso.

Quiero agradecer finalmente al público presente y a todos quienes componen el conglomerado universitario, por su interés y presencia en actos que como éste, definitivamente buscan el que nosotros irradiemos el ideal de un Derecho Internacional de Paz y de Cultura por todas las naciones de América y del mundo.

**Roberto Troya Villacorta**

PRESIDENTE DE A.E.D.

# ESTUDIOS JURIDICOS



# La Constitución quiteña: Un antecedente honroso

Hernán Salgado Pesantes

La Constitución Quiteña de 1812 o “Pacto Solemne de Sociedad y Unión entre las Provincias que forman el Estado de Quito” es uno de los antecedentes más valiosos y representativos de lo que será el Constitucionalismo ecuatoriano. Es la primera forma de organización constitucional y el primer intento por instaurar un Estado que se sustentará sobre la base socio-económica y territorial de las provincias de la antigua Audiencia y Presidencia de Quito.

Luego del Primer Grito de Emancipación -10 de Agosto de 1809- y de los posteriores acontecimientos, se formará en Quito una segunda Junta Superior de Gobierno -22 de septiembre de 1810- y convocará a elecciones de Diputados para reunir el Congreso “de los Pueblos Libres de la Presidencia”; elecciones que se realizarán en las ciudades de Quito, Ibarra, Latacunga, Ambato, Riobamba, Guaranda y Alausí.

Instalado el Congreso Constituyente, el 11 de diciembre de 1811, el Obispo-Presidente Cuero y Caicedo plantea la proposición siguiente: o se mantiene la obediencia al Consejo de Regencia y a las Cortes; o, se entiende “reasumido el ejercicio de la soberanía respectiva a las Provincias comprendidas en este Distrito, para proceder, bajo este principio inconcuso, a expedir con toda franqueza y libertad todas las órdenes y providencias relativas al arreglo de la administración pública”, reconociendo sólo la autoridad de Fernando VII una vez libre de Napoleón.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Citado por: Alfredo Ponce Ribadeneira, Quito: 1809-1812, Madrid, 1960, p.100.

Esta última proposición fue aprobada, es decir, se proclama una vez más la independencia: declaración solemne que concentra la soberanía popular en el territorio de la Audiencia y Presidencia de Quito.<sup>2</sup> En este contexto histórico habrá de dictarse el “Pacto Solemne de Sociedad y Unión entre las Provincias que forman el Estado de Quito”.

Al Congreso Constituyente se presentaron tres proyectos de Constitución, elaborados todos por “eclesiásticos de luces”: el proyecto del Dr. Miguel Antonio Rodríguez (catedrático de Teología en la Universidad de Santo Tomás de Aquino y representante del Barrio de San Blas); el del Dr. Calixto Miranda (Maestrescuela de la Catedral y diputado por Ibarra); y, el del Dr. Manual Guisado. El proyecto seleccionado y discutido fue el del Dr. Rodríguez, por su carácter jurídico y su estructura más completa. La Constitución Quiteña fue expedida el 15 de febrero de 1812; empero, dado lo difícil de la coyuntura histórica y de las disensiones entre los propios patriotas, no tendrá sino meses de duración, pues, a fines de dicho año de 1812 se restaura el gobierno español con el general Toribio Montes.

Como suele señalarse, la Constitución Quiteña es un documento breve que contiene un preámbulo y cincuenta y cuatro artículos, dividida en cuatro secciones: 1) Del Estado de Quito y su Representación Nacional; 2) Del Poder Ejecutivo; 3) Del Poder Legislativo; y, 4) Del Poder Judicial.

En el bien elaborado preámbulo trasluce la línea de pensamiento filosófico-político del siglo XVIII, que inspirara las declaraciones de derechos de los Estados Unidos y de la Revolución Francesa; pensamiento tomado bajo una perspectiva cristiana-católica, al influjo de la corriente tomista y de los teólogos españoles del siglo XVI, particularmente de Francisco Suárez. Se comienza invocando el nombre de Dios, punto que será tradicionalmente recogido por el constitucionalismo ecuatoriano, con pocas excepciones. Luego señalase que:

“El Pueblo Soberano del Estado de Quito,...en uso de los imprescriptibles derechos que Dios mismo como autor de la naturaleza ha concedido a los hombres para conservar su libertad... y deseando estrechar más fuertemente los vínculos políticos que han reunido a estas Provincias hasta el día, y dase una nueva forma de gobierno, análoga a su necesidad y circunstancias, en consecuencia de haber reasumido los pueblos... la soberanía que originariamente reside en ellos; persuadidos a que el fin de toda asociación política es la conservación de los derechos del hombre, por medio del establecimiento de una autoridad política que la dirija y gobierne,... por un pacto solemne...sanciona los artículos siguientes, que formarán en los sucesivos la Constitución de este Estado.”

---

<sup>2</sup> Ya el 9 de octubre de 1810, la Junta había declarado que “reasumía sus soberanos derechos y ponía al Reino y Audiencia de Quito fuera de la dependencia de la Capital del Virreinato”. Y dos días más tarde agregó que quedaban “rotos los vínculos que unías a estas Provincias con España...”

En diversos pasajes de este preámbulo se nota la influencia de Rousseau y su “Contrato Social”: se habla de un “pacto solemne de sociedad y unión”; la soberanía reside originariamente en el pueblo y por ello, éste es soberano. La expresión de que “el fin de toda asociación política es la conservación de los derechos del hombre...” reproduce el Artículo II de la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” de la Revolución Francesa.<sup>3</sup>

## Estructuración del Estado en 1812

El Estado de Quito es conformado, según el Artículo 1o., por “las ocho Provincias libres representadas en este Congreso, y unidas indisolublemente”, las cuales no podrán “separarse de él, ni agregarse a otros Estados, ...debiéndose entender lo mismo respecto de las demás Provincias vinculadas políticamente a este Cuerpo luego de que hayan recobrado la libertad civil ...” y que deberán luego ratificar esta Constitución.

De este modo, el nuevo Estado nace con el mismo patrimonio territorial que poseyó, por casi tres siglos, la Real Audiencia y Presidencia de Quito. Esto significa ratificar la unidad política, histórica y geográfica de esta región, donde posteriormente se erigirá el Estado del Ecuador; es, además, la formulación y aplicación del principio del *uti possidetis juris*.

El Artículo 2o. señala que “El Estado de Quito es, y será independiente de otro Estado y Gobierno en cuanto a su administración y economía interior...” El que se proclame la independencia relacionándola con la administración y la economía interna ¿significará que la independencia quedaba circunscrita a estas áreas? En todo caso, la plena independencia -independencia propiamente política- sufre un condicionamiento, pues, en el Artículo 5o. se reconoce por Monarca a Fernando VII, siempre que esté libre para que pueda reinar “sin perjuicio de esta Constitución”.

Consecuencias de esta disposición serían las de conservar la unión con España a través de la persona del Rey y de adoptar para este Estado la forma de gobierno monárquica. Sin embargo, la Constitución Quiteña no se detiene a precisar las funciones y competencias específicas del Monarca, ni siquiera lo hace de un modo general; por otra parte, la estructura de Poder que establece se acerca más a un régimen republicano que a uno monárquico de su época.

Tampoco se habla -en el texto constitucional- de que el Estado de Quito es una Monarquía o algo similar; solamente al final de la Constitución, previo al acto de suscripción del documento, hay una alusión cuando dice: “Dado en el Palacio del Reino de Quito...” En el Artículo 3o., en cambio, se enfatiza: “La forma de Gobierno

---

<sup>3</sup> El Dr. Julio Tobar Donoso afirma que el autor del proyecto aprobado, Dr. Miguel Antonio Rodríguez, publicó la célebre Declaración de Derechos francesa; lo que significa que la conocía y admiraba su contenido. (La Iglesia, Modeladora de la nacionalidad, Quito, Prensa Católica, 1953, p. 269)

del Estado de Quito será siempre popular y representativa.”<sup>4</sup>

En este punto, cabe tener presente que la reiterada protesta de reconocimiento a Fernando VII y la proclamada subordinación al Rey, eran más aparentes que reales, inclusive por la circunstancia de hallarse este Monarca prisionero de Napoleón, siendo incierta su reposición al trono. Este medio, utilizado por los primeros movimientos separatistas de nuestra América, constituyó una manera de encubrir los verdaderos propósitos de libertad e independencia.

El Dr. Pio Jaramillo Alvarado en un acucioso análisis sobre la guerra de la independencia de Quito, señala que:

*Aquello de la adhesión al Rey que se decla en las Actas, no era sino la manera como se ejecutaba el designio reivindicador de los derechos populares, pues los siglos de servidumbre no permitan lanzarse francamente contra el Rey, sin peligro de encontrar resistencia en la propia conciencia popular, casi siempre contraria a la causa que es suya.*<sup>5</sup>

Y, respecto al Artículo 5o. de la Constitución Quiteña, expresa el citado autor que: “el nombre del bien amado Fernando VII, ya no es ni una máscara política, sino simplemente un recuerdo y una adhesión condicional, la que se mantiene por pura fórmula.”<sup>6</sup>

Sea cual fuere la razón de este reconocimiento al rey Fernando VII, este hecho se interpreta como el triunfo de las tendencias monarquistas sobre las republicanas y que sumándose a otros puntos de conflicto escindirían aún más la vanguardia de los patriotas, divididos en montufaristas y sanchistas, facilitando la restauración del orden colonial.

En materia de religión, la Ley Fundamental de 1812, señala a la católica como única religión del Estado, manteniendo la antigua tradición hispánica que lleva al Estado a reconocer y hacer suya la religión católica; que por otro lado, nadie la combatía ni se declaraba contrario. Tradición que continuará en el constitucionalismo ecuatoriano hasta que las Cartas liberales de 1897 y de 1906 secularizarán al Estado, proclamándose la libertad de cultos. Indudablemente, los tiempos eran otros y exigían esa norma de pluralidad y de tolerancia en materia de religión.

Dispónese que las leyes españolas existentes “que no se opongan a la libertad, y derechos de este Pueblo y su Constitución” mantendrán su vigencia, hasta que la Legislatura las reforme. (Art. 6o.). Se proclama la clásica separación de los tres Po-

---

<sup>4</sup> En la fórmula de juramento a la Constitución hay otra alusión: “Juran reconocer la legítima representación y autoridad de todas las Provincias libres que actualmente constituyen el Reino de Quito...?”

<sup>5</sup> La Presidencia de Quito, Memoria histórico-jurídica de los orígenes de la Nacionalidad Ecuatoriana y de su defensa territorial. Quito, Ed. “El Comercio”, 1938, p. 157.

<sup>6</sup> idem. p. 180

deres del Estado (Art. 8o.); pero, además de éstos, se establece un Supremo Congreso (separado del Poder Legislativo).

El Supremo Congreso está integrado por los Diputados representantes de las Provincias libres; a cada una de ellas le corresponde elegir un diputado, excepto a la provincia de Quito que por su mayor población elige dos; debe también designarse a los respectivos suplentes. Se trata, pues, de un órgano integrado en base del sufragio, el único en el Estado; los otros órganos de los tres clásicos Poderes son nombrados por este Supremo Congreso, según las normas que luego veremos.

El Supremo Congreso se renueva cada dos años, siendo este lapso el de la duración del mandato de los Diputados representantes y también el tiempo que duran en sus cargos todos los demás funcionarios, incluso el Presidente del Estado. No se admite la reelección sino pasados “dos turnos” o períodos; salvo cuando el Supremo Congreso por unanimidad vuelve a designar al mismo funcionario para el mismo cargo, para una segunda reelección deberá pasar un período. Estos aspectos traducen el deseo de mantener el principio de la alternabilidad.

El Supremo Congreso actúa a intervalos: se reúne al comenzar el bienio para nombrar al Presidente del Estado y a los demás funcionarios “de la Representación Nacional” (del Ejecutivo, Legislativo y Judicial); y, para abrir y concluir el juicio de residencia a que tradicionalmente -desde la Colonia- estaban sujetos todos quines terminaban sus funciones. Al respecto, el Artículo 11 determina que el Supremo Congreso corregirá “los abusos, e infracciones de la Constitución,” y darán “las providencias que interesen a la salud y utilidad común del Estado.”

Luego, al finalizar el bienio -por el mes de noviembre- el Supremo Congreso se reúne para anunciar la terminación de funciones y señalar el día en que habrán de elegirse los nuevos Diputados de cada provincia, (los electos deben estar en la Capital antes del primero de enero); se dispone también que se reunirá cada vez que lo exija la necesidad pública y fuere convocado por el Presidente del Estado o por el Legislativo.

Las importantes atribuciones del Supremo Congreso quedan sintetizadas - de modo general- en el Artículo 10 que establece:

*... será el Tribunal de Censura y vigilancia para la guarda de esta Constitución, protección y defensa de los derechos del Pueblo, enmienda y castigo de los defectos en que resultaren culpables los miembros del Poder Ejecutivo y Judicial al tiempo de su residencia.*

En cuanto a los tres clásicos Poderes, cuyos miembros -se dijo- son nombrados por el Supremo Congreso y duran dos años, están regulados de la siguiente manera.

**El Poder Ejecutivo:** se ejerce por el Presidente del Estado, por tres Asistentes y por dos Secretarios con voto informativo; los cuatro primeros responsables solidariamente, responsabilidad que se establece mediante el juicio de residencia. La

responsabilidad solidaria implica que las decisiones deen ser toamdas en conjunto, por ellos se dispone que en caso de deacuerdo entre el Presidente del Estado y los tres Asistentes, intervenga el Poder Legislativo a través de su Presidente de turno para dirimir el asunto: aspecto que atenúa la separación de Poderes.

En esta Constitución, el Presidente del Estado dista mucho de ser lo que es el Jefe del Estado en un sistema presidencial, que acumula en su alta investidura todo el poder de decisión política que corresponde al Ejecutivo y cuyos Ministros no son más que simples consejeros o asesores. Tampoco se toma la estructura del régimen parlamentario. En todo caso, el Ejecutivo aparece como un órgano colegiado o plural, al igual que los otros Poderes del Estado.

En materia de atribuciones, la Constitución Quiteña otorga unas al Presidente del Estado y las de mayor complejidad, al Ejecutivo (entendiéndose por tal al Presidente y a los tres Asistentes). Para cuestiones de protocolo se da al Presidente del Estado el primer lugar, siguiendo en su respectivo orden: los Diputados del Supremo Congreso, los tres Asistentes, los miembros de la Legislatura y, por último, los de la Corte de Justicia.<sup>7</sup>

Como atribuciones del Ejecutivo señálanse: las de cumplir y ejecutar la Constitución y las leyes; desempeñar el gobierno económico en todos los ramos de la administración pública, igual en lo que atañe a la Hacienda y a la Guerra, protegiendo la industria, la educación y a todos los establecimientos orientados a la prosperidad pública; proveer empleos a propuesta de quienes deben hacerlo; velar por la recaudación, custodia y mejora del Tesoro Nacional y su inversión (cuyos datos serán de conocimiento público en las provincias mediante un informe anual). El Ejecutivo puede suspender la promulgación de la ley, explicando las razones, dentro del término de ocho días (lo que no se establece es cómo se procede en esta caso de objeción de la ley y qué efectos tiene); además, puede proponer a la Legislatura todo aquello que considere importante.

Entre las facultades del Presidente del Estado consta la de ser “el Comandante General de toda la fuerza armada”, pero para “hacer leva de gente”, reunir tropas o trasladar los destacamentos o milicias debe tener el consentimiento de los Poderes Legislativo y Ejecutivo (Art. 27). Puede convocar a sesiones extraordinarias al Supremo Congreso y a los Poderes Legislativo y Judicial, presidiéndolos sin voto. Además, velará para que el Legislativo y el Judicial “cumplan y desempeñen todo el encargo de su representación”. (Art. 29).

**El Poder Legislativo:** que no debe confundirse con el Supremo Congreso se ejerce por un Consejo o Senado, es decir, tiene una organización unicameral.<sup>8</sup> Sesiona or-

<sup>7</sup> En materia de remuneraciones, la más alta suma corresponde al Presidente del Estado. (cuatro mil pesos anuales)

<sup>8</sup> El vocablo “Consejo o Senado” se lo utiliza una sola vez en el artículo 9; corrientemente se emplea “Poder Legislativo”, “Legislatura”, “Sala” o “Cuerpo”; estos dos últimos términos también se utilizan para los otros poderes del Estado.

dinariamente tres días en cada semana, por tres horas, y extraordinariamente cuando es convocado por el Presidente del Estado, sea por iniciativa propia de éste o a petición del Poder Judicial o de las Municipalidades (punto que revela la importancia que siempre tuvieron estas últimas).

Para conformar este órgano el Supremo Congreso nombra “tantos miembros, cuantas son las Provincias Constituyentes por ahora, y mientras calculada su población resultan los que corresponden a cada cincuenta mil habitantes.” (Art. 9). La Presidencia del Legislativo, en las sesiones ordinarias, la ejercen sus miembros por turno durante una semana.

Al legislativo le corresponde: dictar leyes, reformarlas e interpretarlas de modo exclusivo (“la corrección y enmienda -dice el Art. 34- de las Leyes perjudiciales a nuestra libertad y derechos, y la formación de otras análogas a la situación y circunstancias presentes...”); es atribución privativa decidir sobre “tasas, contribuciones y derechos que deban exigirse... con atención a las necesidades del Estado y a la posibilidad de los Contribuyentes.”(Art. 35); debe elaborar reglamentos en lo político, económico y militar; “reformar la práctica de los Juicios Civiles y Criminales en todos los Tribunales del Estado”, (Art. 34).

Por otro lado, el Legislativo debe determinar los sueldos y pensiones de empleados y funcionarios públicos; puede convocar al Supremo Congreso en el caso de que el Ejecutivo, a pesar de ser requerido, no lo hiciera; y, de no reunirse prontamente dicho Congreso puede el Legislativo tomar las providencias que crea del caso, quedando responsable el Ejecutivo.

**La formación de las Leyes:** está normada en los Artículos 38 al 42, dentro de la Sección correspondiente al Poder Legislativo, cuyos miembros tienen la iniciativa para presentar proyectos de ley o reglamentos, entendiéndose que lo tiene también el Ejecutivo (en virtud del Artículo 30). De aceptar la Legislatura el proyecto, se lo discutirá por dos ocasiones. Las discusiones son públicas, so pena de nulidad y debe cumplirse el siguiente procedimiento: previamente se anuncia la discusión mandando a fijar en lugar público una copia del o de los proyectos de ley o de las reformas propuestas; y, después de tres días, por lo menos, se realiza la primera discusión, dicho lapso permitirá que quienes quieran hacer observaciones, las hagan a través del Secretario.

También se mandará copia a las representaciones de las provincias para que “expongan su dictamen” (Art. 40); con la contestación de todos se efectúa la segunda discusión, previniendo de antemano al público para que pueda manifestar su criterio. Este afán por dar publicidad previa a los proyectos de ley y de permitir la intervención crítica de cuantos quieran hacerlo, constituye un hecho democrático de alto contenido cívico.

Si no hay “razón positiva que se oponga” (Art. 41), la ley o la reforma se aprueba con el voto de todos los miembros de la Legislatura -por unanimidad-; luego,

dentro del tercer día, pasa al Ejecutivo quien dentro de ocho días debe publicarla o fundamentar su oposición. Decíamos que en este caso de objeción de una ley por el Ejecutivo, la Constitución de 1812 no señala si el Legislativo puede insistir o no ante el Ejecutivo para su aprobación y cuál el procedimiento a seguirse.

Lo que se establece es que, la ley una vez sancionada y publicada sólo puede ser reformada o derogada por la siguiente Legislatura; mientras tanto es posible suspender su ejecución, siempre que los tres clásicos Poderes estuvieren de acuerdo. (Art. 42).

**El Poder Judicial:** se ejerce por la alta Corte de Justicia, integrada por cinco Magistrados designados por el Supremo Congreso: cuatro jueces y un fiscal, los primeros se turnarán en la Presidencia de la Sala cada tres meses. A este órgano se lo considera parte de “la Representación Nacional”, no así a los “Tribunales inferiores de primera instancia, los de los Corregidores, Alcaldes ordinarios, Jueces de Policía, y los Pedáneos...” (Art. 46).<sup>9</sup>

Aunque la Sección Cuarta del texto constitucional lleva como subtítulo “Del Poder Judicial”, son pocas las disposiciones relativas a la tercera Función del Estado; allí más bien se dan normas generales para los demás órganos. Al respecto, en el constitucionalismo ecuatoriano -al igual que en otros- las disposiciones sobre el Poder Judicial o Jurisdiccional siempre se caracterizaron por ser pocas y breves, prefiriéndose dejar su regulación a la Ley respectiva.<sup>10</sup>

A todos los miembros de la “Representación Nacional” (de los tres Poderes y del Supremo Congreso) se les otorga el privilegio de la inmunidad para garantizar el ejercicio de sus funciones; durante este tiempo no pueden ser privados de su libertad y posteriormente no serán perseguidos “por las opiniones y dictámenes que se haya expuesto en el tiempo de su representación.” (Art. 51).

Esta Constitución omite señalar cuales son los requisitos para ser ciudadano y poder, en consecuencia, ejercer el sufragio. En cambio, están enumerados quienes no pueden ser designados al Supremo Congreso y a los tres Poderes del Estado:

“Los sospechosos en materia de Religión, los enemigos de la causa común, los neutrales, mientras no se decidan por hechos positivos, los deudores del Fisco, los que no son naturales de estos países, ni tienen carta de naturaleza librada por alguno de los Gobiernos libres de América, los menores de veinticinco años, y todos lo demás comprendidos en la exclusión de las leyes...” (Art. 16).

Se busca garantizar la pureza del sufragio, disponiendo sanciones para aquellos que atenten de alguna manera contra la libertad electoral.

---

<sup>9</sup> Pedáneos eran los jueces subalternos que juzgaban de pie, sin tribunal, las causas leves.

<sup>10</sup> Las últimas Constituciones contendrán mayores normas, especialmente la de 1967. La antedicha brevedad, débese también a que siendo el Legislativo y el Ejecutivo funciones eminentemente políticas retienen más la atención del legislador constitucional.

En cuanto a los **derechos y garantías fundamentales**, éstos son consagrados en sus principales aspectos y de un modo general, sin entrar a puntualizarlos. Transcribimos el Artículo 20 que es el que los contiene:

“El Gobierno del Estado se obliga a todos los habitantes de él y les asegura que serán inviolables sus derechos, su religión, sus propiedades, y su libertad natural y civil; y en consecuencia declara que todo vecino y habitante en él de cualquier estado o condición, y calidad que sea, puede libre y francamente exponer sus sentimientos, y sus dictámenes por escrito, o de palabra, no siendo en materia de religión, o contra las buenas costumbres, y levantar sus quejas y representaciones al Gobierno, guardando sólo la moderación que es necesaria apra la conservación del buen orden”.



# Notas sobre la jurisdicción legal en lo Civil

Alejandro Ponce Martínez

## 1. Jurisdicción ordinaria y especial

**E**l Art. 3 de la LOFJ divide a la jurisdicción en legal y convencional. La jurisdicción legal, según el Art. 3 del CPC es lo que nace exclusivamente de la Ley, la convencional es la que nace de la convención en los casos permitidos por la Ley. La jurisdicción legal se divide en ordinaria y especial.

Es jurisdicción ordinaria aquella que se ejerce sobre todas las personas y cosas sujetas al fuero común; en cambio, es especial aquella que se halla limitada al conocimiento de cierta especie de asuntos o de cierta clase de personas.

Según el mismo Art. 3 de la LOFJ, ejercen jurisdicción ordinaria o como expresamente dice la norma, son jueces ordinarios los ministros de la Corte Suprema y de las Cortes Superiores, los jueces de lo penal y de lo civil.

Ejercen jurisdicción especial los jueces del trabajo, de inquilinato, de tránsito, los que ejercen jurisdicción coactiva, los de policía y los demás establecidos por leyes especiales.

Esta división y enumeración de la Ley, no es empero, cierta ni exacta, ni se somete, con rigor científico, a los conceptos de jurisdicciones ordinaria y especial constantes, el primero, en el Art. 3 del CPC, y el segundo, confundido, erróneamente, con el de jurisdicción privativa en el mismo texto.

En efecto, si jurisdicción ordinaria es la que se ejerce sobre todas las personas y cosas sujetas al fuero común, es evidente que sólo el juez de lo civil ejerce jurisdicción ordinaria, puesto que a él le están sometidos, en primera o única instancia, “los asuntos contenciosos y de jurisdicción voluntaria cuyo conocimiento no esté atribuido a otra autoridad” (Art. 71 LOFJ). Al juez de lo civil, por lo tanto, le compete ejercer jurisdicción sobre todas las personas y cosas, salvo que la ley expresamente atribuya a otro juez o tribunal, el conocimiento de determinados asuntos o de causas que interesen a ciertas personas, evento en el cual, los jueces que sobre ellos actúan, lo hacen con jurisdicción especial o, como erróneamente la denomina el CPC, con jurisdicción privativa.

En definitiva, en estricto rigor científico, sólo el juez de lo civil ejerce jurisdicción ordinaria<sup>1</sup>

Esta calidad de juez ordinario que, por excelencia, tiene el juez de lo civil le permite conocer y resolver todas las cuestiones civiles y comerciales y de cualquier otra índole no atribuida expresamente a otro juez. Esta realidad jurídica es, en veces, olvidada por abogados y los propios jueces. La decadencia del conocimiento jurídico ha llegado a extremos tales que se pretenden desconocer principios básicos.

Frente al juez de lo civil, todos los demás jueces y tribunales ejercen jurisdicción especial.

Los jueces de lo penal, en cambio, actualmente no son ni aún jueces ordinarios en materia penal, puesto que sus facultades sólo comprenden la iniciación y continuación del sumario, la tramitación y decisión de la etapa intermedia y el conocimiento de los procesos que sólo pueden instaurarse en virtud de acusación particular. El auténtico juicio penal (plenario) lo conocen los tribunales penales. La jurisdicción penal se ejerce, pues, actualmente, en cuanto a infracciones comunes, por tres jueces distintos, todos ellos especiales: a) Los jueces de policía y tenientes políticos; b) los jueces de lo penal y c) los tribunales penales.

La calificación, pues, que la LOFJ da a los jueces de lo penal como jueces ordinarios no es exacta ni aún si se les aplicara dicha calificación como jueces ordinarios en materia penal, por cuanto el CPP creó, con acierto, los tribunales penales.

De otra parte, aunque es evidente que los ministros de las Cortes Suprema y Superiores son jueces ordinarios cuando conocen, en virtud de recursos o consultas, las causas originadas en los juzgados de lo civil y ejercen también una “especie” de jurisdicción ordinaria en materia penal cuando conocen, en virtud de recursos, los enjuiciamientos penales, son, ciertamente, jueces especiales en aquellas causas, civiles y penales, que la Ley ha sometido a su exclusivo conocimiento. Esta aclaración no es meramente teórica, sino que reviste una singular importancia práctica, puesto

---

<sup>1</sup> “Troya Cevallos Alfonso.- Elementos de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Ediciones Universidad Católica, Quito, 1976, pag. 168” y “Ochoa Ortiz Francisco, Comentarios a la Ley Orgánica de la Función Judicial”, Ediciones del Ministerio de Educación Pública, Quito, 1960, pags. 29 y 30.

que, por el carácter especial de estos magistrados, cuando sustancian tales causas se aplican a ellos determinadas normas, como la de que no puede prorrogarse su competencia en modo alguno, salvo en el evento de prorrogación legal, como cuando juzgan penalmente -junto con personas que gozan de fuero de Corte Suprema o Superior- a quienes no tienen tal privilegio (Art. 5to., numeral 5 CPP). De igual modo, su condición, en tales eventos, de jueces especiales, determina que si existe duda sobre su propia competencia frente a la de los jueces ordinarios, prevalece la de éstos (Art. 13 CPP).

Técnicamente, pues, los jueces, según las materias que conocen y las personas sobre las que ejercen jurisdicción se clasifican así:

a) JUECES ORDINARIOS:

1. Jueces de lo civil,
2. Cortes Superiores <sup>(2)</sup>, y
3. Corte Suprema <sup>(2)</sup>.

b) JUECES ESPECIALES

1. Tribunal Fiscal,
2. Tribunal de lo Contencioso-Administrativo,
3. Jueces de lo Penal,
4. Tribunales Penales,
5. Jueces del Trabajo,
6. Jueces de Tránsito,
7. Jueces de Inquilinato,
8. Jueces de Policía:  
Intendentes,  
Subintendentes,  
Comisarios Nacionales,
9. Tenientes Políticos, y
10. Jueces establecidos por leyes especiales.

Los denominados jueces que ejercen jurisdicción coactiva, no son tales. Por ello no se los incluye, científicamente, en la enumeración a pesar de que la LOFJ los mencione.

La clasificación, pues, de la jurisdicción legal según las materias y personas sobre las que se ejerce, da origen a la distribución de la jurisdicción (competencia) en razón de las materias y las personas.

El primer criterio responde a una realidad objetiva derivada de la división del

---

<sup>2</sup> Salvo con respecto a las causas que conocen en primera y segunda instancia, evento en el cual su jurisdicción es especial.

Derecho Sustantivo y, por ello, se concreta en la existencia de jueces y tribunales para el conocimiento de los asuntos referentes a tales ramas del Derecho. El segundo, se basa en la consideración subjetiva de determinados funcionarios del Estado o de la persona misma del Estado o, en fin, de la fuerza pública compuesta de individuos que se rigen por leyes propias cuando ejercen sus actividades específicas, pero que, salvo en este último evento, no produce jueces o tribunales distintos de los ya existentes, sino que a los de superior grado les asigna competencia sobre tales personas.

Por ello, para sistematizar el análisis y estudio de los diversos jueces y tribunales que ejercen jurisdicción legal es conveniente revisar la estructura y atribuciones de juzgados y tribunales que ejercen jurisdicción ordinaria, en primer término y, luego, de aquellos que ejercen jurisdicción especial.

En este artículo me concretaré al análisis de la jurisdicción civil y específicamente me circunscribiré al examen del juez de lo civil al ejercer jurisdicción voluntaria y contenciosa.

## 2. Jurisdicción Civil

La LOFJ vigente ha establecido una sola clase de jueces de lo civil. Hasta el 20 de diciembre de 1978, fecha en que entró en vigencia el D.S. 3070 (R.O. 735, diciembre 20, 1978), que reformó el Código de Procedimiento Civil y algunas normas de la LOFJ, también ejercían jurisdicción en materia civil los tenientes políticos. En efecto, el Art. 68 de la LOFJ tal como la promulgó el Dictador el 11 de septiembre de 1974 (R.O. 636, 11 de septiembre de 1974), disponía:

*En cada provincia habrá el número de jueces de lo civil que determine la Corte Suprema.*

*Los jueces de lo civil conocerán, en primera instancia de las causas, cuya cuantía excede de un mil sucres.*

*Los tenientes políticos conocerán, en primera instancia, de las causas cuya cuantía no excede de un mil sucres.*

*En las parroquias urbanas, el juez de lo civil sera competente además, para el conocimiento de las causas de ínfima cuantía.*

Empero la disposición transitoria séptima de la misma ley permitió que continuaran funcionando los antiguos juzgados cantonales y provinciales y la octava ordenó que mientras por ley o resolución de la Corte Suprema no se modificara el número y la jurisdicción territorial de los antiguos jueces, éstos continuarían residiendo y ejerciendo sus atribuciones en la forma y términos de la antigua ley. Sólo, como consecuencia de lo expresado en el D.S. 3070 (R.O. 735 de 20 de diciembre de 1978) se suprimieron definitivamente los jueces provinciales. Dicho decreto, además, reformó el Art. 68 de la LOFJ determinando que:

*En cada provincia habrá el número de jueces de lo civil que determine la Corte Suprema. Los jueces de lo civil conocerán en primera instancia de las causas civiles o comerciales y en los cantones donde no hubieren jueces de trabajo o de inquilinato, o estos se hallaren impedidos de intervenir, conocerán de los asuntos correspondientes a dichos jueces, de conformidad con las reglas de subrogación, sin perjuicio de la competencia provincial del juez de trabajo. De las resoluciones de los jueces de lo civil podrá apelarse, en los casos permitidos por la Ley, para ante la Corte Superior*

La LOFJ codificada en el suplemento al R.O. No. 1202 el 30 de agosto de 1960, establecía jueces civiles cantonales y provinciales, denominadas simplemente jueces cantonales y provinciales. Los jueces cantonales conocían en primera de causas civiles cuya cuantía excedía de doscientos sucres pero no llegaba a ocho mil, mientras los provinciales tenían competencia en asuntos de cuantía indeterminada y en causas cuya cuantía fuere de ocho mil sucres en adelante.<sup>3</sup>

Mediante D.S. No. 558 (R.O. No. 141, diciembre 30, 1976) se confirió a ciertos de los antiguos jueces cantonales atribuciones de jueces de instrucción recogiendo, por corto intervalo, la sugerencia, muy acertada, del Dr. Antonio Borrero Vega<sup>4</sup>. Tal Decreto fue derogado por el Decreto Supremo No. 735 de 20 de diciembre de 1978 (Disposición Final).

La vigente disposición del Art. 68 es muy confusa en cuanto a la determinación de la jurisdicción territorial de los jueces de lo civil. En efecto, en primer término habla de que en cada provincia habrá el número de jueces de lo civil que determine la Corte Suprema. De inmediato, empero, señala que los jueces de lo civil conocerán de asuntos de trabajo y de inquilinato en los cantones en que no hubiere (la ley utiliza antigramaticalmente la forma "hubieren") tales jueces. Ello determina que el legislador quiso que los jueces de lo civil fueran cantonales, aunque utiliza, ciertamen-

---

<sup>3</sup> La Ley Codificada por la Academia de Abogados en 1922 establecía Alcaldes Cantonales y Jueces Parroquiales, en materia civil, advirtiéndose que ninguno de ellos era juez letrado, pero los Alcaldes Cantonales debían contar con un asesor abogado. El D.S. No. 11 de 20 de enero de 1936 (R.O. No. 93 de enero 20, 1936), reformó la sección IX del Título I de la Ley y estableció los jueces cantonales de mayor y menor cuantía, los primeros en Quito, Guayaquil y Cuenca y, los segundos en los demás cantones de la República. Se mantuvieron los jueces parroquiales, pero la sentencia en los juicios civiles que tramitaban debían ser expedidos por un juez cantonal. La codificación de la LOFJ declarada auténtica por el D.S. 202 de julio 15, 1937 (R.O. 26, septiembre 9, 1937) estableció los jueces provinciales y los jueces cantonales (sólo de menor cuantía), mantuvo los jueces parroquiales pero dispuso que donde no hubiera jueces parroquiales sus atribuciones fueran ejercidas por los tenientes políticos. Esta codificación fue dejada sin valor mediante D.S. No. 4 R.O. No. 1, octubre 23, 1937.

<sup>4</sup> Véase: "Estructura de los Juzgados de Instrucción", Anales de la Universidad de Cuenca, Tomo XX, No. 3, págs. 619-634, Cuenca, 1964.

te una fórmula oscura. La Corte Suprema de Justicia en resolución de 21 de diciembre de 1978 (R.O. 741, 29 de diciembre de 1978) señaló claramente que la jurisdicción territorial de los jueces de lo civil sería cantonal (Art. 1o.). Sin embargo la disposición transitoria tercera, ambigüamente, dispuso que los juzgados de lo civil llevarían el número de orden que les asignara la respectiva Corte Superior. Como consecuencia de ello, las Cortes Superiores en lugar de asignar una numeración cantonal, como era lo obvio, lógico y técnico, dieron numeraciones provinciales y designaron errónea e ilegalmente a juzgados cantonales con el nombre de la provincia. Esto lleva a que legos en la materia crean que los jueces de lo civil son provinciales, cuando en realidad son cantonales. La Corte Suprema debería corregir este error y disponer que la numeración sea continua dentro del respectivo Cantón, exclusivamente.

En virtud de la reforma citada al Art. 68 de la LOFJ los jueces de lo civil (cantonales) y los jueces del trabajo (provinciales) tienen jurisdicción acumulativa en materia laboral, cuando en el cantón no reside el juez del trabajo. Esto constituye, ciertamente, un beneficio para la adecuada y pronta administración de justicia con respecto a conflictos individuales de trabajo. Como consecuencia de esta norma, pues, una demanda en materia laboral, en el evento de que el demandado tenga su domicilio en un cantón donde no resida juez de trabajo alguno, puede ser presentada, a elección del actor, ante el juez de lo civil del cantón o ante el juez del trabajo de la provincia. La competencia, en tal evento, se radica en virtud de la citación de la demanda, ya que esta produce el efecto de prevenir en el conocimiento de la causa (Art. 4, resolución de la Corte Suprema de 21 de diciembre de 1978; Arts. 3, inciso 6, 14 y 15 CPC). En los cantones donde residen jueces de trabajo, los de lo civil les subrogan, en caso de falta o impedimento.

También los jueces de lo civil conocen de materia de inquilinato en aquellos cantones donde no existen jueces de inquilinato, que son la mayoría de los del país.<sup>5</sup>

### **3. LA JURISDICCION VOLUNTARIA DEL JUEZ DE LO CIVIL.**

El Art. 71 de la LOFJ señala los deberes y atribuciones de los jueces de lo civil. De entre tales facultades la más importante, como ya se ha explicado es la contenida en el numeral 1, en cuya virtud a los jueces de lo civil les corresponde conocer y resolver, en primera instancia, los asuntos contenciosos y de jurisdicción voluntaria, cuyo conocimiento no esté atribuido a otra autoridad. En la antigua ley y en la práctica, hasta que se expidió el D.S. 3070 (R.O. 735, 20 de diciembre de 1978), el juez

---

<sup>5</sup> De conformidad con el cuadro orgánico de las dependencias judiciales del país elaborado por la oficina de personal de la Función Jurisdiccional, al 20 de mayo de 1988 existían jueces de Inquilinato en Ibarra (1), Quito (5), Latacunga (1), Ambato (2), Guaranda (1), Riobamba (1), Cuenca (1), Loja (1), Machala (1), Guayaquil (5) y Portoviejo (1).

ordinario que conocía de causas de mayor cuantía era el juez provincial, quien, según el Art. 104, numeral 1 de dicha ley tenían exactamente la misma citada atribución que los actuales jueces de lo civil.

José Vicente Troya<sup>6</sup> sostiene que la jurisdicción voluntaria no constituye estrictamente jurisdicción pues cuando actúa investido de tal facultad el juez simplemente solemniza ciertos actos.

Evidentemente que el juez solemniza aquellos actos para los cuales específicamente la Ley le llama a intervenir. Sin embargo, su actuación no es meramente la del funcionario que da fe pública del acto o contrato, sino que, por disposición legal, debe resolver el asunto sobre el cual la ley le obliga a decidir, sin que exista contradicción. Hay actos específicos para los cuales la actuación judicial se reduce a una auténtica función notarial (como en el otorgamiento de un testamento abierto según Art. 1074, inciso 2do. CC), pero en la mayoría de los casos en que la Ley le obliga a intervenir, el juez resuelve y su decisión se torna firme, hasta que en juicio contradictorio se resuelva algo diferente. Por ello el juez puede rechazar la pretensión planteada por quien demanda su intervención y puede, de su sentencia, auto con fuerza de sentencia o auto recurrirse, a través del recurso de apelación, a la Corte Superior.<sup>7</sup>

En ocasiones, por la propia naturaleza del ejercicio de la jurisdicción voluntaria, el fallo dictado pasa definitivamente en autoridad de cosa juzgada, como ocurre en el evento de un divorcio por mutuo consentimiento.

En otros casos, mediante el ejercicio de jurisdicción contenciosa pueden alterarse ciertos efectos de lo decidido a través de la jurisdicción voluntaria, mas no todos. Así se ha rematado un bien dado en prenda, pagándose excesivamente al acreedor prendario, en juicio contradictorio puede el deudor prendario repetir por lo excesivamente pagado, sin que lo decidido en el proceso de jurisdicción voluntaria, en cuanto al remate y adjudicación del bien, pueda ser, por dicho medio, alterado.<sup>8</sup>

Preciso es repetir que el juez sólo puede ejercer jurisdicción voluntaria en los casos expresamente consignados en las leyes y debe hacerlo, necesariamente, en la forma en ellas establecida. No puede el juez intervenir a través del ejercicio de jurisdicción voluntaria en casos que no se encuentran expresa y taxativamente previstos en la Ley.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> Notas de la Cátedra de "Ley Orgánica de la Función Judicial" 1967-1968.

<sup>7</sup> Así por ejemplo, un juez de lo civil desechó la petición de que se subrogara un patrimonio familiar y se insinuara una donación, argumentando que no cabía que se acumularan ambas pretensiones (o acciones según la impropia terminología de nuestro CPC), pero la Corte Superior de Quito se pronunció con acierto, en sentido contrario.- Véase: Ponce Martínez Alejandro, "Acumulación de Acciones: Subrogación de Patrimonio Familiar e Insinuación de Donación", Revista de Derecho No. 42, enero, 1982, págs. 125-130, Quito.

<sup>8</sup> Sobre la naturaleza del remate de prendas Véase: Martínez Espinosa, Jaime "Remate de prenda mercantil", Revista de Derecho No. 26-27, enero-septiembre 1971, Quito, págs. 99-104.

<sup>9</sup> El estudiante Luis Trocoli "Casos de Jurisdicción Voluntaria", Revista de la Asociación Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, No. 28, págs. 37-39, Quito, 1984), en un interesante artículo señala algunos casos en los cuales el juez ejerce jurisdicción voluntaria. Entre ellos,

Tampoco pueden considerarse con propiedad como actos inherentes al ejercicio de la jurisdicción voluntaria las diligencias preparatorias previas o actos preparatorios a los cuales se refieren los Arts. 68 y 69 del CPC.<sup>10</sup> En efecto, tales actos procesales son medios de prueba que se actúan antes de la demanda, con el fin de prepararla. Por esto tales diligencias han de ser practicadas necesariamente ante el juez competente para el asunto sobre el cual se vaya a litigar y que tenga competencia también con respecto a las personas de los litigantes.<sup>11</sup>

Algunos de los casos más importantes en los que el juez de lo civil ejerce jurisdicción voluntaria son los siguientes:

1. La declaratoria de muerte presunta y la concesión de la posesión provisional y definitiva de los bienes del desaparecido (Arts. 67 y 70 C.Ci.).<sup>12</sup>

---

cita lo previsto en el Art. 284 del CPC (hoy 268). Dicha norma regula, exclusivamente, la prueba de intérpretes, mas no constituye, en modo alguno, un caso en que el juez pueda actuar con jurisdicción voluntaria y menos aún faculta al juez, como arbitrariamente ocurre en la práctica, a aprobar, mediante sentencia, una traducción de documentos otorgados en idioma extranjero. De allí que el Decreto Ejecutivo No. 601 (R.O. 148, marzo 20, 1985) trató de corregir una ilegal e inveterada práctica y dispuso la forma como, fuera del juicio, se han de practicar traducciones (Art. 6).- Constituye también arbitrariedad y actuación ilegal por parte de los jueces el que en el proceso de apertura de testamentos cerrados ordenen que se publique por la prensa un anuncio sobre el día en que se procederá a tal apertura. El Art. 653 del CPC señala claramente que declarado válido, atentas sus formas exteriores, el testamento cerrado, en la misma sentencia ha de ordenar al juez que se lo publique y protocolice, señalando día y hora para su lectura. La publicación a que se refiere no es por la prensa, sino, justamente hacer "público" lo que se encontraba secreto.- Véase: Ponce Carbo, Alejandro, "Notas de Derecho Civil, Sucesión por causa de muerte y donaciones entre vivos", 1965-1966.

<sup>10</sup> Erróneamente considerados también como tales en el artículo antes mencionado.

<sup>11</sup> Por ello constituye una aberración jurídica el que se crea que siempre las diligencias preparatorias se han de practicar sólo ante el juez de lo civil. En virtud del principio de inmediación (Arts. 120 a 125, 127, 223, 226, 241, 242, 246 a 252 del Código de Procedimiento Civil) estas diligencias han de practicarse ante el juez competente para los hechos litigiosos. Constituye, por ello, un gravísimo error el que, en virtud de las absurdas normas sobre el sorteo se permita que un juez conduzca las diligencias previas y otro el proceso en que aquellas van a ser utilizadas como pruebas. Naturalmente, ello no significa que cualquier juez pueda practicar los actos preparatorios en forma discriminada y aunque no estén, por la materia y las personas, dentro de su competencia. Así, como señala el Dr. José Alfonso Troya Cevallos, un juez de lo penal (antes juez del crimen y antes juez de letras) no tiene facultad para recibir informaciones sumarias, puesto que el CPP no prevé ninguna diligencia previa, salvo la referida en el Art. 71 y exclusivamente bajo las circunstancias específicas allí establecidas. (Véase: Troya Cevallos, Alfonso, "Elementos de Derecho Procesal Civil", Ediciones Universidad Católica, Quito, 1976, Tomo I, pág. 168.

<sup>12</sup> El profesor de Derecho Civil de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Dr. Héctor Orbe, sostiene que en estos procesos el juez ejerce jurisdicción contenciosa porque el contradictor es el desaparecido. Respeto, naturalmente tan ilustrado criterio, pero estimo que si el desaparecido se presenta, concluye el proceso, porque no hay juicio. En consecuencia, la declaración de muerte presunta y las providencias ulteriores se dictan, por su naturaleza, sin contradicción. (El criterio del Dr. Orbe ha sido sustentado en sus clases sobre la materia y en varios grados doctorales).

2. El divorcio por mutuo consentimiento (Arts. 106 y 107 C.Ci.)
3. La autorización para actos o contratos en que deben intervenir ambos cónyuges cuando uno de los cónyuges estuviere impedido de dar el consentimiento, por ausencia real o aparente u otras causas, si la demora en dar el consentimiento ocasiona perjuicio o si el cónyuge que debe prestar el consentimiento se halla en interdicción (Arts. 144, inciso 2do., 145, 185 C.Ci.).
4. La disolución de la sociedad conyugal, salvo que se propusieren las excepciones expresas contempladas en la Ley (Art. 194 ord. 4 y 236 C.Ci. y 829 a 834 CPC).
5. La aprobación de la liquidación de la sociedad conyugal cuando ésta ha sido efectuada voluntariamente (por demanda de cualquiera de los cónyuges o de consuno) y entre los bienes que forman parte del haber existan inmuebles (Art. 835 CPC).
6. La separación conyugal judicialmente autorizada por mutuo consentimiento (Arts. 225 y 226, literal a) C.Ci.)
7. La declaración de terminación del estado de separación conyugal (Art. 233 C.Ci.).
8. El reconocimiento voluntario de hijos nacidos fuera de matrimonio cuando se efectúa ante juez y tres testigos (Art. 263 C.Ci.).
9. La notificación del reconocimiento a un hijo nacido fuera de matrimonio (Art. 264 C.Ci.).
10. La autorización para enajenar bienes del hijo de familia (Arts. 314 C.Ci., 790, inciso 1o. y 791 CPC).
11. La autorización y publicación por la prensa de la emancipación voluntaria del hijo menor adulto (Arts. 327 C.Ci. y 747 CPC).
12. La decisión del adoptado, al llegar a la mayoría de edad, de tomar los apellidos de sus padres naturales (Art. 333, inciso 2o. C.Ci.).
13. El discernimiento para tutores y curadores y las diligencias previas y posteriores al mismo y el nombramiento de curadores ad-litem (Arts. 416 a 428 C.Ci. y 749 CPC).<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> El juez, en esta materia, debe sujetarse estrictamente a la Ley, puesto que, en ocasiones se perjudica gravemente a la persona sujeta a guarda con violaciones de la Ley, como ocurrió con un caso ante el Juez Primero de lo Civil de Quito (discernimiento de curador interino para Susana Game Vda. de Dávila), quien exigió inventario antes del discernimiento en violación expresa del Art. 421 del C. Ci. que ordena que el inventario se practique 90 días después del discernimiento. En otras, se prescinde de la fianza o de la constatación de las circunstancias que dan origen al nombramiento del curador, como en el caso de curador de bienes, especialmente para representar a personas jurídicas que no tienen apoderado o representante legal en el Ecuador, ni existe persona alguna que se encuentre en la situación prevista en el Art. 9 de la Ley de Compañías. La Tercera Sala de la Corte Suprema de Justicia, en un importante fallo tendiente a precautelar la vigencia de la Ley y a evitar fraudes, declaró la nulidad de un proceso en el cual se prescindió del discernimiento de curador de bienes y no se cumplieron las normas previstas en los Arts. 416, 417, 513 y 514 del C. Ci. ni los requisitos sustantivos establecidos por el Art. 512 del mismo Código. (Juicio Gonzalo Yépez vs. Azoexport Export Import o DANUBIANA, G.J. XIII, 14, 3341-3345). Inclusive el voto salvado implícitamente reconoció que las omisiones anotadas producían la nulidad de la sentencia ejecutoriada, nulidad, empero, que debía demandarse por cuerda separada.

14. La autorización para constituir el gravamen de patrimonio familiar (Arts. 861, numeral 1, 862 y 863 del C.Ci.).
15. La autorización para subrogar el patrimonio familiar (Arts. 868 C.Ci. y 48 de la Ley del Banco Ecuatoriano de la Vivienda y Asociaciones Mutualistas).<sup>14</sup>
16. Otorgamiento de testamento abierto (Arts. 1074 C.Ci. y 638 CPC).<sup>15</sup>
17. Los siguientes procesos sucesorios:
  - a) Publicación de la apertura de la sucesión (Arts. 1328 y 1330 del C.Ci.; 629, 617 ordinal 7 y 86 del CPC);
  - b) Guarda de bienes muebles y papeles de una sucesión y aposición de sellos (Arts. 1267 C.Ci.; 614 a 628 CPC).<sup>16</sup>
  - c) Declaración de yacente a la herencia y nombramiento de un curador para la misma (Arts. 1285, 520 C.Ci.; 630 CPC).
  - d) Apertura y publicación del testamento cerrado (Arts. 1069, 1070, 1085 C.Ci., 631 a 636 CPC).
  - e) Publicación del testamento abierto otorgado ante cinco testigos (Art. 1080 C.Ci.).
  - f) Inventario (Arts. 640 a 649 del CPC, y entre otras normas, Arts. 424, 425, 72, 130, 195, 807, 1298, 1299, 1300, 1327 del C.Ci.).<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> Vale la pena destacar que en los demás casos de extinción del patrimonio familiar previsto tanto en el Art. 868 del C.Ci. como en el Art. 48 de la Ley del Banco Ecuatoriano de la Vivienda y Asociaciones Mutualistas, reglamentado por el Art. 53 del Decreto Ejecutivo No. 1571 (R.O. 372 de febrero 7, 1986) no se requiere ninguna sentencia del juez para cancelar el gravamen en el registro de la propiedad. Por ello, obra ilegalmente el registrador de la propiedad que exige tal sentencia y el juez que lo dicta.

<sup>15</sup> El Art. 1074 del Código Civil ordena que en el testamento abierto puede hacer las veces de notario, un juez de primera instancia, sea parroquial, cantonal o provincial cuya jurisdicción comprenda el lugar del otorgamiento. El Art. 638 del CPC se refiere a los testamentos otorgados ante los "jueces ordinarios". El Art. 85 de la LOFJ faculta a los tenientes políticos extender testamentos. Por consiguiente, además del juez de lo civil, único juez ordinario y de primera instancia de lo civil, los testamentos abiertos pueden otorgarse ante los tenientes políticos, a pesar de que ya no sean jueces en lo civil de primera instancia.

<sup>16</sup> Este proceso, en el cual el juez de lo civil ejerce jurisdicción voluntaria, al igual que el de inventario, constituye a su vez, uno de los procesos cautelares o preventivos, pues tiene por objeto el asegurar los bienes pertenecientes a la herencia. Cuando se demanda la guarda de los bienes muebles y papeles y aposición de sellos, en el mismo proceso, y como solemnidad del mismo, se ha de publicar la apertura de la sucesión.

<sup>17</sup> El inventario -que no es exclusivamente un proceso sucesorio, pero que lo he incluido entre ellos, porque se lo usa con frecuencia, al abrirse la sucesión- de conformidad con el Art. 640 del CPC puede efectuarse bajo cualquier circunstancia, a pedido de quien tenga interés en ello. Por esto, aunque de modo general en su facción el juez ejerce jurisdicción voluntaria, puede existir resistencia a su formación y, en consecuencia, quien debe intervenir en ella puede oponerse, evento en el cual el proceso será contencioso. Así, el inventario puede constituir una medida precautelada antes de plantear una demanda de divorcio, separación conyugal, nulidad de matrimonio o disolución de la sociedad conyugal o puede ser, por ejemplo, una medida acordada por los órganos pertinentes de una compañía como providencia preventiva antes del ejercicio de acciones contra los administradores.

- g) Posesión efectiva de los bienes hereditarios (Art. 685 CPC);
- h) La partición judicial (Arts. 650 a 670 CPC; 1369 a 1386 del C.Ci.);
- i) Aceptación de la herencia o legados y la concesión del plazo para deliberar para tal efecto (Arts. 1277, 1278 C.Ci.);
- j) Aceptación o excusa de albaceas (Arts. 1319, 1320 y 1321 C.Ci.);
- k) El otorgamiento del beneficio de separación (Arts. 1421, 1425, 1426, 1428 C.Ci.)

18. Insinuación para donar (Art. 1444 C.Ci.).

19. Notificación del requerimiento o reconvencción para poner al deudor en mora (Arts. 1595, numeral 3 del C.Ci. y 1050 del CPC).

20. La oferta de consignación (Arts. 2643 C.Ci., 818 CPC) y el depósito del importe de una letra de cambio o pagaré a la orden (Arts. 450 y 488 del C.Co.).<sup>18</sup>

21. La cesión de bienes, salvo que algún acreedor exija prueba de la inculpabilidad o exista alguna de las circunstancias previstas en el Art. 1660 del C.Ci. (Arts. 1657 a 1660 del C.Ci. y 527 del CPC).<sup>19</sup>

22) La notificación de la cesión de un crédito (Art. 1871 C.Ci.; Art. 99 CPC).<sup>20</sup>

23. El desahucio de un contrato de arrendamiento de bienes raíces rústicos (Arts. 1919 C.Ci. y 1050 CPC).<sup>21</sup>

24. La venta en pública subasta de la prenda (Art. 2323 C.Ci.), de la prenda comercial ordinaria (Art. 573, inciso 7 C.Co.) de la prenda agrícola e industrial (Art. 596 C.Co.); de la prenda especial de comercio (Arts. V, VI, VII, VIII, IX y X del D.S. 548-E, R.O. No. 99 de 8 de noviembre de 1963).

<sup>18</sup> En la práctica, en forma arbitraria, los jueces exigen, para dar trámite a la oferta de consignación, que el deudor entregue al juzgado la cosa debida y, en el caso de dinero, que se deposite en la cuenta correspondiente del Banco Central del Ecuador. Las normas citadas, en concordancia con el Art. 1642 del C.Ci. distinguen claramente entre consignación y oferta de consignación.

<sup>19</sup> Aunque los comerciantes no pueden gozar de los beneficios de la cesión de bienes, evidentemente nada les impide solicitar voluntariamente su declaración de quiebra. Por lo tanto, salvo oposición, en la quiebra voluntaria el juez ejerce jurisdicción voluntaria. El que la ley permita al comerciante solicitar, voluntariamente, su declaratoria de quiebra no sólo se fundamenta en la naturaleza misma de la institución, sino también en que la ley en ocasiones exige esta solicitud expresamente y ordena que habrá lugar a la indemnización de daños y perjuicios contra quien no procede así. Ello lo dispone, por ejemplo, el Art. 128, literal d) de la Ley de Compañías.

<sup>20</sup> En uno de los más extraños fallos de la 4a. Sala de la Corte Superior de Quito, indirectamente confirmado por la Corte Suprema que declaró -sin fundamento jurídico válido- la nulidad del proceso, se estimó que la cesión de derechos litigiosos también debe practicarse en la forma prevista en el Art. 99 del CPC con exhibición del título ¿Cuál? Evidentemente se torció el sentido de la ley para esconder un contubernio entre el Ministerio de Obras Públicas y Monolítica. (Véase juicio Monolítica vs. Ministro de Obras Públicas, G.J. No. XIII,15, 3695-3699).

<sup>21</sup> El desahucio en los contratos de arrendamiento de bienes raíces urbanos se da por intermedio del juez de inquilinato y en caso del arrendamiento de bienes muebles y servicios es suficiente que se haga constar el desahucio por testigos.

25. La venta en pública subasta del bien inmueble hipotecado (Arts. 2333, 2350 y 2323 del C.Ci.).<sup>22</sup>
26. La autorización para el registro en la matrícula de comercio (Art. 22 C.Co.) y la orden para inscribir los actos a los cuales se refiere el Art. 30 del Código de Comercio en el registro mercantil, salvo los actos previstos en los numerales 3 y 4 por cuanto desde el 25 de mayo de 1967, fecha en que se promulgó la Constitución Política de entonces, la mujer casada es plenamente capaz, salvo también los actos referentes a compañías anónimas y al permiso para establecer sucursales a las compañías extranjeras que corresponden hoy a la Superintendencia de Compañías y, en casos, a la Superintendencia de Bancos y salvo la exclusión de bienes de la mujer comerciante porque la exclusión de bienes se suprimió desde el 4 de junio de 1970 (Ley No. 256, R.O. 446, junio 4, 1970) (Arts. 32 y 120 del C. Co.).
27. Recibir el juramento de los corredores (Art. 77 del C.Co.).
28. La orden para la publicación y registro de la revocación de los poderes conferidos a los factores y dependientes que se hubieren publicado y registrado por orden judicial (Art. 137 C.Co.).
29. La orden de que se entregue al vendedor los bienes vendidos con reserva de dominio (Art. innumerado 14 del D.S. No. 548-Ch, 24 de septiembre de 1963, R.O. No. 68, septiembre 30, 1963) así como el remate de los bienes vendidos con reserva de dominio (Art. innumerado 10 del mismo Decreto Supremo).
30. La orden de que se registre -salvo que existiera oposición- la escritura pública que contenga la venta de la totalidad de las mercaderías o efectos de un comerciante (Art. 183 del C.Co.).<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> El Código Civil define a la hipoteca como un derecho de prenda constituido sobre un inmueble que no deja de permanecer en poder del deudor y ordena que el acreedor hipotecario tiene, para hacerse pago con las cosas hipotecadas, los mismos derechos que el acreedor prendario sobre la prenda. En consecuencia, el derecho para el pago se ejerce -a través de la jurisdicción voluntaria- mediante la venta en pública subasta prevista en el Art. 2323 del C.Ci. La práctica de demandar el cumplimiento de obligaciones garantizadas con hipoteca en proceso ejecutivo constituye pues, un error que alarga indebidamente el ejercicio de los derechos hipotecarios.

<sup>23</sup> El Art. 183 del Código de Comercio ordena que a dicha venta, que debe celebrarse por escritura pública bajo pena de nulidad, se aplicarán las normas de los Arts. 344 a 349 del mismo Código, esto es que debe requerirse al juez de lo civil que ordene la inscripción en el registro mercantil, para lo cual se ha de publicar, por seis días seguidos un aviso en un periódico o en carteles, de no existir periódico, con el fin de permitir que en seis días, desde la última publicación se presenten opositores. De presentarse opositores el juez, ejerciendo ya jurisdicción contenciosa, resuelve la oposición con el trámite previsto en el Art. 347. Si no hay oposiciones dentro del término, ordena la inscripción. Empero el Art. 112 de la Ley de Compañías de Seguros (R.O. 547, julio 12, 1965) derogó expresamente el título VI del libro II del Código de Comercio, con excepción de la Sección IV, por cuanto la Ley de Compañías había ya regulado todo lo referente a compañías de comercio. Los Arts. 344 a 349 forman parte de la sección VIII de dicho título. Hay opiniones que sostienen que, como consecuencia, se derogó tácitamente el segundo inciso del Art. 183 y que, por lo mismo, hoy la compraventa de la totalidad de bienes y efectos de un comerciante no debe registrarse. Creo que el Art. 112 (hoy 117 de la Ley de Compañías de Seguros) no derogó ni expresa ni tácitamente el segundo inciso del Art. 183 del Código de Comercio y, por consiguiente, a dicho artículo se entienden hoy incorporadas las normas de los antiguos Arts. 344-349 del mismo Código.

31. La declaración de suspensión de pagos (Arts. 1012, 1015, 1022 del C.Co.). Sin embargo, si el balance llegare a arrojar un activo menos del 10% del pasivo o la mayoría de los acreedores fuere opuesta a la suspensión, el juicio se torna contencioso, puesto que ha de declararse la quiebra, sin conceder la suspensión (Arts. 1020 y 1023 C.Co.).

32. La aprobación de los contratos de compañías mercantiles, en nombre colectivo y comandito simple y sus reformas (Arts. 37, 60 y 33 de la Ley de Compañías).<sup>24</sup>

33. La orden de que la propiedad hipotecada o prendada se entregue en anticresis judicial o prenda pretoria a favor de los bancos (Art. 144 de la Ley General de Bancos).

34. El reconocimiento en documentos privados (Arts. 198 y 199 CPC).

35. El proceso ejecutivo, salvo si se presentan excepciones (Art. 440 CPC).<sup>25</sup>

36. El remate voluntario de bienes o el remate o hipoteca de bienes raíces, de menores u otras personas sujetas a guarda (Arts. 787 a 791 CPC).

37. La orden de que se entreguen al arrendador los bienes dados en arrendamiento mercantil, en los casos previstos en el Art. 7 de la Ley de arrendamiento mercantil (D.S. 3121, R.O. 745, 1-5-79).<sup>26</sup>

38. La orden de inscripción de documentos otorgados en nación extranjera y la calificación previa de la legalidad en su forma y su autenticidad (Art. 32 Ley de Registro).

Ciertamente la enumeración que antecede no comprende todos los casos en que el juez de lo civil puede ejercer jurisdicción voluntaria. Algunos de los casos citados pueden ser considerados por determinados estudiosos como de jurisdicción contenciosa.<sup>27</sup> En los casos en que la ley lo permite, puede, dentro de los mismos pro-

---

<sup>24</sup> El juez de lo civil no está facultado para aprobar ningún otro tipo de compañías. Por ello, se viola la ley cuando se solicita la aprobación -y cuando se la da- de compañías civiles en nombre colectivo o en comandita simple, salvo si hubieren adoptado la forma de una compañía mercantil.

<sup>25</sup> La jurisdicción voluntaria se ejerce en aquellos casos que, por su naturaleza se resuelven sin contradicción. El proceso ejecutivo tiene como finalidad el vencer la resistencia del obligado a cumplir su deber contenido en un documento, al cual la ley da el carácter de ejecutivo, siempre que las obligaciones sean claras, líquidas, determinadas y de plazo vencido (si existe). En consecuencia, evita exclusivamente el que el acreedor haga efectivo su derecho preestablecido, contituido, declarado y no objetado, por su propia mano. Por ello, para que surja la contienda legal (juicio) es necesario que el demandado presente excepciones para que, sobre ellas, se ejerza la jurisdicción contenciosa. Por ello sostengo que en el proceso ejecutivo el juez ejerce -salvo que haya excepciones- jurisdicción voluntaria.

<sup>26</sup> Sobre esta materia vale la pena destacar el error que he observado por parte de ciertos jueces de permitir que dentro del mismo proceso el arrendatario mercantil plantee -verbal y sumariamente- las pretensiones que tenga contra el arrendador. El texto de la Ley (Art. 7) dispone que la entrega del bien arrendado la ordena el juez sin posibilidad de contradicción, la cual, empero, puede ejercerse mediante la apelación con efecto devolutivo. Además, en proceso aparte puede discutirse la legalidad de lo decidido, según la misma norma.

<sup>27</sup> Por ejemplo, entre otros, el proceso ejecutivo, si no hay excepciones, y las ejecuciones prendarias e hipotecarias, por estimarse que en esos procesos se recurre al Estado, en la persona del juez, para que ejerza la fuerza coactiva contra el moroso. De igual modo, puede discutirse si en las diligencias previas o actos preparatorios el juez ejerce jurisdicción voluntaria o contenciosa (como lo he afirmado antes).

cesos pasarse del ejercicio de la jurisdicción voluntaria a la contenciosa. De manera similar, los efectos de lo decidido en un proceso en el cual el juez ejerce jurisdicción voluntaria pueden, salvo casos de excepción, como el del divorcio y la separación conyugal por mutuo consentimiento, alterarse a través del ejercicio de la jurisdicción contenciosa.

Innecesario es repetir, pero conviene hacerlo, que el juez de lo civil (ni ningún otro juez) puede actuar sino en “cuanto alguna Ley le autorice. “A los funcionarios no es aplicable el precepto consignado en el Art. 8 del Código Civil que dispone que “A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley”, sino la que contiene el Art. 122 de la Constitución, que dice: “Los Magistrados y los Jueces no tienen otras atribuciones que las que les conceden las leyes, y, conforme a éstas, son responsables en el ejercicio de sus cargos...” Así por ejemplo, si un Juez Provincial interviene en la celebración de un contrato de préstamo de mutuo, ese documento es privado, porque dicho Juez carece de atribución legal para darle autenticidad a ese instrumento; pero si su intervención tiene lugar en el reconocimiento de un documento de préstamo a mutuo de mayor cuantía, el acta en que los deudores reconocen sus firmas y rúbricas, es un instrumento público y el documento tiene fuerza probatoria plena, porque la ley faculta a dicho Juez para intervenir en esa diligencia. En la resolución publicada en la página 736 de la Gaceta Judicial No. 92 de la primera serie, la Corte Suprema declara lo siguiente: “El Juez no puede intervenir en otros asuntos que en los determinados por la ley; y, por lo mismo, su intervención en otro que aquellos, no da al acto solemnidad alguna, ni lo reviste de autenticidad”. El Juez Provincial interviene también en asuntos de jurisdicción voluntaria, en los que la cuantía sea mayor o indeterminada; pero para que su intervención sea válida, es necesario que la ley expresamente la autorice. Alegando el falso título de jurisdicción voluntaria, se había adoptado la costumbre de acudir a un juez para que, por medio de una resolución, faculte el cambio de nombres y apellidos. Con el objeto de impedir que continúe semejante procedimiento, la Corte Suprema expidió, el 22 de marzo de 1941, el Acuerdo que está publicado en la página 671 de la Gaceta Judicial No. 7 de la sexta serie, que dice lo que copiamos a continuación: “Que los jueces deben abstenerse de conocer las demandas que tengan por objeto el cambio de nombre o apellido de las personas que las presentan y, en general, limitar su intervención, en el ejercicio de la jurisdicción voluntaria, a sólo los casos señalados por las leyes”.

Cuando en una partida de inscripción faltase alguno de los requisitos legales, cuya omisión la anula, o fuese falsa, entonces, a petición del respectivo interesado, in-

---

El Art. 1066 del CPC califica, ciertamente, a los actos preparatorios como asuntos de jurisdicción voluntaria, como consecuencia de una reforma arbitraria hecha por el Plenario de las Comisiones Legislativas, que suprimió las palabras “o contenciosa” que constaba en el Art. 1134. Empero, por su esencia, son diligencias de prueba que se practican antes del juicio y, por ello, en mi opinión, en tales actos el juez ejerce jurisdicción contenciosa, como lo reconocía el citado Art. 1134 de la codificación anterior.

terviene el Juez Provincial, porque para ello le faculta el Art. 59 de la Ley de Registro Civil... A título de jurisdicción voluntaria y de información sumaria de testigos, ha habido jueces que, sin fórmula de juicio y a solicitud de algún interesado, han dictado sentencias, en las que han declarado que el peticionario ha adquirido el dominio de un inmueble, por prescripción extraordinaria, en la creencia de que esos fallos les serviría de títulos conforme el Art. 2529 del Código Civil. La Corte Suprema ha declarado que esas sentencias carecen de valor, en las resoluciones publicadas en las Gacetas Judiciales No. 8, serie octava, página 745 y No. 3, serie novena, página 326.”<sup>28</sup>

#### 4. LA JURISDICCION CONTENCIOSA DEL JUEZ DE LOCIVIL

No es posible enumerar los casos en los cuales el juez de lo civil ejerce jurisdicción contenciosa. Pero es posible determinar ciertos principios básicos que, en ocasiones son olvidados y que fluyen, en veces, del sentido común, muy pocas veces usado por quienes deben aplicar e interpretar la Ley:

1. Si la Ley ordena que al juez de lo civil le corresponde conocer asuntos de jurisdicción contenciosa que no esté atribuido a otra autoridad, debe existir una norma específica que otorgue competencia sobre una determinada materia o sobre cierta persona a otra autoridad, con facultades jurisdiccionales (Art. 71 LOFJ).
2. Si la jurisdicción, y por consiguiente su distribución (competencia) surge de la Ley (Art. 1 LOFJ) no puede el juez crear a su arbitrio ámbitos de competencia no previstos en la Ley ni conferir la facultad de administrar justicia a quien no la tiene.<sup>29</sup>
3. Si en un asunto civil o comercial de competencia especial de un juez distinto del de lo civil, no se opone ante el juez de lo civil, la excepción de incompetencia, ni se recurre al juez competente para que plantee la competencia se proroga la competencia del juez de lo civil en razón de lo dispuesto en el Art. 12, inciso tercero del CPC. Antes de la reforma al Art. 68 de la LOFJ (Art. 87 D.S. 3070, R.O. 735 de 20 de diciembre de 1978) que confirió al juez de lo civil -en los cantones donde no reside el juez de trabajo- competencia en materia laboral, tal posibilidad de prorrogación se aplicaba también en materia laboral, en cualquier caso. Hoy la prorrogación se produce exclusivamente si el juez

---

<sup>28</sup> Ochoa Ortiz Francisco, ob. cit. págs. 261-264.

<sup>29</sup> Por ello el poder ejecutivo no puede arrogarse atribuciones de juez, pues sus actos, por esencia, son administrativos, impugnables, en virtud del principio de la unidad jurisdiccional ante los tribunales competentes. Los jueces de lo civil en asuntos de su competencia, pueden perfectamente plantear la competencia a los funcionarios administrativos que arbitrariamente quieran asumir la calidad de jueces. Si tales funcionarios, una vez requeridos de inhibición no lo hacen, cometen el delito previsto en el Art. 256 del Código Penal.

competente en lo laboral reside en el mismo cantón donde reside el juez de lo civil. Francisco Ochoa Ortiz al respecto manifiesta: "... anotaremos brevemente, (que) se puede proponer demanda ante los jueces ordinarios sobre asuntos propios de un juzgado privativo en lo civil, porque "la competencia de los jueces que ejercen jurisdicción ordinaria es prorrogable, en conformidad con las disposiciones legales", de acuerdo con lo que dispone el inciso 1o. del Art. 6 del Código citado; siendo uno de los modos de prorrogar "la competencia de los jueces ordinarios, si, habiéndose propuesto ante ellos una demanda propia de un juzgado privativo, en lo civil o comercial, el demandado no ha alegado expresamente esta falta, dentro del término de deducir excepciones", como prescribe el inciso 3o. del Art. 12 del mismo Código. Así, presentada una demanda por indemnizaciones provenientes de relaciones laborales ante un Juez ordinario, éste no puede inhibirse de oficio de conocerla, no obstante que ese asunto es de la competencia del Comisario del Trabajo, sino que tiene que disponer que se cite al demandado, quien, si no desea que conozca de la causa el Juez ordinario, tiene que proponer la excepción de incompetencia por razón de la materia o acudir a su Juez propio para que entable la competencia. Si así no procede, el Juez ordinario tramita y resuelve la controversia. En cambio, un Juez privativo, como el Comisario del Trabajo, no puede conocer de una causa que pertenece a la jurisdicción ordinaria; y si se la propone ante él, debe inhibirse de conocerla, o ponga o no el demandado la excepción de incompetencia, porque la competencia de la jurisdicción privativa no se prorroga sino entre Jueces que ejercen la misma jurisdicción privativa, como lo dispone el inciso 2o. del Art. 6 del Código citado".<sup>30</sup>

4. La Ley que prive al juez de lo civil del conocimiento de determinados asuntos para entregarlo a otra autoridad debe ser expresa. Por ello constituye una evidente violación de la Ley lo decidido por la Corte Suprema de Justicia en auto de 24 de enero de 1973, mediante el cual declaró la nulidad del proceso de excepciones seguido por Gabriel Homero Veintimilla contra la Caja Nacional del Seguro Social, sobre la consideración de que "la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece que "el recurso Contencioso-Administrativo puede interponerse por las personas naturales o jurídicas contra los reglamentos, actos y resoluciones de la administración pública o de las personas jurídicas, semipúblicas, que causen estado, y vulneren un derecho o interés directo del demandante" y se determina en el primer inciso de su Art. 75 que "el administrado podrá solicitar la suspensión del procedimiento coactivo, mientras se tramita la causa en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, cuando tal procedimiento se hubiere iniciado en virtud de una resolución o acto administrativo que haya causado estado y que implique una obligación económica a favor de la Adminis-

<sup>30</sup> Ob. cit. págs. 244-245.

tración”. Por lo cual “se ha aceptado al trámite una demanda de excepciones comprendida dentro de la disposición del Art. 75 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa... incurriendo (se) consecuentemente en la omisión de la solemnidad segunda del Art. 374 del CPC, al actuar sin competencia”.<sup>31</sup> En efecto, el Art. 75 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no confiere ni atribuye al Tribunal de lo Contencioso-Administrativo competencia para conocer los juicios de excepciones. La norma se refiere a una situación completamente distinta: a la posibilidad de que afianzado el interés del ente público o del Estado se ordene la suspensión del procedimiento de ejecución hasta que se resuelva el recurso subjetivo o de plena jurisdicción. Las excepciones, pues, al procedimiento de ejecución de los créditos no tributarios fiscales y de las entidades públicas son de competencia de los jueces de lo civil, salvo las que se propongan contra procedimientos de ejecución fundamentados en glosas determinadas por la Contraloría General del Estado (Arts. 1020, 1029 CPC y Art. 1o. del D.S. No. 611, R.O. No. 857, julio 31, 1975).

5. El juez de lo civil conoce de toda demanda contra el Estado o los entes públicos, salvo el caso de demandas presentadas por particulares por litigios derivados de contratos, así como salvo las demandas contra actos administrativos (no referentes, naturalmente, a contratos celebrados)<sup>32</sup> sea en materia administrativa general, cuyo conocimiento corresponde al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, o en especial en materia tributaria, cuyo conocimiento corresponde al Tribunal Fiscal. Por esto, la responsabilidad civil no contractual del Estado y de los entes públicos, derivada tanto del Art. 20 de la Constitución Política cuanto de los Arts. 2242 y siguientes del Código Civil se ha de hacer efectiva ante los jueces civiles, luego de la reclamación administrativa pertinente. Se excluye de esta competencia del juez de lo civil lo referente a la responsabilidad del Estado como consecuencia de la aceptación del recurso de revisión, puesto que, en tal caso las indemnizaciones civiles se demandan ante el juez o tribunal de primera o única instancia (Art. 394 CPP).<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> G.J. XII, 2, 291-296

<sup>32</sup> Por ejemplo, la decisión del Estado o de cualquier ente público por dar por terminado un contrato de obras o servicios, en virtud de lo dispuesto por el Art. de la Ley de Licitaciones o Concurso de Ofertas, reformado por el Art. 10 del Decreto Ley No. 51 (R.O. No. 258, agosto 27, 1985) no es impugnante ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, pero discutible ante los jueces competentes en lo civil (de lo civil o Presidente de la Corte Suprema de Justicia según el caso).

<sup>33</sup> En cambio, las indemnizaciones contra el Estado por haber mantenido bajo prisión preventiva por un tiempo mayor a que previsto para que concluya el proceso penal, a una persona a cuyo favor se sobresee la causa, se dicta sentencia absolutoria o se declara la prescripción de la acción penal, o se le impone una pena inferior al tiempo transcurrido en prisión se han de demandar, según la regla general ante el juez de lo civil, sin perjuicio del reclamo personal contra el juez o tribunal en los términos de los Arts. 1031 y siguientes.



# El Derecho del Trabajo\*

Julio César Trujillo

**E**l derecho objetivo, o conjunto de principios, normas e instituciones que regulan las relaciones sociales, como sistema dirigido por los mismos fundamentos y objetivos, es uno; pero, ya por la jerarquía de las normas, en virtud de la cual, unas prevalecen sobre las otras, o ya, por la clase de las relaciones sociales que cada una de ellas rige, o ya, por los sujetos de esas relaciones, ese sistema se divide o bifurca en diferentes ramas.

1. LAS CLASIFICACIONES CONOCIDAS. Las clasificaciones más conocidas son: la tradicional; la de Kelsen; la nueva clasificación y el sistema del Derecho Socialista.

1.1. LA CLASIFICACION TRADICIONAL. Los autores concuerdan en que los romanos conocieron ya, la distinción entre derecho público y derecho privado, a los que Ulpiano los define en los siguientes términos: derecho público es el que se refiere al régimen de la cosa romana; privado el que mira a la utilidad particular o privada<sup>1</sup>

---

\* El presente trabajo corresponde al Cap. II, del libro *Compendio del Derecho del Trabajo*, que prepara el autor.

<sup>1</sup> Puig Peña, Federico, Tratado de Derecho Civil Español, T.I. Parte General, Vol. I, La Norma Jurídica, p.p. 58-59.

Esta división del derecho desapareció en la Edad Media; reapareció con el Estado soberano que sustituyó al absolutismo monárquico, se convirtió en dogma de la ciencia jurídica europea del siglo pasado, y subsiste, como tal, entre nosotros aún en nuestros días.

No hay con todo, acuerdo entre los defensores de esta división del derecho, acerca de los elementos que la justifican; no obstante, se pueden anotar dos doctrinas fundamentales.

La más antigua y tradicional recoge el pensamiento del jurista romano, arriba citado, y considera derecho público a las normas que tutelan, principalmente, el interés general, es decir el del Estado, y privado a las que conciernen, principalmente, a los intereses de los particulares.

Con el adverbio: principalmente, se quiere salvar la dificultad de encontrar una distinción, neta, tajante, entre los intereses públicos, de una parte, y los particulares o privados, de otra.

Un grupo, tanto o más importante y numeroso que el anterior, sostiene que el derecho público rige las relaciones del Estado con los demás Estados y entes públicos, y las de éstos con los particulares, cuando aquellos actúan investidos de poder o potestad pública.

Privado, para esta misma doctrina, es el que regula las relaciones de los particulares entre sí, y las de los particulares con el Estado y los otros entes públicos, cuando estos se despojan de su potestad pública y, por consiguiente, actúan en pie de igualdad con los particulares.<sup>2</sup>

Diferenciadas así estas dos grandes ramas del derecho, cada una de ellas se subdivide en razón de la clase de relaciones que regulan, en la vida social.

El derecho público se subdivide, pues, en derecho internacional público, que regula las relaciones del Estado con los otros Estados y entes internacionales; derecho constitucional, que contiene las normas sobre la organización y bases del funcionamiento del Estado, los derechos fundamentales de la persona y el sistema social, económico y político; el derecho administrativo, que trata de la administración pública, es decir del manejo de los medios humanos y físicos que emplea el Estado para satisfacer las necesidades públicas; derecho tributario, o derecho que se refiere al establecimiento, recaudación y destino de los tributos y contribuciones que los habitantes del país deben pagar al Estado; derecho procesal, que versa sobre la organización del función jurisdiccional y el procedimiento que ella debe observar para la sustanciación de las controversias a que diere lugar la aplicación del derecho; derecho penal, que tipifica y reprime los actos prohibidos en la sociedad.

El derecho privado se subdivide, por su lado: en derecho civil, derecho mercantil.

---

<sup>2</sup> Alessandri R., Arturo, y Somarriva U., Manuel, Curso de Derecho Civil, I.I., Parte General y Personas, p.p. 27-28, Editorial Nascimento (Santiago de Chile-1945).

Quedan nuevas ramas del derecho contemporáneo que no caben fácilmente, en estas clasificaciones, ellos son, entre otros: el derecho del trabajo o laboral, el derecho aeronáutico, etc.

Al derecho del trabajo se lo ubica ora en el derecho público, ora en el derecho privado, y, por no carecer de razones, la una y la otra, han logrado prevalencia quienes sostienen que es un derecho de contextura público-privada, tanto porque en las relaciones laborales se entrecruzan los intereses públicos y los privados, cuanto porque en ellas, es constante e intensa la intervención del Estado <sup>3</sup>

1.2. LA CLASIFICACION DE KELSEN. La insuficiencia de la clasificación anterior, fue percibida a comienzos del siglo por varios destacados juristas, y en particular por KELSEN, cuya estructura jerárquica del derecho ha terminado por ser aceptada, inclusive por quienes discuten la validez de su teoría pura del derecho y sus consecuencias <sup>4</sup>

Conforme a la estructura orgánica del derecho de Kelsen, las normas de todo ordenamiento o sistema jurídico están jerárquicamente distribuidas, formando una pirámide, en la cumbre o grado superior de la cual, se encuentra la Constitución, que cumple tres funciones: designar los órganos encargados de crear las normas generales, la primera de las cuales es la ley formal; establecer el procedimiento para ese efecto, y determinar el contenido de algunas de esas normas.

Así, pues, explica el maestro de Viena, el principio de la supremacía de la Constitución, con arreglo al cual: todas las otras normas jurídicas deben ceñirse a la norma constitucional en su forma y en su contenido; por lo que, al decir del Art. 137 de nuestra Carta Política: “No tienen valor alguno las leyes, decretos, ordenanzas, disposiciones y tratados o acuerdos internacionales que, de cualquier modo, estuvieren en contradicción con la Constitución o alteren sus prescripciones”.

El grado inferior, inmediato, lo ocupan las leyes formales, que han de conformarse a las normas superiores, o constitucionales, en la forma y en su contenido; pero, las leyes, a su vez, han de determinar la forma y el contenido de las normas inferiores, esto es, del reglamento o decreto, que junto con la ley y la Constitución rigen los actos administrativos y jurisdiccionales, así como los actos jurídicos de los particulares, que crean, a su vez, normas concretas para regir su conducta recíproca. Para que este ordenamiento jurídico sea respetado, hace falta el control de la constitucionalidad y de la legalidad.

En el Ecuador, el primero se encuentra a cargo del Tribunal de Garantías Constitucionales que ha de velar por el cumplimiento de la Constitución, suspendiendo

---

<sup>3</sup> Vela M., Carlos, Derecho Ecuatoriano del Trabajo, p. 34, Editorial La Unión Católica, C.A. (Quito-1955).

<sup>4</sup> Kelsen, Hans, Teoría Pura del Derecho, Décimo Tercera edición, p.p. 147 y siguientes, traductor: Moises Nilva, Editorial Universitaria de Buenos Aires (Buenos Aires-1960).

la vigencia de las leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas, etc. que infrinjan, por su forma o por su fondo, las normas constitucionales.

Con buen juicio, el mismo Tribunal ha resuelto que no le compete suspender la vigencia de los tratados o convenios internacionales que violaren la Constitución; lo que, en cambio, no le impide juzgar la conducta de los funcionarios que, en su celebración y perfeccionamiento, han intervenido<sup>5</sup>

De la legalidad de los actos jurídicos, inferiores a la ley, conoce el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, si es que se trata de actos provenientes de los poderes públicos, art. 96 de la Constitución.

Por una lamentable confusión y en manifiesta duplicación de funciones: también conoce de la legalidad de los actos jurídicos inferiores, el Tribunal de Garantías Constitucionales, si bien su competencia se contrae a observar la autoridad que los ha expedido, para que rectifique su comportamiento y revoque el acto ilegal.

Para Kelsen, el derecho internacional público constituye un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados.

**1.3. LA NUEVA CLASIFICACION.** Con la primera revolución industrial, que comienza a finales del siglo XVIII, con el empleo de la máquina en la producción de bienes y servicios, surgen nuevas relaciones de producción, en las que intervienen los trabajadores, que aportan su trabajo, y los empleadores o capitalistas que aportan los bienes de producción.

Entre los unos y los otros celebran un contrato, que con el andar de los tiempos recibirá el nombre de contrato de trabajo, que gracias a la lucha de los trabajadores y las voces de los intelectuales y moralistas, termina por ser regulado por el derecho, con un espíritu ampliamente protector del trabajo y de quienes lo ejecutan.

A esta nueva rama del derecho se le denomina, ya en nuestro siglo, Derecho del Trabajo o Derecho Laboral, que rompe con los principios tradicionales del derecho y con sus respectivas clasificaciones.

En efecto, en las relaciones laborales, de tal manera se entrecruzan y mezclan los intereses privados con los públicos, que el Estado permanentemente debe intervenir en ellas, para proteger a los trabajadores, unas veces, y otras para salvaguardar los intereses de la colectividad.

Por tanto, si se miran los intereses privados que tutela, sería derecho privado; en cambio, si se miran los intereses públicos en juego sería derecho público; pero, como en las relaciones laborales concurren los unos y los otros, en connubio indisoluble, no es ni lo uno ni lo otro, sino un nuevo derecho.

De otra parte, las normas del Derecho Laboral prevalecen no por su jerarquía, sino por ser más favorables al trabajador, y así, en caso de conflicto entre el contrato

---

<sup>5</sup> Resolución del Tribunal de Garantías Constitucionales en los casos No. 161 y 164, sesión de 22 de julio de 1987.

y el reglamento, prevalece el primero cuando es más favorable, o al revés, si es el reglamento el más favorable; lo mismo, si el conflicto es entre la ley y el contrato, etc.

Esta aplicación del principio “in dubio pro-operario” se explica, diciendo que toda norma jurídico laboral otorga a los trabajadores beneficios mínimos indispensables, que, por ser tales, no pueden ser disminuidos, sin atentar al derecho de ellos a una existencia decorosa; pero, en cambio, pueden ser mejorados cuando las condiciones del medio y de las empresas lo permiten porque al hacerlo así, cada vez, se aleja de los indispensable para acercarse a lo justo.

Frente a las dificultades para aplicar la clasificación tradicional de derecho, al Derecho del Trabajo y a otras ramas o disciplinas jurídicas, autores de diversas nacionalidades, Gustavo Radbruch entre los primeros, anunciaron la quiebra de la distinción tradicional y el nacimiento de un tercer tipo o rama del derecho: el derecho social.

Los profesores mexicanos han desarrollado esta tesis y para ellos el derecho se divide así:

1.3.1. Derecho público, subdividido en Derecho Constitucional, Derecho Administrativo; Derecho Procesal, Derecho Penal, Derecho Tributario, y otras ramas.

1.3.2. Derecho Social, subdividido también en: Derecho económico, Derecho del Trabajo; Derecho de la Seguridad Social, y otras ramas.

1.3.3. Derecho privado, del que formarían parte: Derecho Civil; Derecho Mercantil, y probablemente el Derecho Procesal <sup>6</sup>

1.4. EL SISTEMA DEL DERECHO SOCIALISTA. La nueva clasificación del derecho no logra, sin embargo, resolver la objeción que el mismo Kelsen hiciera a todo intento de dividir el derecho y sostener, a la vez que todo el ordenamiento jurídico, encuentra su fundamento en la Constitución, convirtiendo así al Derecho Constitucional en el tranco común a todas las ramas y simultáneamente en una rama junto a las otras.

Esta dificultad la resuelve el sistema del Derecho Socialista, en el que la función rectora del Derecho estatal o constitucional queda reconocida, al decir que su tarea es establecer “los principios fundamentales y los de partida para las otras ramas del Derecho”.

En consecuencia, en las normas de la Constitución tienen su base las normas de todas las ramas del Derecho, que con el carácter de principales son: el Derecho

---

6) De la Cueva, Mario, El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, p.p. 74-75, Editorial Porrúa, S.A. (México-1972).

administrativo, el Derecho Civil, el Derecho económico, el Derecho penal, el Derecho laboral, el Derecho cooperativo (koljosiano), el Derecho penal procesal, el Derecho Civil procesal y el sistema judicial <sup>7</sup>

El sistema del Derecho Socialista no conoce, pues, la división en Derecho privado y público porque todo el sistema parte del principio de la conjugación de los intereses de la sociedad, del Estado, la colectividad y le individuo, de la misma manera que, entre nosotros, sucede con el Derecho del Trabajo y otras ramas de derecho nacidas de la creciente intervención del Estado en la economía y de la vigencia de un sistema de economía mixta, con lo cual, va perdiendo validez la división tradicional del derecho en público y privado.

2. EL DERECHO DEL TRABAJO. En calidad de rama del derecho público, o rama del derecho privado, o del más moderno derecho social; como derecho público privado, o simplemente como rama especializada del único derecho, el Derecho del Trabajo está presente en todos los sistemas y en casi todos los países.

La debida comprensión de esta nueva rama del derecho exige un estudio de su concepto, caracteres, principios, fuentes e instituciones fundamentales. En este compendio vamos a ocuparnos de ese estudio, con referencia al Derecho ecuatoriano, únicamente.

Precisa advertir desde el comienzo, de manera expresa que, a pesar de que se han propuesto numerosas denominaciones para esta materia, han terminado por prevalecer las de Derecho del Trabajo y Derecho Laboral; nosotros las emplearemos indistintamente, como denominaciones equivalentes <sup>8</sup>.

2.1. CONCEPTO. Son, igualmente, numerosas y variadas las definiciones del Derecho del Trabajo; por lo que preferimos ofrecer a continuación, más que una definición, una aproximación al concepto del mismo, deducido de nuestra legislación.

El Art. 31, lit. a), de la Constitución incorpora al Derecho Ecuatoriano del Trabajo, los "principios del derecho social" en calidad de fundamentos del mismo y guías para su aplicación.

Luego, el Código del Trabajo y una abundante legislación, todavía dispersa, desarrolla esos principios en un conjunto de normas, agrupadas en su mayor parte, en instituciones, que, al decir del Art. 1, inc. 1o. "regulan las relaciones entre empleadores y trabajadores y se aplican a las diversas modalidades y condiciones de trabajo".

Los Arts. 8, 9 y 10 del mismo Código delimitan el alcance de las relaciones de empleadores y trabajadores que están sujetas al Derecho Laboral, prescribiendo que

---

7) Shidkov, O.; Chirkin, V.; Yudin, J., Fundamentos de la Teoría Socialista del Estado y el Derecho, p.p. 338-343, traducido del ruso por Marta González, Editorial Progreso (Moscú-1987).

8) Cabanellas, Guillermo, Compendio de Derecho Laboral, T.I., p.p. 150-152, Bibliográfica Omeba (Buenos Aires-1968).

son aquellas, por las que el trabajador presta sus servicios personales y lícitos, bajo la dependencia de un empleador, y, a cambio de una remuneración.

Por tanto, parecería que nuestro Derecho se ocupa, tan solo, del trabajador dependiente; pero el Capítulo III, del Título III, del Código del Trabajo, somete a sus normas: la relación del artesano con quienes le encargan la ejecución de una obra, o "contratistas", así como, en materia de salarios, jornada, vacaciones e indemnizaciones por despido intempestivo, las del mismo artesano con sus operarios y aprendices.

Por último, el Título VI y varias normas dispersas en otros títulos del citado Código, tratan de las relaciones de los trabajadores y de los empleadores con el Estado, a través de los órganos y procedimientos establecidos para cuidar que el Derecho Ecuatoriano del Trabajo sea observado o cumplido en todos los centros del trabajo del país, y para prestar oportuna y debida protección a los trabajadores.

Por consiguiente, el Derecho Ecuatoriano del Trabajo es el conjunto de principios, instituciones y normas que regulan las relaciones: primero, de los trabajadores con los empleadores; segundo, de los artesanos con sus contratistas y, en materia de salarios, jornada de trabajo, vacaciones e indemnizaciones por despido intempestivo, con sus operarios y aprendices y, tercero, de los trabajadores y empleadores con los órganos y procedimientos del Estado, encargados de velar por su cumplimiento y de dar protección a los trabajadores.

**2.2. LOS CARACTERES ESPECIFICOS.** El derecho del Trabajo, al igual que las otras ramas del derecho que han adquirido autonomía, tiene una fisonomía propia que lo identifica y, a la vez lo diferencia de las otras disciplinas jurídicas.

Esta fisonomía propia proviene de sus caracteres o rasgos específicos, respecto de los cuales, hay notable discrepancia entre los autores.

Por lo mismo, nos referiremos a los caracteres más comunmente aceptados y aplicables al derecho ecuatoriano; no obstante, no dejaremos de hacer mención de los otros caracteres, junto con el nombre de los autores que los estudian.

**2.2.1. DERECHO NUEVO.** El Derecho del Trabajo es nuevo: cronológicamente y técnicamente.

Cronológicamente es nuevo, porque aparece con las nuevas relaciones de producción que engendró la Revolución industrial; conforme pasa el tiempo y se aleja la etapa inicial de esa revolución, va dejando de ser nuevo, desde esta perspectiva.

Pero, técnicamente, no deja de ser nuevo, en cambio, porque informado como está, por principios de derecho público y privado, rompe esta clásica división del derecho y origina una nueva, que todavía se halla en proceso de configuración.

Llamado a regular relaciones laborales, dependientes de factores tan variables, como el avance tecnológico, el desarrollo económico y el progreso social, el Derecho del Trabajo se renueva constantemente, a fin de adecuarse a las cambiantes mo-

dalidades que adoptan las relaciones, que debe regular.<sup>9</sup>

2.2.2. DERECHO PROTECTOR.- Aunque con distinta justificación, hay coincidencia, en que para el Derecho Individual del Trabajo las partes de la relación laboral, trabajadores y empleadores, no son iguales, y en que ante la debilidad económica de los primeros, interviene el Estado para proveerles de la ayuda de la ley y, con esa ayuda, igualarles con los segundos.

Esta ayuda, por supuesto, no es dación gratuita del Estado, sino exigencia de la justicia y fruto de la lucha de los trabajadores-, que terminó sepultando, al menos en la letra de la ley, al Estado abstencionista del *laissez faire laissez passer* - y contribuyó al advenimiento del Estado intervencionista. Por lo tanto, la intervención del Estado se concreta en las leyes que dicta, para dar a los trabajadores la protección que reclaman y necesitan.<sup>10</sup>

En el Derecho Colectivo del Trabajo, tal ayuda no es necesaria y, en consecuencia, se limita a poner en manos de la clase trabajadora los instrumentos de su auto-defensa.

2.2.3. DERECHO EN EXPANSION. Los factores arriba citados de avance tecnológico, desarrollo económico y progreso social, generan nuevas actividades económicas y modifican a las actuales, y el Derecho del Trabajo es llamado a regular las relaciones laborales de esas nuevas actividades económicas o de las antiguas que, no siendo inicialmente laborales, han devenido en tales.

Este carácter expansivo del Derecho del Trabajo se apoya en el inc. 1o. del Art.1 del Código del Trabajo que extiende su manto protector a “las diversas modalidades y condiciones de trabajo” o sea, a las conocidas y a las que lleguen a conocerse en el futuro.

Así es como, con el andar de los años, a las modalidades de trabajo conocidas en 1938, se han añadido muchísimas otras, que lo mismo que aquellas, ahora están sujetas al Derecho del Trabajo, contenido en las disposiciones generales del Código de la materia y leyes especiales, que, con el Código, integran el Derecho ecuatoriano.

Parecido es el fenómeno de la expansión del Derecho del Trabajo en todos los países; por ello, Camerlynck-Lyon-Cane hacen notar que al principio se limitaba a la industria (manufacturas, minas), después se extendió al comercio y a la agricultura, más tarde al servicio doméstico y aun a las profesiones liberales, hasta abarcar a los empleados y obreros de las entidades y empresas del sector público.

---

<sup>9</sup> Palacios, Alfredo, El Derecho Nuevo, Quinta Edición p.p. 75 y siguientes, Editorial Claridad, S.A. (Buenos Aires-1960).

<sup>10</sup> Hueck, Alfred, Nipperdedy, H.C., Compendio de Derecho del Trabajo, p.p. 45 y siguientes, traducción de Miguel Rodríguez Peñero y Luis Enrique de la Villa, Editorial Revista de Derecho Privado (Madrid-1963).

Escapan al Derecho del Trabajo, únicamente los servidores del Estado, Consejos Provinciales, Concejos Municipales, y entidades autónomas creadas por ley para el ejercicio de la potestad estatal y altos funcionarios de las otras entidades autárquicas y empresas del sector público, sobre quienes, de todas maneras, ejerce potente atracción y les son aplicables algunas de sus instituciones; así por ejemplo en Francia: el derecho sindical y el de huelga les han sido reconocidos, si bien con una regulación especial.

Los servidores públicos del Ecuador reclaman el derecho de asociación sindical, propugnan la aprobación y ratificación del Convenio No. 151 de la Organización Internacional del Trabajo, que trata de la Protección del Derecho de Sindicación y los Procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública.

El Derecho del Trabajo no sólo se extiende en relación a la clase de actividades económicas y de trabajadores, sino también se extiende de la regulación de las relaciones de trabajo, a la reglamentación de la vida de trabajo <sup>11</sup>

**2.2.4. DERECHOS MINIMOS DEL TRABAJADOR.** Los maestros mexicanos son los que mejor han destacado este carácter del Derecho del Trabajo, y Mario de la Cueva lo enuncia demostrando que la ley ordinaria no puede contravenir ni restringir los beneficios que la Constitución otorga a los trabajadores, pero como son beneficios mínimos, no solo puede, sino que tiene como misión “ampliar los beneficios de acuerdo con el ritmo de las transformaciones sociales, a fin de aproximarse cada vez más a los ideales de justicia social” <sup>12</sup>

Lo dicho de la ley ordinaria con respecto a la Constitución, es aplicable a las restantes fuentes del Derecho Ecuatoriano del Trabajo en la relación de las unas con las otras.

Por consiguiente, la Constitución puede ser mejorada por la ley, la ley por el reglamento de empresa, la una y la otra por los contratos colectivos, los contratos colectivos por las actas transaccionales y por las sentencias de los Tribunales de Conciliación y Arbitraje, etc.

Con todo, las condiciones del contrato colectivo no pueden ser mejoradas por las del contrato individual, por los motivos que expondremos en el capítulo del contrato colectivo y por mandato del Art. 252 del Código Laboral.

**2.2.5. OTROS CARACTERES.** En el Tomo I de nuestra obra, Derecho del Trabajo, nos ocupamos con detenimiento, de la autonomía del Derecho del Trabajo, mientras otros autores confieren especial importancia a los caracteres de derecho de clase, uni-

---

<sup>11</sup> Camerlynck, G.H.; Lyon-Caen, G., Derecho del Trabajo, p. 18, traducción de la Quinta edición francesa, Aguilar (Madrid-1974).

<sup>12</sup> De la Cueva Mario, Op. Cit., p. 130.

tario, inconcluso, imperativo<sup>13</sup>, extraetático, concreto, provisorio, con tendencia a la internacionalización<sup>14</sup>; contingente, progresista, en constante diferenciación.<sup>15</sup>

De su naturaleza público-privada nos ocupamos en páginas anteriores ahora, nos limitamos a recordarla.

**3. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO.** Los principios del Derecho del Trabajo, como los de cualquier otra rama, son enunciados éticos y aún filosóficos, que sirven de fundamento a los preceptos o normas jurídicas positivas, cuya expedición inspiran, y en cuya interpretación sirven de criterio orientador, a la vez que actúan de fuente supletoria, en caso de ausencia de ley.

Esta triple función de los principios del Derecho del Trabajo, bajo la denominación de “principios del derecho social”, está consagrada por el lit. a) del Art. 31 de la Constitución Política de la República.

Integrados al Derecho Ecuatoriano del Trabajo, esos principios fundamentales y habida cuenta que tiene técnicas y fuentes propias, resulta anacrónico el Art. 6 del Código del Trabajo que nos remite al Código Civil, en los casos de falta de ley laboral expresa, éste también es al parecer de Camerlynk-Lyon-Caen- en Francia y así lo entendieron los autores de la Nueva Ley Federal del Trabajo en México, que suprimieron al “derecho común” de las fuentes del Derecho del Trabajo.<sup>16</sup>

Américo Plá Rodríguez reconoce que “no hay una lista única, unánimemente aceptada” de los principios del Derecho del Trabajo, y para analizarlos mejor los divide en jurídicos y políticos.<sup>17</sup>

**3.1. LOS PRINCIPIOS JURIDICOS.** Son aquellos que informan las normas jurídicas de las diversas ramas del derecho, y los que corresponden al Derecho del Trabajo, en orden descendente, por su aceptación, son los siguientes:

**3.1.1. INDUBIO PRO-OPERARIO.** Este es un principio de aceptación general, el cual afirma que en caso de duda, acerca del alcance de la norma aplicable, los funcionarios judiciales y administrativos la aplicarán en el sentido más favorable para los trabajadores, lit. e), del Art. 31 de la Constitución.

Este principio tiene tres aplicaciones prácticas y son -las tres- simples consecuencias del carácter protector del Derecho del Trabajo; de ahí que, la mayoría de los autores consideran a éste, que para nosotros es una característica, ser el principio y lo denominan “principio protector”.

---

<sup>13</sup> De la Cueva, Mario, Op. Cit. p.p. 86 y siguientes.

<sup>14</sup> Plá Rodríguez, Antonio, Curso de Derecho Laboral, Tomo I, Vol. I, p.p. 21-25, Alkali Editorial (Montevideo-1976).

<sup>15</sup> Camerlynck, G.H., Lyoon, Cane, G, Op. Cit. p.p. 16-22.

<sup>16</sup> De la Cueva, Mario, Op. Cit. p.133.

<sup>17</sup> Plá Rodríguez, Antonio, Los Principios del Derecho del Trabajo, segunda edición, p. 15.

**A. LA DUDA EN CUANTO AL ALCANCE DE UNA DISPOSICION.** Cuando una norma o disposición es susceptible de ser interpretada de diversas maneras, el Art. 7 del Código del Trabajo dispone que se la aplique “en el sentido más favorable a los trabajadores”.

Este principio es válido para la interpretación de la norma y de ninguna manera para suplir la falta de norma, o sea que, a diferencia de otros principios, es de simple hermenéutica jurídica.<sup>18</sup>

**B. APLICACION DE LA NORMA MAS FAVORABLE.** En este segundo supuesto, ocurre que existen dos o más normas aparentemente aplicables al caso y, entonces, el principio dispone que se aplicará la más favorable a los trabajadores.

Esto es así, desde luego, cuando las distintas normas de posible aplicación al caso, son de diferente jerarquía: como sería cuando un precepto constitucional, otro legal, un tercero del contrato colectivo entran en conflicto; no así, si es que el conflicto se presenta entre normas de la misma jerarquía, una de las cuales es especial y otra general, pues, en este caso, prevalece la especial sobre la general.

Este alcance del principio in dubio pro-operario o del principio protector, como otras prefieren sostener, no está expresamente consagrado en el texto de nuestra legislación ordinaria; pero, tal consagración no hace falta puesto que el lit. e) del Art. 31 de la Constitución lo hace de manera genérica.

Su aplicación confronta, con todo, varias dificultades: la primera de las cuales es relacionada con la forma de comparación de las normas, prevaleciendo la que enseña que si las normas en conflicto contienen más de una disposición, que pueden separarse, para sumar la parte favorable de la una a la parte favorable de la otra u otras, se procederá de esta manera a acumularlas, mas si una, o todos son inescindibles, la comparación se hará del conjunto y no de sus diferentes partes.<sup>19</sup>

**C. LA CONDICION MAS BENEFICIOSA.** Este principio mira al caso de los trabajadores que, por costumbre, contrato individual u otra forma cualquiera de crear derechos, vinieron gozando de ciertos beneficios superiores a los que, en un momento dado, se prescribieren en otra norma jurídica a favor de todos los trabajadores, y estatuye que los beneficios creados para la generalidad de los trabajadores se aplicarán, sin perjuicio de que los trabajadores que gozaban ya, de otros mayores, sigan gozando de éstos.<sup>20</sup>

Esta regla que, para el caso de conflicto entre el contrato colectivo obligatorio de una parte y, de otra, los contratos colectivos ordinarios y los individuales, está

---

<sup>18</sup> Plá Rodríguez, Antonio, Op. Cit. p.p. 43-44.

<sup>19</sup> Plá Rodríguez, Antonio, Op. Cit. p.p. 57-60.

<sup>20</sup> Bachiller, Sergio; Berasategui, Miguel; Palmigiano, Juan C., Lecciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, T.I., p.p. 24-25, Abelardo Perrot (Buenos Aires, 1983).

prevista en el Art. 252 del Código del Trabajo, es aplicable siempre, en virtud del mandato constitucional, tantas veces citado, tanto más cuanto que es consecuencia, también, del principio de intangibilidad.

3.1.2. LA IRRENUNCIABILIDAD. Otro principio que, por ser del derecho social está consagrado genéricamente en el lit. a) del Art. 31 de la Constitución, y previsto además de manera expresa en el lit. d) del mismo precepto constitucional y en el Art. 4 del Código del Trabajo es el de que los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación en contrario.

Aparte de esta consagración genérica, hay derechos cuya irrenunciabilidad está prescrita de modo expreso y concreto; así sucede con las condiciones del Código para los contratos individuales, Art. 36; la jornada máxima, Art. 55; las vacaciones anuales, Art. 71; las remuneraciones mínimas legales, Art. 80; el fondo de reserva, Arts. 198 y 201, y las indemnizaciones por riesgos del trabajo, Art. 394.

La irrenunciabilidad comprende a todos los derechos del trabajador, cualquiera que sea la fuente de que provengan, a saber, la ley, el reglamento, el contrato, etc.

La violación de este principio acarrea la nulidad absoluta, no del contrato, sino de la cláusula en que se la viola, que será automáticamente sustituida por la norma desconocida.

Por ser absoluta, la nulidad debe ser declarada, por el juez de oficio, así el trabajador no la hubiere alegado, y esa declaratoria tiene efectos retroactivos, es decir: el trabajador tiene derecho a reclamar las prestaciones establecidas en la norma jurídica, desde que comenzó la relación laboral, aunque en el convenio con el empleador se haya comprometido a no reclamarlas, o a reclamar la diferencia si es que las convenidas fueran, solamente inferiores <sup>21</sup>

No se oponen a la irrenunciabilidad: la transacción, cuando versa sobre derechos litigiosos y dudosos y cuando a cambio de sus concesiones, reciba otras del empleador; la conciliación, a menos que en ella hubiera una renuncia clara y demostrable, el desistimiento y la prescripción.

La renuncia al empleo no es incompatible, ni está limitada, menos prohibida porque a nadie se le puede exigir servicios, contra su voluntad.

3.1.3. LA INTANGIBILIDAD. En el lit. c), del Art. 31 de la Constitución, el Estado garantiza la intangibilidad de los derechos reconocidos a los trabajadores.

Tres consecuencias se derivan de este principio: la una, ninguna norma jurídica posterior a la vigencia de la Constitución (10 de Agosto de 1979) puede disminuir las condiciones de trabajo de que gozaban los trabajadores a esta fecha; segunda, ninguna norma jurídica posterior puede derogar o reformar, en perjuicio de los tra-

---

21) Plá Rodríguez, Antonio, Op. Cit. p.p. 110-111. De la Cueva, Mario, Derecho Mexicano del Trabajo, Tomo I, Quinta edición, p.p. 258-259 (Editorial Porrúa, S.A. (México-1960).

bajadores, una anterior, y tercera, la regla de la condición más beneficiosa de que hablamos en el número 3.1, lit. c).

**3.1.4. LA IGUALDAD.** Este principio consiste en que los trabajadores que sean iguales en su prestación, deben ser semejantes también en los beneficios que por ella reciben, sin discriminaciones que no están fundadas en la clase, calidad, rendimiento o condiciones objetivas del trabajo.

En cuanto a la remuneración, el Art. 78 del Código del Trabajo lo adopta en estos términos: "A trabajo igual corresponde igual remuneración, sin distinción del sexo, raza, nacionalidad o religión: mas la especialización y la práctica en la ejecución del trabajo se tendrán en cuenta para los efectos de la remuneración".

Por lo que hace a las demás condiciones de trabajo, el principio es igual en virtud del ya citado lit. a), del Art. 31 de la Constitución; pero, si hiciera falta una consagración positiva, el Art. 2, numeral 2, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, lo estipula y su vigencia, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, está prescrita en el Art. 44 de la Constitución y en el inc. 2o. del Art. 1o. del Código del Trabajo.

**3.1.5. PRIMACIA DE LA REALIDAD.** Se dice que el Derecho del Trabajo es eminentemente realista porque para él, lo que importa es lo que ocurre o haya ocurrido en la práctica y prevalece, consecuentemente, en contra de lo que las partes hayan pactado, aunque lo hayan hecho en forma solemne y por instrumento público, así como también, prevalece en contra de lo que aparezca de documentos públicos o privados, u otras formalidades de cualquier índole.<sup>22</sup>

La realidad prima sobre las formalidades o apariencias, sea que éstas provengan de la intención deliberada de simular, de error, de falta de actualización de los datos, o sea del incumplimiento de requisitos formales. Uno de los efectos de este principio está recogido en el inc. 2o. del Art. 10 del Código del Trabajo, por el que ampara a los obreros del sector público, no obstante que, para hacerlos aparecer como empleados, se les extendiera nombramiento y no contrato de trabajo y se les pagara sueldo, en lugar de salario.

En cualquier otro caso, es igualmente aplicable este principio, según el mandato constitucional ya citado.

**3.1.6. CONSERVACION O CONTINUIDAD DE LA RELACION LABORAL.** Este principio equivale a la estabilidad en el puesto de trabajo, mientras el trabajador conserva su capacidad para el trabajo y las tareas que ejecuta, sean necesarias en la empresa.

---

<sup>22</sup> Vázquez Vialard, Antonio, Tratado de Derecho del Trabajo, Tomo 2, p. 271 Editorial Astrea (Buenos Aires-1982).

Este principio forma parte de nuestro Derecho Laboral, con el carácter de estabilidad relativa, según lo veremos más adelante.

3.1.7. OTROS PRINCIPIOS. Hay otros principios invocados por los autores, aunque no, con la misma aceptación general que los anteriores.

Ellos son: razonabilidad, buena fe, equilibrio de las relaciones laborales, justicia social, equidad, rendimiento, solidaridad, dignidad humana, existencia decorosa, responsabilidad, etc. <sup>23</sup>

3.2. LOS PRINCIPIOS POLITICOS. Estos principios más que informar el derecho positivo, sirven de guía e inspiración a los gobernantes en la elaboración y ejecución de su política laboral y social.

Los más importantes y generalmente aceptados son: derecho al trabajo, libertad de trabajo, obligatoriedad del trabajo, en los términos detallados en nuestro Tomo I. de la obra: Derecho del Trabajo.

---

23) Plá Rodríguez, Antonio, Curso de Derecho Laboral, T.I. Vol. c). De Buen, Néstor, Derecho del Trabajo, Tomo 1o. Bachiller, Sergio; Berasategui, Miguel; Palmigiano, Juan C., Lecciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

# La Calificación del Contrato Mercantil

Tito Cabezas Castillo

**E**l presente artículo que me ha solicitado la Asociación Escuela de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador busca alcanzar un doble propósito, despertar el interés y provocar una fructífera discusión sobre un tema que ha sido para mis estudiantes y para mí motivo de múltiples inquietudes, la calificación de los contratos mercantiles.

El propósito sugerido talvez aparezca, a primera vista, como carente de relevancia, ya que puede decirse, si hablamos de contratos mercantiles para ocuparnos de la calificación puesto que ya están tipificados como tales.

La reacción anterior contiene una parcela de verdad, y solamente tiene alcance para los actos de comercio que llamamos absolutos, es decir aquellos que no tienen en consideración sino la capacidad del sujeto, no exigen ni condición profesional, ni tampoco ninguna intencionalidad.

El problema subsiste para la mayor parte de contratos y especialmente para aquellos que tienen un contrato homónimo en el Derecho Civil.

En el sistema jurídico ecuatoriano el derecho obligacional está sujeto a un doble ordenamiento jurídico, por un lado existen el Código de Comercio y las Leyes Mercantiles, y de otro lado el Código Civil.

Tanto en el ordenamiento mercantil como en el ordenamiento civil existen contratos propios de cada uno de ellos, pero también en ciertos casos existen contratos comunes.

La calificación de un contrato como civil o mercantil no está sujeta exclusivamente a la voluntad de los contratantes, es decir que un contrato no es civil o mercantil por la tipificación que hagan los contratantes, sino que su naturaleza jurídica dependerá de la concordancia entre declaración de voluntad y supuestos de Ley.

¿Cuál es el sistema empleado por el legislador ecuatoriano para definir la materia mercantil?

El artículo 1 del Código de Comercio señala el ámbito de imperio de la Ley Mercantil cuando dice:

Art. 1. El Código de Comercio rige las obligaciones de los comerciantes en sus operaciones mercantiles, y los actos y contratos de comercio, aunque sean ejecutados por no comerciantes.

También será necesario para el análisis que realizamos el citar las siguientes disposiciones legales:

Art. 2. Son comerciantes los que teniendo capacidad para contratar, hacen del comercio su profesión habitual.

Art. 3. Son actos de comercio, ya de parte de todos los contratantes, ya de parte de alguno de ellos solamente....

Según lo visto anteriormente los actos y los contratos de comercio pueden ser ejecutados tanto por comerciantes, como por no comerciantes.

Si una persona hace de la realización de actos y contratos y comercio su profesión, se convierte en un comerciante con todos sus derechos y obligaciones.

Además el encabezamiento del artículo 3, y el tratamiento posterior desarrollado en el Código de Comercio nos hacen ver que en el sistema mercantil ecuatoriano los contratos mercantiles pueden ser tales para las dos partes o bien solamente para una de ellas, produciéndose así la existencia de contratos mixtos, es decir mercantiles para una parte y civiles para la otra.

Tanto en el caso de los contratos mercantiles para las dos partes, como en el caso de los contratos mixtos, cuáles son los elementos de los cuales podemos servirnos para su calificación.

Los elementos de calificación de los contratos mercantiles pueden reducirse a los siguientes:

a) **Subjetivos**, que pueden aparecer formulados bajo dos aspectos, un aspecto profesional que significará que para ciertos contratos se requiere que una de las partes, y en ciertos casos las dos tengan la condición de comerciantes. Para ciertos contratos en cambio se trata de un problema de intencionalidad del contratante, el contrato debe realizarse con determinado propósito o fin pudiendo ser o no expresado, según el caso.

b) **Objetivos**, en este aspecto se suele hacer referencia a cierto tipo de bienes como sucede en las compraventas mercantiles, solamente los bienes muebles son parte de estas transacciones, o las mercaderías en el caso del transporte terrestre de bienes.

Para poner un ejemplo en el cual se reúnen los dos elementos señalaré el caso de la venta de la totalidad de mercaderías de un comerciante: se requiere la presencia de un comerciante que es el vendedor y por otra parte los bienes, mercaderías, son

necesariamente bienes muebles.

A continuación señalaré otro ejemplo en el cual están reunidos el elemento subjetivo intencionalidad y el elemento objetivo bien mueble, es el caso de la compraventa comercial ordinaria: el comprador debe hacerlo con el ánimo de revender en la misma forma o en otra distinta y el objeto del contrato deben ser bienes muebles.

En el caso en el que la Ley Mercantil exija la presencia de una parte comerciante o de las dos partes comerciantes, los comerciantes deben ser oportunamente matriculados.

En esta presentación simple, parecería sencillo el problema de la calificación, pero a las normas vistas debe sumarse el siguiente artículo del Código de Comercio, Art. 140. El contrato es mercantil desde el momento que se celebre con un comerciante matriculado.

Perderá esta prerrogativa, si el comerciante no ha sido matriculado en el tiempo determinado por el Código de Comercio.

La disposición transcrita que fue incorporada en nuestra legislación en el Código Alfaro de 1906 sugirió a varios mercantilistas la idea de que, a partir de la vigencia de la nueva norma jurídica para que un contrato sea mercantil era suficiente el que intervenga un comerciante matriculado oportunamente.

Esta interpretación conlleva dos consecuencias, la una que desaparecerían en el mundo del comercio los contratos mixtos; y la otra, que el sistema del Código de Comercio ecuatoriano se había transformado en subjetivo, puesto que lo que volvía mercantil un contrato era la intervención del profesional del comercio.

Tal situación no corresponde a la realidad jurídica. En nuestro sistema aún existen los actos de comercio mixtos como los señala el encabezamiento transcrito del Art. 3 del Código de Comercio y además no todos los actos que realiza un comerciante tienen el carácter de mercantiles. Así por ejemplo en el caso de la compraventa, lo que un comerciante compra para su uso o consumo particular no constituye una compra mercantil, pero puede constituir una venta mercantil para el comerciante que lo hace. Además si un comerciante matriculado interviene en la compraventa de un inmueble dicho acto será civil y su presencia no le cambia de naturaleza.

En qué sentido deberíamos entonces interpretar el Art. 140. A mi juicio dicho artículo debería interpretarse en el sentido de que cuando el Código de Comercio exige como elemento de calificación de un contrato la presencia de un comerciante, éste debe ser oportunamente matriculado, en caso contrario perdería la prerrogativa mercantil.

Además para abundar, cuando se reformó el Código de Comercio y se introdujo el actual Art. 140, no se reformó ni el Título Preliminar del Código, ni tampoco su libro V, el de la Jurisdicción Mercantil, que a la época existía. Finalmente debemos preguntarnos, es que tiene importancia estudiar el problema de la calificación del contrato mercantil.

Evidentemente que tiene gran importancia el asunto ya que si el contrato es cali-

ficado como mercantil las normas que lo regirán serán las reglas mercantiles, a través de ellas podrán establecerse reglas particulares de capacidad para los sujetos intervinientes, requisitos de intencionalidad, derechos y obligaciones de las partes, medios particulares de prueba, normas especiales sobre tradición, plazos de gracia, plazos de prescripción, procedimientos especiales para las acciones judiciales o recursos al procedimiento ordinario mercantil que es el verbalsumario. Todo lo dicho anteriormente no tiene ninguna importancia si el contrato no es mercantil.

El tema propuesto espero que sea generador de discusión, por mi parte me comprometo a terminar un trabajo que realizo de recopilación de jurisprudencia sobre el asunto, para presentarla en un nuevo trabajo completo.

Quito, enero 1989.

# La acción en el Derecho Procesal Penal

Ricardo Vaca Andrade

## I. PRINCIPIOS BASICOS

**H**emos de empezar reconociendo, como lo hace CALAMANDREI, que la acción, antes que una construcción dogmática de los teóricos, es una realidad práctica aceptada por el derecho de todos los países civilizados y acerca de la cual pueden darse las más diversas interpretaciones.

La existencia de este importantísimo instituo procesal se explica de la siguiente forma:

a) Cuando los miembros de una sociedad incumplen las disposiciones legales vigentes, el Estado reacciona de modo diverso:

- si de salvaguardar bienes de naturaleza pública se trata, como son los tutelados por el Derecho Penal, procede la iniciativa pública, prescindiendo de toda consideración individual o particular. Esto ocurre con el proceso penal en general, pues el Estado reacciona por iniciativa propia, investigando y promocionando el proceso penal, siendo irrelevante jurídicamente la voluntad de los particulares que “no puede impedir la actividad estatal” (RUBIANES).

- si se trata de derechos o bienes disponibles en el campo del derecho privado, la iniciativa también es privada. El Estado permanece inerte e indiferente “y solo interviene si el interés individual lo reclama para que lo tutele, cuando el particular se siente lesionado”. En estos casos la decisión es soberana de los individuos afect-

tados, pues “el poder de disponer de sus intereses y de exigir la satisfacción de los propios derechos está reconocido al particular en forma exclusiva”, conforme enseña el profesor argentino ya citado.

- también interviene el Estado en relación con aquellos derechos indisponibles y que son atinentes al orden público, como “cuando se está frente a normas jurídicas cuya observancia es sustraída, en medida más o menos amplia, según los casos, a la libre voluntad de los interesados”, como por ejemplo la pretensión represiva y ciertas cuestiones en el campo civil como las relaciones de familia y de estado. También en estos casos el Estado procede prescindiendo de la voluntad de individuos, pues, los efectos de tales situaciones, no pueden ser enervados por la voluntad de los particulares.

b) Por lo general, las normas jurídicas de una sociedad se observan por la propia voluntad de sus miembros o por temor a la sanción que acarrea su incumplimiento, por virtud, por cultura, por formación familiar o, en fin, por cualquier otra razón. Mas, cuando se produce la inobservancia de esas normas y se lesionan derechos, bienes o intereses jurídicos ajenos, al particular afectado le está prohibido hacerse justicia por mano propia o recurrir a medios violentos de autodefensa.

Como el Estado ha prohibido que se recurra a la fuerza privada, surge, entonces, la necesidad de que a los particulares se les otorgue la facultad de obtener la protección de la fuerza pública del Estado que se les brinda mediante los órganos jurisdiccionales.

c) Cuando el particular considera que se han vulnerado sus derechos tiene la facultad de poner en movimiento a los órganos jurisdiccionales estructurados por el Estado, precisamente en el momento en que a ellos se recurra, es decir, de excitar a los organismos públicos apropiados para que se pongan en funcionamiento y actúen de acuerdo con la ley. Esta facultad es la que constituye precisamente la acción procesal.

De lo dicho se desprende que la ACCION es la actividad del particular dirigida a provocar la intervención del juez, o, como dice CALAMANDREI, “es el medio por el cual el ciudadano invoca en su favor la fuerza pública”.

d) El Profesor RUBIANES hace notar que “Desde el primitivo golpe con un palo, para reclamar a alguien lo que consideramos nuestro, hasta el evolucionado escrito de demanda solicitando que ese reclamo se realice por medio de los órganos jurisdiccionales del Estado, hay una importante evolución, en que se revela que la acción material es sustituida por la acción procesal”.

Por ello, según el mismo autor “La acción es, pues, la actividad dirigida a estimular la jurisdicción, a invocar del juez una providencia, conforme a la propuesta del reclamante, destinada a obrar en la esfera jurídica de otra persona”.

Según COUTURE la acción es el “poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho para acudir a los órganos jurisdiccionales a fin de reclamarles la solución de

un conflicto de intereses”.

e) Finalmente, es de destacar que, en el Estado contemporáneo el fenómeno jurisdiccional se puede apreciar desde una doble óptica: desde el punto de vista del Estado que administra justicia (jurisdicción), o desde el punto de vista del ciudadano que solicita la actividad de los órganos del Estado para que se le haga justicia (acción procesal).

En este sentido, es adecuada la apreciación de ALCALA ZAMORA, para quien “la acción es el motor que pone en marcha al proceso a efecto de que la jurisdicción resuelva sobre el tema controvertido”.

En base a lo dicho podemos resumir señalando como PRINCIPIOS BASICOS de la acción procesal, en general, los siguientes:

1. La jurisdicción y la acción son independientes.
2. Cuando se ejerce la acción entra en actividad la jurisdicción.
3. La acción y la jurisdicción deben ser ejercidas, como regla general, por organismos y personas distintas.

## II. LA ACCION EN EL DERECHO PROCESAL PENAL

Aunque se trata de una institución procesal de orden general, algunos de los criterios anotados no son plenamente aplicables al ámbito penal ya que el ejercicio de la acción penal no se concibe ni se realiza de la misma forma que se lo hace en lo civil.

La acción dentro del Derecho Procesal Penal tiene rasgos propios que se basan, en esencia, en la actividad pública fundamental y propia de sancionar los hechos delictivos que se cometan y que, salvo casos excepcionales, está en manos de órganos del Estado.

1. Así como a los particulares les está prohibido realizar actos violentos de auto defensa de sus derechos la prohibición rige también para el Estado; por ello, cuando se comete un delito o un hecho que tiene apariencia de delito, las autoridades públicas no aplican de manera directa e inmediata las sanciones previstas en la ley penal sustantiva. Es indispensable que previamente se instaure un proceso penal de acuerdo a las normas constitucionales y del Derecho procesal Penal para garantizar efectivamente el derecho a la defensa que tiene el sospechoso o sindicado. Así mirado, el proceso penal es, a la vez, un instrumento de juzgamiento y hasta de represión, si se quiere, pero también lo es de respeto a las garantías constitucionales, en cuanto, tan solo cuando se han cumplido los actos procesales pertinentes a cada etapa, de investigación y de juzgamiento, se puede decir si una persona es culpable o inocente.

2. De todos modos, una vez que se ha dado el hecho supuestamente delictivo,

exista o no un particular afectado, la acción penal, que se canaliza a través de distintos medios, invoca la jurisdicción penal para determinar dentro del proceso a instaurarse la forma en que se ha cometido el delito y sancionar a los responsables de él. En este caso es el propio Estado el que promueve el ejercicio de la jurisdicción como titular que es del derecho subjetivo de castigar o *ius puniendi*.

3. Puede suceder que sea el mismo Estado a través de sus organismos predispuestos -policía o juzgados de instrucción- el que, habiendo llegado a conocer la comisión del hecho delictivo promueva la acción penal, sin perjuicio de que los particulares, a través de la denuncia o la acusación particular, lleven la “*notitia criminis*” al órgano competente para los efectos específicos. En todo caso, “para la iniciación del proceso penal no se establece como condición o presupuesto que el juez sea requerido por quien es titular del ejercicio de la acción penal”, como en la realidad sucede con tantos hechos que son perseguibles de oficio, -robos, muertes, violaciones-, que se juzgan y sancionan pese a la inactividad del directamente afectado por el resultado delictivo, o a la falta de requerimiento del fiscal a través de la excusativa.

4. Ante la necesidad de que en lo posible y con relación a la mayoría de delitos se mantenga una separación entre acción y jurisdicción traducida en su efectivo ejercicio, se ha estructurado orgánicamente al Ministerio Público el que por deber legal debería llevar adelante el ejercicio de la acción penal en la generalidad de los delitos que anteriormente se llamaban de acción pública y que ahora se conocen como perseguibles de oficio, para diferenciarlos de los que por excepción solo son punibles cuando el particular agraviado tiene la iniciativa de promover la acción. Se puede distinguir, entonces, los tres poderes básicos con que se estructura la actividad punitiva del Estado: el poder jurisdiccional, el poder de acción penal y el poder de defensa, que se personifican en los tres sujetos principales del proceso penal: juez, representante del Ministerio Público y sindicado.

No siempre se requiere, desde luego, que la iniciativa corra a cargo del Agente o Ministro Fiscal, bien entendido que por la naturaleza de la actividad jurisdiccional en este campo, no se requiere de una acción específica con tal objetivo. Por ello, bien puede afirmarse que tanto para realización de actos presumariales, (levantamiento del cadáver, reconocimiento del lugar donde se ha producido el robo, o reconocimiento de la persona violada), no hace falta que el Agente Fiscal o el agraviado se presenten ante el juez para hacerle conocer los hechos. Según nuestras disposiciones legales, el Comisario de Policía de turno practicará las diligencias que sean procedentes, e iniciará el proceso penal sin que nadie le pida, es decir, de oficio.

5. Esta peculiaridad que es consustancial a la acción penal es lo que ha movido a no pocos autores (ODERIGO, CLARIA OLMEDO) a considerar, en cuanto a su

naturaleza jurídica, que la acción en lo penal no es propiamente una facultad, derecho o potestad como ocurre con la acción civil mirada desde la óptica del particular; sino más bien una **FUNCION PUBLICA** que se ejerce directamente por parte de los organismos públicos, sin perjuicio de que también los particulares ejerzan la acción penal de manera eventual y no obligatoria, en tratándose de delitos pesquisables de oficio; y, en forma imprescindible si se trata de delitos que solo pueden perseguirse por decisión del agraviado o sus representantes.

**ZAVALA BAQUERIZO** sostiene con igual criterio que “la acción es un poder jurídico que tiene por finalidad estimular al órgano jurisdiccional para que éste inicie el proceso respectivo”. Ello es realmente así cuando quien ejerce la acción penal es el Ministerio Público, la policía o un denunciante, pero no se puede aceptar tal criterio si quien ejerce la acción penal es el mismo juez actuando por su propia iniciativa, pues en tal supuesto no cabe admitir que el juez se estimule a sí mismo, como aclara el mismo autor. En tal caso, el juez no ejerce la acción penal sino que simplemente inicia un proceso penal en cumplimiento de su obligación legal.

La aclaración es importante si consideramos que hay una especie de confusión en la redacción del Art. 15 CPP ya que, supuestamente, el juez o tribunal penal competentes ejercen la acción penal cuando de oficio efectúan las pesquisas para determinar la existencia de una infracción.

6. No obstante lo anterior, debe quedar en claro que los órganos jurisdiccionales actúan con un criterio esencialmente imparcial puesto que lo que se persigue es establecer de manera objetiva e incontrovertible, a través de la “verificación jurisdiccional”, la existencia de hechos punibles, para castigar o no a quienes aparezcan como responsables. Precisamente por esta consideración es que la acción penal es autónoma del derecho subjetivo de castigar, pues, aun cuando la pueden ejercer por sí mismos los propios organismos del Estado, no siempre ni necesariamente se tiene que llegar a una decisión final condenatoria puesto que la finalidad de instaurar un proceso penal no es la de llegar siempre a dictar una sentencia condenatoria. Como hace notar **RUBIANES**, sería ridículo pensar que cuando se ha dictado sentencia absolutoria, no habiéndose ejercitado el derecho de castigar, tampoco se ha dado el derecho de acción.

7. Según el Art. 15 del CPP y haciendo excepción de los delitos expresamente mencionados en el Art. 428 de la misma ley, la acción penal la pueden ejercer:

- el juez o tribunal competente en materia penal, cuando efectúa la pesquisa de oficio,
- el representante del Ministerio Público, cuando realiza la excitación fiscal,
- cualquier persona actuando en calidad de denunciante,
- el ofendido por la conducta delictiva cuando presenta acusación particular,

- la policía, cuando presenta el parte policial informativo o el resultado de la indagación policial,
- los funcionarios públicos expresamente señalados en la ley o los jefes de unidades administrativas.

El texto y la forma en que se ha redactado el Art. 15 merece nuestra crítica, cuando menos, en los siguientes aspectos:

- a) Si el Art. 14 ya deja en claro que la acción penal es únicamente de carácter público, no había necesidad de aclarar que “el ejercicio de la acción penal PUBLICA” se inicia mediante auto cabeza de proceso... como dando a entender que existe también una acción penal “privada” contemplada en el anterior CPP.
- b) El ejercicio de la acción penal no se inicia mediante el auto cabeza de proceso que tan solo es el auto inicial del proceso penal que tiene por objeto delitos perseguibles de oficio y que conlleva la decisión judicial de abrir la primera etapa del proceso que es la del Sumario que es la investigativa. De hecho, existen muchos actos que se cumplen antes de que se dicte el auto cabeza de proceso y con los cuales realmente se ejerce la acción penal.
- c) De manera ingenua se han confundido los “antecedentes” a través de los cuales el juez puede llegar a tener conocimiento de que se ha cometido un hecho supuestamente delictivo, y que son invocados en el auto cabeza de proceso como presupuestos de su decisión, con las formas de ejercer la acción penal (incluida la propia actividad del juez, quien, como se ha visto no la ejerce). Como enseña ZAVALA BAQUERIZO, “la excitación fiscal, la denuncia y la acusación particular sí tienen por finalidad obligar al juez a que inicie el proceso penal respectivo cuando dichos modos de ejercer la acción penal contienen la relación de un delito”.

### III. CARACTERES DE LA ACCIÓN PENAL

Según algunos autores al señalar los caracteres de la acción penal se están fijando los del proceso penal; según la doctrina, son:

#### 1. PUBLICIDAD

En cuanto sirve para la realización de un derecho público, cual es el de aplicar a los casos concretos y particulares las normas del derecho penal sustantivo, el que, a su vez tiene como fundamento el poder punitivo del Estado. También porque está dirigida a satisfacer un interés colectivo general, no obstante la posibilidad de que la ejerza un particular.

## 2. OFICIALIDAD

En razón de que son los propios órganos del Estado los que tienen la facultad de iniciar e impulsar el proceso penal, bien sea por su propia iniciativa o por transmisión de la “notitia criminis” de parte de otra persona ajena al órgano. Para otros en cambio este carácter surge de la intervención necesaria dentro del proceso penal, de un organismo oficial de acusación y promotor de la pretensión punitiva del Estado como es el Ministerio Público.

## 3. INDIVISIBILIDAD

Lo es en razón de que una vez que se la promueva involucra a todos aquellos que de una u otra manera han intervenido en la ejecución de un delito o han concurrido a su comisión, es decir, a quienes alguna responsabilidad pudieren tener, supuesto que nadie puede escapar a la represión penal.

## 4. IRREVOCABILIDAD

Con ello se hace referencia al hecho de que una vez ejercida no existe la posibilidad de retractarse; no puede interrumpirse, suspenderse, ni hacerla cesar; tampoco sirve de nada el desistimiento que realice el acusador particular (Art. 47). En definitiva, no se agota sino en sentencia o en auto, por lo que solo puede suspenderse o concluir en los casos y formas establecidas en la ley procesal penal. Art. 165.

## 5. IRRENUNCIABILIDAD

Lo es pero tan solo para quienes tienen la obligación “legal” de ejercerla, como son el Juez, (Art. 19) el representante del Ministerio Público (Art. 24), la policía nacional (Art. 54, No. 2), y los funcionarios públicos expresamente determinados en la ley, o los jefes que descubran el cometimiento de un delito en la unidad administrativa de la que son responsables (Art. 52, Nos. 1 y 2).

En cambio, no existe obligación “legal” de ejercer la acción penal en calidad de denunciante cuando se trata de cualquier ciudadano que llegare a conoer que se ha cometido un delito. Igualmente, no existe obligación legal para el agraviado u ofendido por el delito o sus representantes.

## IV. EL EJERCICIO PRIVADO DE LA ACCION PENAL

Una vez que ha quedado definitivamente establecido que el ejercicio de la acción penal es únicamente de carácter público y que su ejercicio, en tratándose de los delitos perseguibles de oficio puede viabilizarse a través de distintos medios, nos

corresponde ahora referirnos a aquellas infracciones penales que por excepción solo pueden ser perseguibles mediante la intervención directa y decidida del ofendido por la conducta delictiva. Son estos los delitos para los que el legislador ha confiado de manera privativa y excepcional el ejercicio de la acción penal -que como tal sigue siendo pública- a la decisión soberana del particular ofendido. Y decimos que sigue siendo pública porque los objetivos básicos que se persiguen no varían en relación con la pretensión punitiva del Estado y de la sociedad.

Ha querido el legislador que en tratándose de estos delitos específicos, dada la naturaleza, circunstancias y consecuencias de la actividad delictiva, solamente cuando el ofendido, o su representante legal decidan acudir a los órganos jurisdiccionales se de inicio al proceso penal para establecer la existencia de la infracción y la responsabilidad de las personas. Casi todas son conductas que no producen gran alarma colectiva porque no afectan mayormente al conglomerado social sino tan solo a los particulares directamente ofendidos. Además, no ha escapado a la reflexión del legislador la necesidad de que en muchos casos se preserven, por sobre la pretensión punitiva, otros intereses individuales, familiares o sociales, o consideraciones de variada especie, que, debidamente valorados, pueden tener más significación que el mero hecho de imponer una pena como culminación de la divulgación escandalosa de los hechos.

Los delitos que solo pueden juzgarse mediante acusación particular porque el ejercicio de la acción penal pública se ha reservado privativamente al directamente ofendido son los mencionados en el Art. 428:

- a) El estupro perpetrado en una mujer mayor de 16 años y menor de 18,
- b) El rapto de una mujer mayor de 16 años y menor de 18, que hubiese consentido en su rapto y seguido voluntariamente al raptor,
- c) La injuria calumniosa y la no calumniosa grave,
- d) Los daños causados en bosques, arboledas o huertos de propiedad particular a través de distintas formas y, en general, los daños en el medio físico, los causados a caballos u otros animales domésticos o domesticados, supresión o cambio de linderos, cegamiento de fosos, etc., y
- e) Todos los demás delitos de usurpación que no estuvieren contemplados en el literal anterior.

Algunas de las CARACTERISTICAS de este modo de ejercer la acción penal pública, son las siguientes:

1. Como la decisión de recurrir al órgano jurisdiccional queda reservada en forma privativa al ofendido ni en la promoción de los actos iniciales ni en los de continuación del trámite procesal intervienen otros organismos públicos como la policía o el Ministerio Público, o personas particulares como un ciudadano que quiera denunciar el hecho. Menos aún puede el propio juez, por decisión personal, dar inicio al proceso penal.

Por lo dicho, la acción penal solo cuenta con el acusador particular, el acusado, y, sobre ellos, el juez penal como sujetos procesales principales.

2. El trámite se sujeta a disposiciones especiales constantes en los Arts. 429 y siguientes del CPP ecuatoriano, y del cual se han eliminado las cuatro etapas procesales a las que se refiere el Art. 166 al mencionar las que se pueden cumplir en el trámite ordinario. No hay, por lo tanto, ni etapa del Sumario ni del Plenario. Aunque al trámite en concreto nos referiremos más adelante, por le momento, se puede decir que en la sustanciación hay alguna semejanza con el procedimiento civil.

3. No se dicta auto cabeza de proceso, ni decide tampoco el juez penal, de manera personal, la iniciación del proceso y su continuación mediante actos probatorios de la existencia del delito y de la responsabilidad de los acusados.

4. No existen sindicados pues la acción penal se canaliza tan solo a través de la acusación particular que se contiene en la querrela. Existen acusados o querrelados, pero no sindicados, ni demandados.

5. Las reglas sobre la carga de la prueba en materia penal son distintas a las que se observan en el trámite ordinario. Más bien en este trámite especial las reglas se asemejan a las del proceso civil. Precisamente por esta razón, tanto el impulso del proceso como la introducción de actos probatorios es atribución privativa de las partes, y específicamente, del acusador particular.

6. La acusación particular por estos delitos solo puede presentarse ante los jueces penales, o los del correspondiente fuero, pero no ante los jueces de policía pues no existe una etapa instructiva del proceso en la que puedan ellos actuar como jueces de instrucción.

7. No se nombra defensores de oficio. Es el acusado o querrelado el que, por sus propios medios, tiene que contratar los servicios de un profesional del derecho que le ayude.

8. En la actualidad, debido a la categórica afirmación del Art. 14, "La acción pe-

nal es de carácter público”, hablar de acción penal pública y acción penal privada no es correcto como tampoco lo es clasificar los delitos según sean de acción pública o de acción privada. En su lugar, si se desea, pueden distinguirse, los delitos según sean pesquisables de oficio, o, perseguibles solo por la acusación particular, siendo los primeros la regla o generalidad, y, los segundos, la excepción.

# EL PECULADO: Importancia del Tipo

Arturo Javier Donoso Castellón

## INTRODUCCION

**P**ara muchas personas, resulta a veces complicado entender la diferencia, sobre todo en relación a la gravedad del hecho, entre la acción delictiva contra la propiedad en general y la destinada a la apropiación de bienes comunes a la sociedad. Inclusive, algunas personas, opinan que atentar contra la propiedad privada es grave porque ilícitamente el autor del hecho merma el patrimonio de alguien concreto; en cambio, tales personas creen que tomar lo que es de todos, no es ilícito y no faltará quien piense que simplemente es un buen “negocio”.

En los tiempos que corren, llegar a una función pública para muchos se ha convertido en la gran oportunidad de salir de la pobreza, apropiándose de los recursos económicos que deben administrar o controlar; estas conductas, por desgracia generalizadas cada vez con mayor frecuencia en un clima de corrupción pública y privada, atentan directamente en primer lugar contra la moral social e individual y, por otra parte, como lo veremos más adelante, constituyen la base de graves daños sociales muchas veces irreparables y que, definitivamente, conspiran contra la posibilidad del desarrollo armónico que necesita nuestro pueblo, urgentemente, para salir del subdesarrollo en que se encuentra.

Este panorama general orienta las reflexiones que se van a compartir a continua-

ción, a la luz del Derecho Penal y en la necesaria interrelación con las raíces criminológicas que el tipo penal del peculado plantea en concreto en los momentos históricos en que nos desenvolvemos. Por ello, el presente trabajo cubrirá cuatro áreas relativas a las diferencias en los delitos contra la propiedad y el peculado en cuanto al bien jurídico protegido se refiere; veremos luego el núcleo y elementos del tipo de peculado; analizaremos los sujetos activos del tipo revisado; y por fin, reflexionaremos sobre las consecuencias criminológicas y sociales del peculado.

## 1. PECULADO Y DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

El bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad en general, es la defensa del patrimonio de las personas naturales y jurídicas. En otras palabras, quien atenta contra la propiedad, merma ilícitamente el patrimonio de aquel contra quien dirige su ilícita conducta, sea mediante el engaño, la violencia, la fuerza, el fraude o el mecanismo que la ley penal asigna para cada una de las figuras penales en que se dividen los delitos contra la propiedad; pero en estos casos, el interés patrimonial protegido es, de una u otra manera de naturaleza individual o particular.

En cambio en el caso del peculado, el bien jurídico protegido es la defensa de los fondos públicos, sean estos dineros, bienes patrimoniales muebles e inmuebles, efectos que los representen y, en general, lo que constituye el presupuesto de las entidades públicas, fondos presupuestarios o privados pero de interés social, que en su conjunto, permiten el desarrollo de los entes públicos en cuanto a medios de servicio a la colectividad y en ejecución de las obras públicas que armónicamente permiten el desenvolvimiento de las actividades de todos los que hacen un país. Por esto, en el caso del peculado, los bienes de los que el infractor se apropia ilícitamente son de interés social.

En su aspecto medular el peculado, tiene como bien jurídico protegido la defensa del patrimonio de la sociedad políticamente organizada que, por lo mismo, actúa y se objetiviza finalmente en el desarrollo económico y social de cada pueblo, con efectos que se encarnan en cada situación particular. Por lo dicho, la conducta del infractor consiste en la “sustracción, apropiación o aplicación indebida” (lo que supone perjuicio siempre), “de los fondos públicos por aquel a quien está confiada su custodia o administración”.<sup>1</sup> En este sentido hay un mal uso o empleo arbitrario de la autoridad, atacando en forma directa o indirecta las leyes que garantizan el interés general, usando mal, excesiva, injusta, impropia e indebidamente algún bien. Por ello en el peculado se atenta contra el presupuesto entendiéndose como tal el conjunto de bienes y fondos destinados al servicio público a través de la institución de que se trata.

---

<sup>1</sup> Cabanellas, Guillermo: Diccionario Jurídico Edit. Heliasta, Buenos Aires, 1976, undécima edición T.III, p. 260.

Es común considerar al peculado como sinónimo de desfaldo y malversación, de lo que se sigue un perjuicio porque hay “sustracción o uso privado de caudales o valores por la persona que tiene la obligación de custodiarlos o de servirse de ellos para fines específicos”; o también “la aplicación o inversión de caudales públicos o ajenos en usos distintos a aquellos para los cuales están destinados”.<sup>2</sup>

## 2. NUCLEO Y ELEMENTOS DEL TIPO DE PECULADO

Para atender la reflexión en este punto, dividiremos este sector en dos subtítulos: lo relativo al núcleo del tipo y los elementos como tales.

### 2.1 *Núcleo del tipo:*

El núcleo del tipo penal del peculado es el abuso de dineros públicos o privados o efectos que lo representen. Debe pues, entenderse el abuso como conducta arbitraria, es decir contra la ley y esta a su vez como norma rectora de los límites de atribución del sujeto activo del delito, que se convierte en tal porque excede tales límites con intención de hacerlo. Como se trata de aspectos normados por el derecho público, el sujeto activo de la infracción sólo puede y debe hacer lo que está mandado por la ley; en otras palabras, no debe hacer ni más ni menos de lo que está mandado por la ley en el ámbito de las atribuciones claramente definidas por la norma. Pero, en otro lado, la conducta no podría ser incriminable si es meramente omisiva o permisiva, puesto que el tipo penal exige la intención de causar daño mediante acción o comisión por omisión, cuando se excluye la mera diligencia de cuidado propia de los delitos culposos.

### 2.2 *Elementos del tipo:*

El peculado supone la existencia del núcleo del tipo como queda antes reseñado y que se refiere a dineros públicos o privados y efectos que lo representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en poder del sujeto activo en virtud o en razón de su cargo. De aquí se desprenden los elementos del tipo de peculado que revisaremos específicamente.

2.2.1 **Acción de abuso en relación a dinero:** En este sentido se entenderá el dinero como el signo convencional de valor, moneda, caudal, fondos económicos. También se puede entender como los activos y elementos presupuestarios de cada entidad.

---

<sup>2</sup> Op. Cit. Tomo I, p. 679; tomo II p. 611.

También se incluyen los efectos que representen al dinero como mercaderías, mercancías o artículos de comercio, valores, documentos o títulos mercantiles. Se incluyen también los bienes muebles, enseres, objetos en general en cuanto sean objetos de negociaciones, susceptibles de contratos y operaciones bancarias que, en términos amplios representan el dinero en cuanto son o pueden ser créditos contra el Estado o entes públicos en este caso.

Igualmente se incluyen las piezas, entendiéndose por tales las monedas, derechos y emolumentos.

Incluye esta panorámica los títulos, es decir fundamentos de un derecho u obligación, en cuanto, además, son demostración auténtica del derecho con que se procede. Así mismo deberá entenderse por tales a los documentos que acreditan una deuda pública o un valor mercantil y cuya eficacia, que puede ser constatada los hace representativos de créditos en favor del Estado o entes públicos.

**2.2.2 Que estén en poder:** Este segundo elemento es muy importante porque exige que todos los valores señalados como primer elemento se encuentren en poder de una persona, y estar en poder, significa tener la facultad para hacer o abstenerse o para mandar algo. En tal sentido tener poder, significa que quien lo ostenta, tiene todas las capacidades y elementos para actuar respecto a los objetos que están bajo su control, de acuerdo a las facultades que, por sus funciones, tiene para administrarlos o para manejarlos en dirección de los objetivos, en este caso públicos, para los que existe el cargo, de acuerdo a las normas de derecho público que imperativamente dispone los límites entre los que se puede y se debe actuar en orden al bien común. Por ello quien ostenta el cargo, no puede hacer más ni menos que lo que está mandado por la ley y el ámbito de sus atribuciones específicas.

En la práctica administrativa, el ámbito de acción de cada funcionario se determina en las normas orgánico funcionales; y los límites de acción de cada recurso en los que recaen las atribuciones, consta en las partidas presupuestarias respectivas.

**2.2.3 En razón del cargo:** Este tercer elemento, establece algo muy importante, que consiste en la exigencia legal, de que exista la capacidad civil o política de actuar, lo cual proviene de la investidura o posesión que la persona ha efectuado para entrar en funciones en razón del cargo para el que fue elegido o nombrado. Precisamente por ello es en razón, es decir a causa o motivo del cargo que la persona ostenta que tales bienes o recursos los tiene y puede proceder a actuar sobre y en relación a ellos. Y estar en razón se refiere a tener la virtud, es decir capacidad, fuerza o potencia para que actuando sobre las cosas pueden producir sus efectos naturales de conformidad con la ley; obviamente tales cosas, son los recursos y bienes económicos que se encuentran a cargo del funcionario para que los administre y actúe sobre ellos en orden a lograr las finalidades sociales

para los que existe la entidad.

2.2.4 Que exista un perjuicio: Este cuarto elemento, es lógico, si consideramos que la administración de los bienes y recursos se debe orientar hacia el logro del bien común. Por lo mismo, una administración deficiente de tales recursos, podrá producir como efecto, el que un funcionario sea sancionado administrativamente, pudiéndose llegar hasta su destitución. Pero para que exista peculado debe existir la intención directa, es decir la conducta dolosa, de la persona que por su cargo maneja los recursos que tiene en su poder, orientando su conducta hacia la apropiación en su provecho o de otros de los recursos económicos, en lugar de orientarlos hacia la finalidad social que a través de la entidad respectiva se pretende alcanzar. En consecuencia, no basta la mera conducta culposa u omisiva, salvo el caso de comisión por omisión en la que exista la intención de causar daño. Más adelante reflexionaremos sobre el alcance de dicho daño social.

### 3. SUJETO ACTIVO DEL DELITO

Pueden ser sujetos activos del delito de peculado, varias personas como veremos a continuación:

3.1 *Los funcionarios públicos:* Las personas que ejercen funciones públicas son de manera natural los sujetos activos del peculado, porque tienen en su poder fondos y recursos públicos por la calidad que ostentan. En esta calidad se incluyen los funcionarios del Estado y todos los demás entes públicos, incorporándose por lo mismo a los funcionarios de Municipios y Consejos Provinciales. Por ello, Ranieri, califica como tales a los encargados de un servicio público, es decir las personas que desempeñan un servicio de necesidad pública, de modo temporal o permanente y por decisión de la administración pública.<sup>3</sup> En palabras del mismo autor, la función pública tiene relación directa con la vida del Estado y demás entes de las sociedades políticas organizadas, orientadas hacia el bien común puesto que “satisfacen necesidades colectivas populares cuya defensa y protección jurídica y social asume el Estado, en el desempeño de sus funciones”.<sup>4</sup> Por lo dicho, puede darse el caso de que, de manera temporal también una persona privada entre temporalmente en la calidad de servicio público cuando su acción natural se orienta a las finalidades indicadas, de acuerdo a las disposiciones legales; así, una cooperativa tiene acción sobre dineros que alcanzan una categoría de finalidad social y por lo mismo, el interés del Estado busca la protección del ejercicio honesto en la administración de los bienes de

<sup>3</sup> Ranieri, Silvio, Manual de Derecho Penal, Edit. Temis, Bogotá, 1975, T. III, p. 325.

<sup>4</sup> Op. cit. p. 237.

interés social y se comete el delito de peculado cuando el sujeto activo en categoría de funcionario público se apropia indebidamente de bienes y recursos que de manera específica están destinados al bien social. En este punto, es importante aclarar que la legislación italiana da a la malversación la condición de la típica conducta de peculado, criterio del cual nuestra legislación se aparta, porque dicha conducta sólo se convertiría en peculado cuando el sujeto activo destine los fondos que constan en un presupuesto público, a otros fines distintos de los señalados, pero en perjuicio de la entidad pública y por tanto, con beneficio ilícito para el funcionario que así obre o de un tercero; de lo contrario, la sola transferencia de los fondos de una partida a otra, sin el perjuicio consiguiente excluye la figura del peculado y sólo podría dar lugar a sanciones civiles o administrativas mas no penales.

3.1.1 Merecen especial mención, los funcionarios públicos de los organismos de control, como los de la Contraloría General del Estado, la Superintendencia de Bancos, de Compañías y el Seguro Social, a quienes corresponde fiscalizar el manejo de los fondos y recursos públicos, puesto que, cuando su conducta se oriente a disfrazar u ocultar información, con fines de favorecer a quien ha dispuesto arbitrariamente de esos fondos, el fiscalizador que así obre, entra obviamente en la condición de cómplice cuando no de coautor de la infracción de peculado. En efecto, muchas veces, la persona encargada de una fiscalización puede dolosamente, no comunicar irregularidades detectadas en esa fiscalización y así favorecer o impedir la sanción al autor de peculado. También, y más generalmente los fiscalizadores de los entes de control podrían incurrir en encubrimiento de actuaciones de peculado.

3.2 Los particulares que manejan fondos de destino público: Según las normas legales y la doctrina, son susceptibles de cometer delitos de peculado los funcionarios de bancos privados que, en razón de su cargo tengan acceso a la capacidad de decisión sobre los fondos y recursos depositados en la institución de la que son responsables. Pero, para que esta figura alcance a estos funcionarios privados se requiere, obviamente que se den todos los elementos del delito, subrayándose la imprescindible necesidad de que el abuso de los recursos o efectos que lo representen, se dé en razón y por medio del cargo que ocupa, convirtiéndose por tanto, en exigencia legal el que haya una conducta dolosa y no la mera negligencia u omisión culposa, porque la interpretación del texto penal tiene que ser estricta y no extensiva.

#### **4. CONSECUENCIAS CRIMINOLOGICAS Y SOCIALES DEL PECULADO**

La conducta incriminada en esta figura es mucho más grave que en los atentados contra la propiedad privada en cualquiera de sus formas. En efecto, partamos de un ejemplo ilustrativo: si en el Ministerio de Salud Pública las partidas presupues-

tarias, exiguas como son las de un país pobre como el nuestro, pretenden cubrir las necesidades cada vez mayores de atención primaria y secundaria de la salud social, que implica en otras palabras la atención a los grupos marginales que no pueden pagar, ni de lejos los altos y cada vez crecientes y sin control, costos de los servicios médicos privados. No es un secreto, que en los hospitales estatales se realizan intervenciones quirúrgicas con equipos obsoletos e insuficientes, compensados por la sacrificada buena voluntad de los médicos que muchas veces hacen verdaderos milagros para atender a los pacientes contra toda carencia material; faltan, camas, personal, equipos de esterilización, alimentación y medicinas. Por ello, muchas veces los pacientes deben traer al hospital estatal su propio equipo de venoclisis y adquirir afuera y a costo de mercado, las medicinas que le son imprescindibles. Las altas tasas de mortalidad infantil, los bajos promedios de expectativa de vida, la desnutrición y el parasitismo son frenos indudables al desarrollo nacional. En este panorama, si un funcionario público se apropia indebidamente de los recursos destinados a los servicios de salud pública, atenta de manera directa y gravísima contra valores sociales fundamentales como son la vida y el desarrollo integral, sobre todo de los más pobres de nuestro pueblo, en el marco referencial de las condiciones que hemos descrito. Pero, además, el ciudadano que llega a conocer de la conducta delictiva de ese funcionario, por una parte deja de confiar en la administración pública y, por lo mismo, desconfía del destino que se da a lo que paga a través de sus impuestos, factor que incide en la alta evasión tributaria que se puede detectar, y, por otra parte, psicológicamente, se autoconviene de que si el funcionario público actúa de esa manera, él también a su propio nivel lo puede hacer, cundiendo el mal ejemplo con el consiguiente dramático deterioro de la moral pública, lo que acarrea reacciones individuales y sociales en cadena, desmejorando el panorama social general.

El peculado atenta contra todo el esfuerzo nacional en pos del desarrollo y de una lucha contra todas las condiciones adversas propias de los países del tercer mundo y la falta de conciencia social genera, en círculos concéntricos el afán de enriquecimiento ilícito rápido, la fuga de capitales por inseguridad y desconfianza en el propio país y esto acarrea como consecuencia el desempleo que se puede verificar en cifras a simple vista.

En esta panorámica, podemos constatar la gravedad del problema. Por eso países como la Unión Soviética por ejemplo castigan severamente y reservan la pena de muerte, confiscación de bienes, prisión de hasta 15 años y al menos 8 en confinamiento, a los atentados contra la propiedad socialista, aunque el artículo 93 del Código Penal Soviético deja peligrosamente abierta la puerta a una interpretación subjetiva al hablar de "cantidad especialmente grande". (Arts. 89 y siguientes del Código Penal Soviético).<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Zdravomislov, Schneider y otros, Derecho Penal Soviético parte general, Edit. Temis, Bogotá, 1970, p. 589.

Para algunos criminólogos la explicación de las conductas de apoderamiento de bienes ajenos, se encuentra aparejada a una real presencia de carencias afectivas en los autores de tales hechos; se explica, psicológicamente, que quien atenta contra la propiedad ajena quiere, simbólicamente “robar la atención y el afecto del propietario de esos bienes”. Cuando tales conductas atentan contra la propiedad privada, se individualiza esa tendencia debido a la carencia señalada; pero cuando se atenta contra los bienes sociales, por medio del peculado, en mi opinión esa carencia afectiva se traduce, se transfiere, o se proyecta en una protesta contra el grupo social que representa la figura del padre irresponsable o inexistente, en una comunidad en que la familia es precaria o se encuentra totalmente ausente. Estadísticamente, el 33% de los internos de las cárceles del país se encuentran por atentados contra la propiedad y un 60% de los internos de las cárceles nacionales proceden de familias incompletas o inexistentes. Las consecuencias y las reflexiones salen sobrando.

## CONCLUSION

Podemos señalar al final de este breve estudio que, el peculado es un factor de grave atentado contra la moral pública, las condiciones y expectativas de una armonía existencial del grupo social, y las posibilidades del desarrollo global. Por ello, en todos los Estados modernos esta conducta delictiva es sancionada drásticamente porque se convierte en un foco criminológico de progresión geométrica creciente.

# El estudio del Derecho Romano en la Universidad quiteña del siglo XVIII \*

Alberto Wray Espinosa

El siglo XVIII encontró a Quito con dos universidades: la de San Gregorio Magno, establecida en 1620 bajo la dirección de los jesuitas, pero extinguida en agosto de 1776, como consecuencia de la expulsión de la Compañía ordenada 10 años antes, y la de Santo Tomás de Aquino, fundada en 1688 por los dominicos.<sup>1</sup> Antes se había establecido la Universidad de San Fulgencio (1586), de corta vida y que no llegó a tener estudios de jurisprudencia. En efecto, éstos no se iniciaron en Quito oficialmente sino en 1693, cuando en la Universidad de Santo Tomás se fundaron las cátedras de Jurisprudencia Civil y de Cánones, junto con la de Medicina. <sup>2</sup> En la Universidad de San Gregorio, las Cátedras de Cánones y Leyes, fundadas en noviembre de 1704, no se abrieron sino en febrero de 1705<sup>3</sup> En ambas universidades, como era de rigor en la época, los programas académicos tenían como base a los cursos de "Leyes" y de "Instituta", así como los de "Cánones" divididos, a la manera de los estudios de Teología, en dos niveles "Prima" y "Vísperas". Pero se engañaría quien creyese que el contenido de los dos primeros correspondía al significado actual de su respectiva denominación, porque la cátedra llamada de Instituta no se limitaba al estudio del Derecho Ro-

---

\* Ponencia presentada en el Seminario Italo-Ecuatoriano de derecho Romano

<sup>1</sup> José María VARGAS, *Polémica Universitaria en el Quito Colonial*, BCE, Quito, 1983.

<sup>2</sup> Pablo HERRERA, *Reseña histórica de la Universidad de Quito*, *Anales de la Universidad de Quito*, No. 2 (1883) pgs. 57-58, No. 3 (1883) pgs. 105-106, No. 5 (1883) pgs. 219-221.

<sup>3</sup> *Ibid.*

mano, ni la de Leyes comprendía solamente el análisis de la legislación positiva. Hay aquí un evidente cambio de significado en ambas expresiones: la palabra leyes servía como genérico para designar tanto a las normas jurídicas como a los principios a los que debía sujetarse la legislación, y la expresión Instituta designaba, usualmente, a la literatura jurídica didáctica. En realidad, el contenido de las dos cátedras -Leyes e Instituta- era sustancialmente el mismo: en ambas, las instituciones del derecho romano servían de punto de referencia para el análisis de la legislación positiva, según el método que se había hecho tradicional desde la época de los glosadores: se utiliza un texto romano para suscitar puntos de derecho, en cuya solución se exige que intervenga la legislación contemporánea. Así, durante los cinco años de la carrera, el estudiante se familiarizaba con la legislación castellana, pero a partir de las instituciones, las categorías y las clasificaciones desarrolladas por los romanistas.

El texto oficial utilizado hasta 1791 fue el de Vinnio, para la cátedra de Leyes. Se trata de la obra titulada "In quator libros institutionum imperialium commentarius" del holandés Arnold VINNEN (1588-1657), quien fuera Rector del Colegio de Humanidades en La Haya y catedrático del Digesto en Leiden. La obra comprende el texto de la Instituta de Justiniano, que el autor completa con referencias al Digesto, notas y comentarios. Se trata de una obra bastante difundida en el medio universitario de la época: PEREZ PERDOMO <sup>4</sup> menciona que fue utilizada en Venezuela hasta 1811, y ARNAUD <sup>5</sup> dice que precisamente gracias a la lectura de las obras de Vinnio, los juristas franceses se iniciaron en el derecho natural moderno.

En 1787 la Universidad de Santo Tomás recibió una nueva Constitución, fue secularizada y quedó definitivamente establecida como la única universidad quiteña. <sup>6</sup>

Las Constituciones de la Universidad pormenorizan el método que se ha de emplear en las cátedras en vista de las condiciones de la Universidad. Así, mandan que:

*Entre tanto no haya suficiente copia de libros, dicten los Catedráticos, un compendio del autor que se les señalare y en adelante las notas particulares que tuvieren que hacer, y cuando no una sinopsis o idea general, y compendiosa de la materia, que van a tratar, para que los Estudiantes tengan un prontuario de ella en breves hojas, y con su exhibición, la prueba real de su asistencia. <sup>7</sup>*

---

<sup>4</sup> Rogelio PEREZ PERDOMO, Los abogados en Venezuela, Monte Avila, Caracas, 1981, pg. 57.

<sup>5</sup> Andre Jean ARNAUD, cit. por Rogelio PEREZ PERDOMO, loc. cit.

<sup>6</sup> Estatuto de la Real Universidad de Santo Tomás de la ciudad de Quito: 26 de octubre de 1787, Anales de la Universidad de Quito, No. 49 (1892) pgs. 91-102, No. 50 (1892), pgs. 120-143, No. 51 (1892) pgs. 200-220, No. 52 (1892) pgs. 231-239.

<sup>7</sup> Estatutos de la Real Universidad, Constitución 66.

En cuanto al contenido de la enseñanza jurídica, los Estatutos establecen que: *Que el Catedrático de Prima de Leyes además de su materia asignada explique como Fundamentos cual sea en nuestro Reino la autoridad de el Derecho Civil Romano: traiga siempre la concordancia de el Derecho Real en lo que la hubiere, y les de razón de la práctica forense y modo de substanciar los pleitos. Que el de Instituta tenga particular cuidado de ejercitarlos en las materias de ella por las preguntas y método aquí expuesto, y que no sea para en vano el tiempo.*<sup>8</sup>

En cuanto a los grados, los Estatutos distinguen el de Bachiller en Cánones y Leyes y el de Licenciado en Jurisprudencia. El primero habilita para la pasantía previa a la incorporación como abogado y, el segundo habilita para la obtención del doctorado. Ambos suponen examen estricto que los artículos 131 y 132 de las Constituciones describen de manera minuciosa:

*Para el grado de bachiller en jurisprudencia, que es el único que por necesidad se requiere para que vajo la pasantía dividida pueda cualquiera aspirar al ejercicio de abogado: Declaramos y mandamos que en primer lugar haya precedido por lecciones y riguroso examen de memoria los tres Libros primeros de la Ynstituta y el cuarto por actos de conferencias y en segundo lugar que se hayan ganado quatro cursos en cánones y leyes... Y cumplidos estos requisitos, será admitido a la repetición pública de una Questión que defenderá... En consecuencia, dará para el examen privado doce questiones graves, deducidas las ocho de los quatro libros de la Ynstituta y las quatro de las materias canónicas esplicadas...*

En 1791, el Obispo de Quito, José PEREZ CALAMA, a pedido del Presidente de la Audiencia preparó un nuevo Plan de Estudios<sup>9</sup> y dirigió un edicto exhortatorio sobre el cultivo de las ciencias.<sup>10</sup> Estos documentos ofrecen valiosísimos datos sobre los estudios de derecho, su distribución, el método y la bibliografía utilizada.

---

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> José PEREZ CALAMA, "Plan sólido, útil, fácil y agradable de los Estudios y Cátedras que puede y conviene poner en ejercicio desde el próximo curso de 1791 en 1792, en la Real Universidad de Santo Tomás en esta Ciudad de Quito", Anales de la Universidad de Quito, No. 53 (1892), pgs. 315-326, No. 54 (1893) pgs. 16-27.

<sup>10</sup> "Edicto exhortatorio del Ilmo. Fr. Dr. Dn. José Pérez Calama, Obispo de Quito, sobre la ejecución del Auto de Buen Gobierno Político y Económico que en 9 de Agosto mandó publicar el M.I.S. Don Luis Muñoz de Guzmán Actual Presidente de esa Real Audiencia", 1 de septiembre de 1791, Anales de la Universidad de Quito No. 59 (1893) pgs. 392-400, No. 60 (1893) pgs. 37-44.

El Obispo Pérez Calama tiene ideas bastante definidas en cuanto a los estudios de Jurisprudencia. Se trata de un Obispo que, durante su corto ministerio, pues apenas lo ejerció un año y medio, mostró inquietudes intelectuales y clara preocupación por el mejoramiento de la Audiencia. Impulsó la instalación de la Sociedad Patriótica de Amigos del País de Quito, de la cual fue nombrado Director. GONZALES SUAREZ destaca “el celo conque promovió el cultivo de las ciencias y de las letras” y agrega que “aunque el ingenio del Ilmo. Señor Pérez Calama era corto, sin embargo, merced a su constante aplicación a la lectura, había alcanzado a poseer un caudal copioso de conocimientos variados, tanto en lo sagrado como en lo profano.”<sup>11</sup> En su plan, PEREZ CALAMA introduce algunas innovaciones que responden claramente a la influencia de la Ilustración y, al fundamentarlas, cuestiona en forma reiterada la utilidad de los estudios de derecho romano, al tiempo que insiste en la necesidad de poner mayor énfasis en el derecho español, en la historia, en el derecho público, y en la economía. Comienza por distribuir las horas entre las distintas cátedras de tal manera que no existan interferencias entre las tradicionales (Prima y Vísperas de Cánones, Prima de Leyes e Instituta) y las nuevas, porque:

*Los legistas y canonistas deben asistir también a la enunciada Cátedra de Historia, pues sin nociones históricas serán muy tuertos y muy cojos. Deben asistir también a la Cátedra de Política y Economía, pues nadie ignora que estas dos importantes ciencias son parte esencial de la jurisprudencia civil.*

Y luego agrega que:

*Olvidose atrás decir que los legistas y canonistas deben asistir también a la nueva Cátedra de Derecho Público, que generosamente ha ofrecido regentear, sin honorario, el doctor don Juan Boniche. Esta cátedra es muy útil, enseñándose en ella el autor que ya se expresará.*

En el texto del Plan, el Obispo menciona expresamente una obra en dos tomos escrita por Joseph Olmeda y León, cuyo título, contenido y características no he podido identificar. Sin embargo, las tendencias del señor Obispo en esta materia son también muy definidas, pues en el Edicto Exhortatorio muestra preferencia nada menos que por la “Ciencia de la Legislación” de Filangieri, traducida al castellano por Jaime Rubio en 1787, a la que califica como “antorcha de juristas políticos y políticos jurisconsultos”, y de la cual declara haber traído “vastantes ejemplares” para

---

(11) Federico GONZALES SUAREZ, *Historia General de la República del Ecuador*, Ariel, Vol. IX, pg. 65.

regalar a los jóvenes quiteños”<sup>12</sup> El entusiasmo del Obispo es realmente notable, si se tiene en cuenta que la obra había sido condenada por la Inquisición española en 1790.<sup>13</sup>

Establece el plan de estudios que las lecciones han de ser dictadas en Castellano, no en latín, y fija contenidos precisos para las cátedras tradicionales: la de Prima de Leyes, dice, ha de ser de nueve a diez y agrega:

*En este primer curso dispondrá el catedrático tener un cuarto de hora de lectura y conferencia reflexiva por el Gravina del Origen del Derecho Romano, y lo restante de la hora se empleará en lectura y conferencia de la Recopilación de Castilla... El Catedrático deberá ir llamando la atención de los discípulos a las Leyes de la Partida, y mucho más a la Recopilación de Indias, advirtiéndoles la combinación o la variación que la jurisprudencia castellana tiene con la indiana sobre el punto...*

Y, al regular el contenido de la cátedra de Instituta dice:

*En élla ha de enseñar la Instituta del Derecho Civil de Castilla por los doctores don Ignacio Jordán y don Miguel Rodríguez... Suprólogo, que tiene 63 fojas, es la obra mayor a leerse y releerse por todo jurisperito español. Hablo por experiencia reiterada. Con una mediana lectura que he procurado tener en libro tan exquisito, he confundido muchas veces a muchos legistones de fama. De qué nos importa a los Españoles e Indianos el Derecho de Jurisprudencia por donde los antiguos romanos se gobernaron?. Este punto de preocupación, lo rebaten admirablemente hasta la evidencia los citados doctores Jordán y Rodríguez...*

El tema apasiona al Obispo. Se explaya, cita a Sampere y Guarinos, en su Discurso sobre el Gusto Actual de la Literatura Española (1782), y finalmente, se cita a sí mismo y recoge pasajes de un “Tratado de Estudios” que dice haber escrito en Puebla en 1774 y en el cual “con la experiencia de los muchos negocios gubernativos... y la frecuente comunicación literaria con muchos jurisperitos”, afirma haber cimentado su criterio sobre la evidente “inutilidad y por consiguiente grave daño que toda la juventud española sufría en el importante estudio de la jurisprudencia”.

---

(12) “La muy moderna obra, que se titula: Ciencia de la Legislación: escrita en italiano por el caballero Filagieri (sic); y traducida a nuestro castellano por Dn. Jaime Rubio en 1787; la que consta de cuatro tomos en cuarto, es antorcha de juristas políticos y de políticos jurisperitos. Para que consigan tan singulares dotes nuestros muy queridos jóvenes quiteños, hemos traído (para Regalarles) bastantes ejemplares”. Edicto exhortatorio..., loc. cit.

(13) Al parecer, el Obispo no habrá tenido conocimiento de la condena, por el corto tiempo transcurrido desde que ésta se produjo.

dencia". Tan grave juicio parte de un análisis sobre el contenido de la enseñanza académica:

*El común método de estudiar esta ciencia... es que, inmediatamente que un joven estudia dos o tres años de filosofía silogizante, le ponen en la mano los comentarios de Vinnio sobre la Instituta de Justiniano, o el Harpreto o el Prichardo. A este estudio en que se consumen (mejor diré que se devoran) cuatro o cinco años, se le añade el manejo de la Pandectas. Que tiempo tan mal perdido. Porque si dichos libros y autores no hablan de otro derecho que el de los romanos, por el qual no se gobierna ni dirige hoy ningún tribunal de nuestra España... A qué fin se estudia con tanta proligidad y empeño? Todos los jueces y abogados deben arreglarse a las leyes patrias. En nuestra antigua España, su norte debe ser la Recopilación de Castilla, sin omitir el Fuero Juzgo, Leyes de Partida, las de Toro y las Municipales... En Nueva España y demás Indias Españolas, sobre la vase de las Leyes de Castilla,... debe dirigirles la Recopilación de Indias y Reales Cédulas posteriores... Los mayores juristas (mejor diré institutarios romanos) confiesan que cuando de las universidades han pasado a la Toga, se han hallado en la Noruega o región de la obscuridad, precisados a emprender nuevo y dilatado estudio en el Derecho Práctico y Regnícola...*

No deja sin embargo de reconocer el Obispo que ciertas nociones de Derecho Romano, particularmente enfocado desde el punto de vista histórico, resultan necesarias. Recomienda para ello sustituir la obra de Vinnio por la del jurista italiano Juan Vicente Gravina (1664-1718).

La orientación que el señor Pérez Calama dio al nuevo plan de estudios para la universidad, es una expresión temprana de esta tendencia renovadora en los estudios jurídicos que durante el siglo XVIII había comenzado a implantarse en Europa, pero que entre nosotros no se consolidó sino en el siglo XIX, caracterizada precisamente por la disminución en la importancia atribuida al Derecho Romano, y la introducción de nuevas cátedras en derecho público y en derecho natural.<sup>14</sup> Es una consecuencia de la lenta penetración de las ideas divulgadas desde el siglo XVII por los pensadores racionalistas, para quienes, si bien el Derecho Romano fue paradigma de racionalidad y coherencia, les resultaba imperativo fundar la nueva legislación en la nueva Filosofía, la cual, al tiempo que iba independizándose de la Teología Moral, estaba en camino de convertirse en una reflexión autónoma acerca del Derecho: en una Teoría del Derecho.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Rogelio PEREZ PERDOMO, op. cit., pg. 58.

<sup>15</sup> Franz WIEACKER, Historia del Derecho Privado en la Edad Moderna, Madrid, 1952, pg. 197.

Se trata de un lento proceso en el cual las clasificaciones y las categorías de análisis para la legislación civil, van a ser proporcionadas por la Filosofía del Derecho Natural primero, y luego por la Teoría General del Derecho. Ciertamente es que tales categorías, en su mayoría, seguirán respondiendo a la tradición jurídica romana, pero, incorporadas ya a un nuevo bagaje filosófico, llamado a desplazar al Derecho Romano como fundamento para el estudio de la legislación positiva.

El Derecho Romano queda convertido así en referencia histórica, pero deja de ser, formalmente, el "meta-discurso" indispensable para la comprensión de la legislación positiva. Los estudios de derecho en la universidad quiteña durante el siglo siguiente, se organizarán por eso a partir de la cátedra llamada "Legislación", en la cual se va examinando las leyes mediante una comparación sistemática, no ya con la Instituta de Justiniano, sino con los principios del "Derecho Natural".

El siglo XX se ha caracterizado por nuevos desarrollos en la comprensión del fenómeno jurídico, gracias al avance de las ciencias sociales, particularmente de la sociología, la antropología, la lingüística, la misma historia. Hay nuevos elementos de conocimiento y una nueva perspectiva general, en cuya virtud el Derecho tiende a ser considerado cada vez más como el resultado complejo de un conjunto de variables sociales. Con el desarrollo actual de las ciencias sociales, resulta insuficiente pretender desentrañar los misterios del funcionamiento del sistema jurídico, con nostálgicas reminiscencias. Se necesita, eso sí, un sólido conocimiento histórico, en función del cual habrá que readecuar los estudios del Derecho Romano, disciplina esencialmente histórica, de manera que permitan descubrir esa íntima relación que existió entre las transformaciones de la sociedad romana y las modificaciones de su sistema jurídico, no porque se trate de las "mismas instituciones" que el derecho moderno mantiene, sino porque pueden ilustrar acerca de la interacción entre el derecho y las demás variables sociales.

Pero, a juzgar por la estructura actual de nuestros estudios de Derecho, los planteamientos e inquietudes del Obispo de Quito a fines del siglo XVIII, siguen siendo válidos.



# Principios de Derecho Tributario

Oswaldo Torres González

## 1. DEFINICION

Según Giannini “El Derecho Tributario es aquella rama del Derecho Administrativo que expone los principios y normas relativos a la imposición y a la recaudación de los tributos y analiza las consiguientes relaciones jurídicas entre los entes públicos y los ciudadanos”.<sup>1</sup>

La definición expresada por Vanoni, dice “El Derecho Tributario es aquella rama de la Ciencia Jurídica que estudia el nacimiento, modificación y extinción de la relación jurídica tributaria”.<sup>2</sup>

Para Dino Jarach, el Derecho Tributario “es el conjunto de normas y principios del Derecho que atañe a los tributos y especialmente a los impuestos”.<sup>3</sup>

Para Valdez Costa, “El Derecho Tributario es el conjunto de normas que regulan el Tributo en sus distintos aspectos”.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> GIANNINI, A.D. , *Instituzioni di Diritto Tributatio*, pág. 5, Madrid, España. 1957.

<sup>2</sup> VANONI, Ezio, *Elementi di Diritto Tributario*, pág. 2.

<sup>3</sup> JARACH, Dino, *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*. Editorial Cangallo, pág. 363, 1983.

<sup>4</sup> VALDES COSTA, Ramón, *Curso de Derecho Tributario*, Editora Uruguaya Colombino, 1970, pág. 81.

El Derecho Tributario en su terminología, que prevalece en la doctrina latinoamericana, es el que estudia el nacimiento, modificación y extinción de los tributos; y, que comprende por lo tanto a los impuestos, las tasas y contribuciones especiales. Otros autores, utilizan la expresión Derecho Fiscal, como es el caso de Francia, o de las Provincias de Argentina, y, en Alemania se le conoce como Derecho Impositivo. En Italia, España y Latinoamérica se lo conoce como Derecho Tributario.

## 2. RELACIONES CON OTRAS RAMAS DEL DERECHO

a) **CON LA CIENCIA DE LAS FINANZAS:** El Derecho Tributario es parte del Derecho Financiero, Ciencia de las Finanzas, o Ciencia de Hacienda Pública. Existe una vinculación entre el Derecho Tributario y la Ciencia de Hacienda, que trata de los fenómenos financieros, desde muchos aspectos: político, jurídico, económico, técnico, social.

El continuo desarrollo del Derecho Financiero, ha creado una separación entre los aspectos económicos y jurídicos del fenómeno financiero, que nacen como una reacción a las teorías económicas y políticas que trataban de explicar la naturaleza de la Hacienda Pública. Desde el punto de vista jurídico se ha señalado el carácter imperativo, coercitivo, y compulsivo del tributo y sus instituciones.

Por otra parte, la identificación del Derecho Tributario con las Finanzas Públicas, ha puesto de relieve la necesidad de estudiar el fenómeno financiero, y en especial del Derecho Tributario desde el punto de vista jurídico -frente a la imposibilidad de analizar simultáneamente el fenómeno desde los puntos de vista económico, técnico y político.

b) **CON EL DERECHO FINANCIERO:** El Derecho Financiero, es el conjunto de normas que se refieren a las Finanzas Públicas, estudian tres grandes grupos de materias: los ingresos, los gastos y la actividad presupuestaria. El Derecho Financiero, es por lo tanto, de naturaleza heterogénea, ya que estudia diversas materias que incluyen varios temas, como Derecho Constitucional, Contabilidad y Economía; por estas razones se estudia al Derecho Tributario, con abstracción de las materias no jurídicas del Derecho Financiero.

Al empezar el presente siglo, se afianzaba la tendencia cada vez más acentuada de considerar al Derecho Tributario como una disciplina autónoma, respecto del Derecho Administrativo; y, especialmente Griziotti, expone los principios de la autonomía científica de esta rama del Derecho, tesis que es mantenida por los tratadistas latinoamericanos, como Valdez Costa (Uruguay); Dino Jarach (Argentina); Riofrío Villagómez (Ecuador); y Guiliani Fonrouge (Argentina), Gómes de Sousa (Brasil); con lo que se demuestra la existencia de un verdadero y propio Derecho Tributario, con instituciones y principios propios, separado del Derecho Admi-

ministrativo y de la Ciencia de la Hacienda.

c) **CON EL DERECHO ADMINISTRATIVO:** A partir de la Revolución Francesa, el Derecho Administrativo se separa del Derecho Público, fraccionándose en varias ramas, entre las cuales revisten importancia, el Derecho Constitucional y el Administrativo, dentro del cual queda comprendido el Derecho Financiero y Tributario, por estas razones se impidió el desarrollo autónomo del Derecho Tributario. Varios autores del Derecho Administrativo, han considerado al Derecho Tributario como una parte de éste. Solamente, a comienzos del presente siglo, se considera al Derecho Tributario como una disciplina autónoma frente al Derecho Administrativo, con la aparición de numerosas obras dedicadas exclusivamente al estudio de los tributos.

### 3. DIVISION DEL DERECHO TRIBUTARIO

El Derecho Tributario se divide en seis ramas que comprenden:

- a. Derecho Tributario Constitucional
- b. Derecho Tributario Material
- c. Derecho Tributario Administrativo o Formal
- d. Derecho Tributario Procesal
- e. Derecho Tributario Penal
- f. Derecho Tributario Internacional

#### 3.a. *DERECHO TRIBUTARIO CONSTITUCIONAL*

El Derecho Tributario Constitucional está formado por el conjunto de normas jurídicas de orden constitucional, que representa la base de la aplicación de los tributos, y se encuentran en la Carta Constitucional de cada país, o bien en las Instituciones tradicionales, como en el caso de Gran Bretaña.

El Derecho Tributario Constitucional, es una materia fundamental y básica, de la cual se derivan las normas de creación, modificación o extinción de los tributos, y dentro del sistema piramidal del Derecho merece el lugar de ubicación en la cúspide, estos principios constituyen un límite para el poder de crear tributos por parte del Estado, tales como el principio de legalidad, y el principio de igualdad, el principio de proporcionalidad, no confiscatoriedad y tutela jurisdiccional; principios que fueron incorporándose a las constituciones, conforme éstas se fueron desarrollando.

Para Valdez Costa, "El Derecho Constitucional Tributario, no tiene autonomía científica porque las normas incorporadas a la Constitución mantienen su natura-

leza de normas materiales, formales, procesales o penales”.<sup>5</sup>

Los principios Constitucionales, representan la base y el origen de la creación de los tributos, y desde el punto de vista didáctico, es menester estudiarlos en forma independiente, dada su real importancia, y el creciente desarrollo de la materia.

### *3.b. DERECHO TRIBUTARIO MATERIAL*

Es el conjunto de normas relacionadas con la obligación tributaria, estudia por lo tanto, su nacimiento, modificación y extinción. Establece los supuestos objetivos, subjetivos, territoriales y temporales de la obligación tributaria.

Según Dino Jarach, esta es la materia propia del Derecho Tributario ya que es la única que tiene instituciones y principios propios; y, que por lo tanto esta parte del Derecho Tributario tiene autonomía científica; a pesar de la analogía que existe entre las obligaciones del Derecho Tributario y las de Derecho Privado.

Jarach sostiene que: “La autonomía se basa en la aplicación de los tributos; y, las normas legales son susceptibles de llegar a su satisfacción completa sin que intervenga la administración”.<sup>6</sup> Es decir, sin necesidad de que la obligación tributaria, se desarrolle, y extinga sin intervención de la administración pública.

### *3.c. DERECHO TRIBUTARIO FORMAL O ADMINISTRATIVO*

Estudia las facultades de la Administración, de controlar, verificar y fiscalizar, a los sujetos pasivos de la Obligación Tributaria; así como los recursos administrativos propuestos por los contribuyentes, cuando estos se sientan vulnerados en sus derechos. Todo acto administrativo, es siempre, de carácter revocable y, por lo tanto los actos de la Administración, en materia tributaria, que determinen tributos, sanciones o afecten de cualquier manera los derechos de los contribuyentes, pueden ser impugnados ante la autoridad administrativa correspondiente. Los recursos administrativos, se encuentran vinculados a los actos de determinación Tributaria de la Administración, por lo que las decisiones de ésta, sobre los actos de liquidación, verificación, y fiscalización de los ingresos de los particulares, no tienen naturaleza jurisdiccional sino administrativa, siendo aplicables los principios del Derecho Administrativo.

### *3.d. DERECHO TRIBUTARIO PROCESAL*

Es el conjunto de normas relacionadas con los procedimientos administrativos o contenciosos, derivados de las controversias planteadas entre los contribuyentes

---

<sup>5</sup> VALDES COSTA, Ramón, *Curso de Derecho Tributario*, Editora Uruguaya Colombiano, 1970, pág. 83.

<sup>6</sup> JARACH, Dino, *Clases de Derecho Tributario*, Buenos Aires, 1970.

y el fisco. Se trata de normas, que forman parte del Derecho Procesal, pero que tienen características propias del Derecho Tributario.

El Derecho Tributario Procesal, representa una interposición en ambas ramas del Derecho, por lo que debe ser estudiado tanto por los estudiosos del Derecho Procesal como por los del Derecho Tributario.

El Derecho Tributario Procesal se basa en el principio, de que las controversias entre el fisco y los particulares deben estar sometidas a decisión de jueces idóneos, ajenos a la administración, pues nadie puede ser juez de sus propios actos.

El Derecho Público Latinoamericano, fue inspirado en el modelo constitucional francés de la separación de funciones con la respectiva atribución a la función jurisdiccional al Poder Judicial.

Las jornadas latinoamericanas realizadas en Montevideo (1956), México (1958), Buenos Aires (1964), consagran ampliamente el principio de la Tutela Jurisdiccional, a cargo de Tribunales independientes, especializados, y de plena jurisdicción, tesis que fue reconocida en el modelo de Código Tributario, elaborado por el programa conjunto de tributación OEA-BID, por los Doctores: Carlos M. Giuliani Fonrouge (Argentina), Rubens Gomes de Sousa (Brasil) y Ramón Valdes Costa (Uruguay).

Varios son los problemas jurídicos que estudia esta materia:

- a) Las relaciones que existen entre el acto de recaudación y la actividad procesal.
- b) La naturaleza de los órganos a que está confiada la función de dirimir controversias entre el fisco y los particulares.
- c) Las características del proceso tributario, y su comparación con los demás procesos.

### *3.e. DERECHO TRIBUTARIO PENAL*

Esta formado por el conjunto de normas que se refieren a las sanciones aplicables a las personas que infrinjan las obligaciones tributarias o los deberes impuestos por la administración.

La facultad de aplicar sanciones por violación de una norma, es inherente a toda norma jurídica. Estas sanciones pueden ser de naturaleza indemnizatoria o punitiva, o civiles y penales.

Algunos juristas como Fonrouge, sostienen que el Derecho Penal Tributario, es simplemente un capítulo del Derecho Tributario; Sainz de Bujanda, dice que el Derecho Penal Tributario es parte integrante del Derecho Penal Común; y otros, como Villegas, Bielsa y Goldschmidt, manifiestan que el Derecho Penal Tributario, se encuentra dentro del campo del Derecho Penal Contravencional y no del Derecho Penal Común.

Al respecto, debemos expresar que las infracciones sujetas a penas, pueden ser legisladadas tanto dentro del Derecho Penal, como de cualquier otra rama del Dere-

cho; por lo que, en las infracciones y sanciones del Derecho Tributario, son aplicables los principios del Derecho Penal, tales como: Culpabilidad, Antijuridicidad de la Conducta, Personalidad, Imputabilidad, Legalidad, Garantía jurisdiccional.

### 3.f. DERECHO TRIBUTARIO INTERNACIONAL

Es la rama del Derecho Tributario que estudia las normas de carácter internacional, en aquellos casos en que se producen conflictos de leyes, con el objeto de evitar la doble tributación, controlar la evasión fiscal y promover la cooperación entre dos o más países.

Sainz de Bujana lo define como “la aplicación de principios objetivos del derecho de gentes a relaciones internacionales relativas al pago de impuestos”; y, Blumenstein como “la mutua limitación de la soberanía impositiva entre algunos estados”.

En 1921, la sociedad de las naciones designó a un grupo de expertos, para estudiar los problemas de la doble tributación Internacional. En 1922, 1925, 1927 y 1928 se realizaron reuniones con la representación de países europeos principalmente, habiendo estudiado tres tipos de convenios.

- a) Convenios Bilaterales para evitar la doble tributación en los Impuestos Directos.
- b) Convenios Bilaterales para evitar la doble tributación en el Impuesto a la Renta e Impuesto a las Propiedades.
- c) Convenios Bilaterales para evitar la doble tributación en los impuestos sucesorios.

El mayor desarrollo del Derecho Tributario Internacional, ha sido entre los países industrializados, quienes han suscrito cerca de 500 tratados relacionados con la forma de evitar la doble tributación internacional. Las Naciones Unidas en 1979, adoptaron el texto final de un modelo de tratados entre países desarrollados y en vías de desarrollo.

Actualmente el Derecho Tributario Internacional estudia los siguientes campos: La atribución de potestades con respecto a los beneficios, el problema de las filiales o subsidiarias, sucursales, establecimientos permanentes, dividendos, intereses y regalías. El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas ha impulsado el Derecho Tributario Internacional como un instrumento de promoción del desarrollo económico de los países del tercer mundo.

Los conflictos de legislación se dan porque los países industrializados, por regla general utilizan los principios de la nacionalidad o domicilio, mientras que los países en desarrollo han mantenido el principio de la fuente. Existe el tratado modelo de la OCDE (Organización para la Cooperación Económica y Desarrollo) publicado en 1963 y que constituye en la actualidad el tratado modelo de los cuales se han derivado los demás estudios sobre el tema.

En el Grupo Andino, existe la decisión 40, que fue ratificada por el Ecuador (Decreto Supremo 932, agosto 29 de 1972) que empezó a regir desde octubre de 1975 y que establecen las normas para realizar convenios de doble tributación:

- a. Entre los países del Grupo Andino
- b. Entre los países y otros terceros

En la legislación ecuatoriana existen los siguientes convenios:

- a. Convenio para evitar la doble tributación de las empresas de navegación marítima con el Reino de Bélgica (1929).
- b. Convenio para evitar la doble tributación sobre la renta y el patrimonio celebrado con la República Federal Alemana (1977).
- c. Convenio para evitar la doble tributación relacionada con el transporte aéreo, con la República Argentina (1981).
- d. Convenio para evitar la doble imposición en el tráfico internacional naviero en la República Democrática Alemana (1982).
- e. Convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión tributaria sobre el impuesto a la renta, celebrado con la República de Brasil (1983).
- f. Convenio para evitar la doble imposición sobre el impuesto a la renta y patrimonio celebrado con la República Alemana (1984).

Los tratados internacionales, en las constituciones contemporáneas, pueden modificar, no sólo las leyes internas, sino la propia constitución, así lo establece la constitución francesa vigente, la de Holanda de (1956). La constitución española aprobada en 1978 considera también la posibilidad de que un tratado internacional puede modificar la constitución, previa la aprobación de las Cortes. Esta tendencia, puede resultar fundamental para el desarrollo y perfeccionamiento del Derecho Internacional.

Las fuentes derivadas del Derecho Internacional se encuentran clasificadas en el Art. 38 de la Corte Internacional de Justicia, incorporada a la carta de las Naciones Unidas en 1965. La Corte Internacional aplica los siguientes instrumentos para la solución de los conflictos internacionales:

- a. Las convenciones Internacionales
- b. La costumbre Internacional
- c. Los principios generales de Derecho reunido por las Naciones Civilizadas.
- d. Las decisiones judiciales, la doctrina de los publicistas más calificadas.

Este Derecho como se puede deducir es parte del Derecho Internacional, no tiene autonomía respecto a éste, y algunos autores como Buhler lo consideran como parte del Derecho Internacional Administrativo.



# **El Derecho Internacional Tributario**

**José Vicente Troya Jaramillo**

**LIMINAR**

**Este trabajo se explica, como otros que he debido trascurrir,  
en que fui perseguido por un león, acogido por un León,  
acompañado por un León, recordado por un León.  
Es, fue la era del león... El segundo es León Cortiñas Peláez,  
entrañable amigo, a quien lo dedico.**

**También se explica en la bondadosa “auditoría jurídica” de Fernando Villarreal;  
en el acopio de materiales de mi hija María Gabriela;  
y, en la recolección de los documentos internacionales suscritos por Ecuador,  
efectuado por Sylvia Bermeo.  
Para ellos mi agradecimiento.**

## 1. INTRODUCCION

La potestad tributaria, o sea la facultad de establecer contribuciones o tributos, es propia de los Estados. No se ha reconocido aún la existencia de una atribución semejante a la comunidad internacional. Coexisten, pues, las potestades tributarias de los diferentes países. De otra parte, el problema del reconocimiento de una soberanía fiscal internacional, no es sino un aspecto del problema total, o sea de la existencia de una soberanía internacional independiente de la de los Estados y de categoría superior. Mientras no se solucione esta última cuestión, mal puede dilucidarse la primera. Es, por tanto, punto de partida del Derecho Internacional Tributario, el reconocer que no existe una soberanía fiscal internacional vinculante, sino que al contrario, nos encontramos en presencia de numerosas soberanías fiscales nacionales que corresponden a países de régimen federal y de régimen unitario, soberanías que al manifestarse en el orden tributario entran en conflicto.

La potestad tributaria tiene, entre otros, los límites políticos, que parten de la constatación de que el efectivo ejercicio de la potestad tributaria de un país puede chocar con la de otro, produciéndose interpartes una limitación o condicionamiento. Las partes en conflicto pueden ser también estados o departamentos de una federación, que ven limitada su acción en la potestad tributaria de la otra parte, salvo que existan criterios claros que distribuyan las competencias. Para solucionar conflictos de doble imposición internacional o de doble o reiterada imposición interna, entre otros arbitrios, se pueden establecer convenios internacionales o planes de coordinación fiscal respectivamente.<sup>1</sup>

A pesar de que no existe, no se haya elaborado suficientemente o no se haya reconocido la existencia de una soberanía fiscal internacional, no se puede negar la existencia de "los superiores intereses de la comunidad internacional"<sup>2</sup> En otras palabras, los propios Estados tienen plena conciencia que al ejercitar sus potestades tributarias, pueden lesionar los intereses de la comunidad internacional, por lo que hace falta adoptar medidas a fin de impedir tales efectos dañosos, o al menos atenuarlos. La inequidad que resulta por la doble imposición internacional, la evasión

---

<sup>1</sup> TROYA JARAMILLO, José Vicente.-"Ambito de la Potestad Tributaria" material producido para el seminario de derecho constitucional tributario. Universidad de Monterrey, Monterrey, México 1986 p. 3

<sup>2</sup> SAINZ DE BUJANDA, Fernando.-"La interpretación en derecho español de los tratados para evitar la doble imposición", estudio publicado en la Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública. Vol. X No. 38, junio de 1960, Madrid p. 274.

que puede ocurrir por el reprochable empleo de los paraísos fiscales y otros medios, la insana competencia entre países en desarrollo en conceder incentivos fiscales, son aspectos que afectan los intereses de la comunidad internacional, que, aunque sea en forma indirecta, inciden en el ejercicio de la potestad tributaria. Los Estados se ven obligados a expedir normas de derecho interno y a suscribir convenios internacionales a fin de lograr la cabal solución a las cuestiones indicadas. Estas actitudes que se ven en la necesidad de adoptar, son claros límites, frenos a un ejercicio irrestricto, absoluto, y pleno de la potestad tributaria.

El Derecho Internacional Tributario (DIT), denominación que adoptamos como la más adecuada, por las razones y fundamentos que luego se explicará, se ocupa de esta problemática. Es en sustancia el estudio de los límites políticos internacionales de la potestad tributaria. El maestro de Madrid, Sainz de Bujanda expresa lo siguiente sobre el punto: "La noción del Derecho fiscal internacional, como limitación de la soberanía impositiva de los Estados, está al servicio de una tesis política y económica: la conveniencia de favorecer el comercio internacional y la inversión de capitales sin el riesgo de incurrir en doble imposición. Favorece, por tanto, a los países exportadores de capital. La doctrina encaminada a robustecer la potestad tributaria del Estado está al servicio de una tesis política y económica radicalmente contraria: la conveniencia de proteger a los Estados económicamente débiles (sous arriérés, en la terminología en boga), frente a las grandes potencias y frente al capitalismo internacional".<sup>3</sup>

En el párrafo transcrito se ve la posición de los países desarrollados y la de los países en desarrollo. A los primeros conviene limitar la soberanía fiscal, a los segundos robustecerla. En ambos casos, con diferente enfoque, se parte de un supuesto, de que el ejercicio de la potestad tributaria no es algo que exclusivamente incumba al propio Estado, y aquello ya es un límite, un condicionamiento a su ejercicio. Aún es muy duro aceptar conceptualmente que la soberanía, y dentro de ella, una de sus manifestaciones, la potestad tributaria, no es necesariamente ilimitada. Sin embargo, las conductas prácticas de los Estados, ya con una tesis, ya con otra, aceptan los límites al "ejercicio" de la potestad tributaria.

La terminología utilizada para referirse a este campo jurídico es variada. Básicamente se hace referencia al Derecho Tributario Internacional (DTI) y al Derecho Internacional Tributario (DIT). Para Sainz de Bujanda, la diferencia radica en que el primero incluye las normas de derecho interno, en tanto que el segundo se refiere a las relaciones de los Estados y es una rama del derecho internacional.<sup>4</sup>

Se trata evidentemente de una ciencia en formación. La dubitación en cuanto a su designación es un indicio de ello. Quien ha avanzado notoriamente en su ela-

---

<sup>3</sup> SAINZ DE BUJANDA, Fernando—"Hacienda y Derecho", Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1962, p. 471

<sup>4</sup> SAINZ DE BUJANDA, Fernando—Estudio citado

boración es el connotado profesor alemán Otmar Buhler, cuya obra "Principios de Derecho Internacional Tributario" da mucha luz sobre el tema. Este tratadista con gran modestia reconoce que esta ciencia se encuentra en formación. Expresa al respecto: "La tarea esencial de este Derecho consiste en delimitar el poder tributario recíproco de los diversos Estados. En cuanto a su concepto, forzoso nos es reconocer que a pesar de nuestros esfuerzos, desplegados desde hace un cuarto de siglo, no es siempre fácil fijar su sentido".<sup>5</sup> El propio autor afirma que se puede hablar de un derecho nacional tributario exterior y de un derecho nacional tributario propiamente dicho, en cuanto al primero contiene normas nacionales que amplían las obligaciones tributarias de los nacionales en lo que toca a rentas, patrimonios, herencias que poseen en el extranjero. El segundo a las obligaciones tributarias de los extranjeros por rentas, patrimonios, herencias que poseen dentro del país.

A fin de precisar la naturaleza de este ramo jurídico, cabe mirarlo desde dos ángulos. Bajo el primero, que corresponde al derecho tributario, es necesario considerar que el mismo comprende algunos segmentos de importancia como son, el derecho constitucional tributario que analiza la potestad tributaria, su ejercicio y límites; el derecho tributario material sustentado en la teoría de la relación jurídico-tributaria; el derecho tributario formal o administrativo; el derecho procesal tributario; el derecho penal tributario; y, el derecho internacional tributario. Bajo el segundo, es de entender que el DIT es parte del derecho internacional, una parte especializada o mejor dicho referida a un sector específico. Creemos que es más propia la segunda de las dos orientaciones. En efecto, el DIT ha de dar respuesta desde un ámbito internacional a todas las cuestiones que ocupan la atención del derecho tributario. Así, el DIT ha de comenzar con el examen de la potestad tributaria, ha de investigar sobre las obligaciones tributarias, sobre las determinaciones y liquidaciones tributarias, sobre los procedimientos y la solución de conflictos y sobre las penalizaciones. En síntesis, las cuestiones propias del DIT van paralelas a las del derecho tributario, pero evidentemente, desde otro plano. Por eso mal cabe afirmar que el DIT es parte del derecho tributario. De otro lado, las fuentes y procedimientos del derecho internacional público, son aplicables al DIT e inclusive los tribunales de justicia internacional se han ocupado de producir fallos sobre conflictos de naturaleza tributaria.

¿Qué es el DIT?, ¿Cuál es su objeto?, ¿Cuál la diferencia con otras ramas afines?

El DIT es aquel ramo del derecho internacional público que estudia los prin-

---

<sup>5</sup> BUHLER, Otmar-El derecho internacional tributario en el sistema del derecho internacional", texto de la intervención del profesor Otmar Buhler en la reunión del Comité Científico Permanente de la I.F.A., celebrada en Ginebra en abril de 1960, publicado en la Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública, Vol. X No. 38, junio de 1960, Madrid, p. 361.

cipios, las normas y procedimientos idóneos para solucionar los conflictos que se derivan del ejercicio de potestades tributarias en el ámbito internacional. Quede advertido de que se trata de un concepto puramente instrumental, que no pretende elevar al DIT a la categoría de ramo jurídico autónomo.

La diferencia entre los problemas propios del DIT y los que surgen dentro de un Estado Federal, o dentro de un Estado Unitario descentralizado en un grado mayor o menor, por la coexistencia de potestades tributarias, radica en que a nivel nacional operan normas distribuidoras de tales competencias o en último término, se consultan procedimientos vinculantes para solucionar los diferendos. Aquello no ocurre en el plano internacional, o al menos, en todo caso cualesquier tipo de normas y procedimientos se fundamentan en la voluntad de los Estados y no tienen una coercibilidad propia. Un caso muy interesante es el de Suiza, cuyo tribunal constitucional dirime los conflictos entre los cantones y entre éstos y la Federación, en base a pronunciamientos obligatorios.<sup>6</sup>

El DIT puede ser entendido en un sentido estricto o en un sentido amplio, según abarque dentro de sí exclusivamente los tratados de derecho internacional tributario (TDIT), o incluya también las normas de derecho interno referentes a la potestad tributaria.<sup>7</sup>

En menor medida el DIT también incluye dentro de sí normas supranacionales propias de las comunidades de los Estados. Bühler cuantifica y sostiene que el DIT se integra en un 40% por las normas de los tratados; 40% normas de legislación interna; y 20% normas expedidas por las comunidades de Estados.<sup>8</sup> Hay que añadir las normas expedidas por las organizaciones internacionales oficiales. El poder de legislar y de suyo el ejercicio de la potestad tributaria se finca entonces en la delegación que nace de los acuerdos internacionales. El término ideado por Philip G. Jessup "Transnational Law" se basa en que el DIT, según podrá apreciarse, más toca a los sujetos particulares que a los Estados.<sup>9</sup>

El derecho de las comunidades estatales que ha surgido en los últimos años dentro de los propósitos de integración regional, exige en el orden fiscal, la adopción de mecanismos como la armonización de las legislaciones internas, la adopción de modelos comunes para el tratamiento con terceros países, y lo que es más, la institución de un auténtico derecho de imposición a favor de las comunidades de Estados. En un estudio,<sup>10</sup> hube de sostener que la armonización o "estandarización"

---

<sup>6</sup> BLUMENSTEIN, Ernst-"Sistema di Diritto delle Imposte", Dott. Antonino Giuffré Editore, Milano, 1954, pp. 74 y sgts.

<sup>7</sup> BUHLER, Otmar-"Principios de Derecho Internacional Tributario", Editorial del Derecho Financiero, Madrid, 1968, p. 4.

<sup>8</sup> BUHLER, Otmar-Obra citada p. 6.

<sup>9</sup> BUHLER, Otmar-Ibid p. 30.

<sup>10</sup> TROYA JARAMILLO, José Vicente-"Estudios de Derecho Tributario", Corporación Editora Nacional, Quito, 1984, pp. 83 y sgts.

de las legislaciones es el arbitrio más eficaz, pero aplicable únicamente a los textos básicos como los códigos tributarios o leyes fundamentales fiscales que suelen contener los principios y normas básicas aplicables a todos los tributos. Respecto de otros textos, como los relativos a impuestos sobre la renta o al valor agregado, el esfuerzo armonizador resulta más difícil aunque no imposible, pues, estos tributos maestros suelen seguir ciertos patrones, respecto de los cuales es posible la convergencia. De hecho, sólo con la vigencia de una similar carga interpaíses, es posible lograr la integración. El ejemplo se encuentra con el IVA en la Comunidad Económica Europea. En lo que no sea posible la armonización, -no se puede desconocer que los sistemas fiscales son propios de cada país, y responden a circunstancias específicas-, es necesario reforzar el derecho comunitario como un auténtico derecho de imposición de las comunidades. La armonización y el derecho supranacional son condicionamientos y limitaciones a la potestad tributaria de los Estados.

El DIT forma parte del derecho internacional público y se diferencia del derecho internacional privado. En efecto, este último lo que persigue es definir cuál es la norma aplicable al caso propuesto. Sus normas no son por tanto de derecho material. Su carácter es claramente formal, pues, su objetivo es dar normas o reglas que permitan descubrir la legislación pertinente. En el DIT son de carácter material, ya que sean de derecho interno o de derecho internacional (basicamente tratados), contienen normas y regulaciones de aplicación directa referidas a los contribuyentes.

El DIT puede entenderse como parte del derecho internacional económico a pesar de lo cual tiene características que lo diferencian. Así el derecho internacional económico que coadyuva a la realización de una auténtica economía mundial es derecho de grupos y asociaciones, en tanto que el DIT es un derecho individual que regula las relaciones de los particulares con el poder estatal.<sup>11</sup>

La doble visión de la tributación como principal fuente de recursos del Estado (plano fiscal) y como instrumento de política económica (plano extra fiscal), tiene también cabida en el DIT. La neutralidad impositiva, postulado clásico en que han basado su posición internacional los países desarrollados, va cediendo terreno frente a la posición contraria sustentada por los países en desarrollo, quienes bogan porque los tratados internacionales resuelvan los conflictos de las potestades tributarias coexistentes y al propio tiempo sirvan de instrumento de política económica para promover el desarrollo. Los pronunciamientos de los organismos internacionales toman en cuenta esta última orientación. Inclusive la posición de los países desarrollados se ha flexibilizado paulatinamente en el tratamiento de problemas puntuales. Piedrabuena Richard define la neutralidad tributaria y muestra sus inconvenientes en estos términos: "La neutralidad tributaria internacional podría definirse como la situación en que la tributación no interfiere o afecta la opción que tiene el inversionista de invertir en su país o de hacerlo en países foráneos". Continúa el es-

---

<sup>11</sup> BUHLER, Ottmar-Obra citada p. 34.

tudioso y afirma que no es viable la neutralidad: 1) Porque las labores en el exterior se efectúan bajo especiales riesgos y cargas institucionales que no se aplican en el país de origen; 2) Los inversionistas estadounidenses en el exterior, aunque mantengan neutralidad tributaria entre ellos, no la tienen respecto de otros inversionistas competidores foráneos.<sup>12</sup>

El "corpus" principal aunque no único del DIT, son los problemas relativos a la doble imposición internacional. Tanto la legislación interna cuanto los convenios internacionales se han ocupado preponderantemente del tema. El DIT se ocupa también de la evasión impositiva internacional y en general de la colaboración entre los Estados en materia fiscal.

Luego de esta parte indroductoria, a continuación afrontaremos los siguientes puntos: la potestad tributaria y sus implicaciones internacionales; los hitos fundamentales en el desenvolvimiento histórico del problema; las fuentes del DIT; y, la doble imposición internacional.

## **2. LA POTESTAD TRIBUTARIA Y SUS IMPLICACIONES INTERNACIONALES**

Retomamos el problema de los límites políticos de la potestad tributaria para así ubicarnos en el ámbito internacional. Aquí es oportuna la afirmación de Rinsche Núñez y Vicente Molina, quienes dicen que aunque conceptualmente esta potestad no tuviera límites, al menos son de considerar dos que atienden a su soberanía. Dicen los autores: "El límite de la potestad de establecer impuestos coincide, al menos para el Estado, con el límite de su soberanía, con el límite de su potestad legislativa, de la cual es, en último extremo, una manifestación".<sup>13</sup>

La potestad tributaria tiene como una de sus características la territorialidad en el sentido de que la misma no puede alcanzar a aquellas personas cuyas rentas, patrimonios o actividades quedan fuera de la efectiva competencia del Estado.

Alegría Borrás se refiere a la soberanía fiscal, expresión que para el caso equivale a potestad tributaria, y señala como uno de sus atributos la posibilidad de concurrencia. La define como "poder de establecer un sistema impositivo que posea una autonomía técnica en relación con los sistemas susceptibles de entrar en concurrencia con él, ejerciendo la tal soberanía dentro de su ámbito de competencia territorial".<sup>14</sup> Antes que una característica, la susceptibilidad de entrar en concu-

---

<sup>12</sup> PIEDRABUENA RICHARD, Enrique. "Bases para una política latinoamericana sobre tratados tributarios", Ponencia presentada a las VI Jornadas del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, Punta del Este, Uruguay, 1970, p. 5.

<sup>13</sup> RINSCHÉ NUÑEZ, Teodoro, VICENTE MOLINA, Hernán. "De la Doble Tributación Internacional", Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970 pp. 9 y 10.

<sup>14</sup> BORRAS, Alegria. "La doble Imposición: Problemas Jurídico-Internacionales", Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda, Madrid, 1974 p. 19.

rrencia es un algo fáctico, un algo que se dá de hecho cuando los criterios de los varios países para establecer y cobrar tributos difieren entre sí.

La territorialidad que tanto interesa, no significa que el Estado no pueda considerar a efectos de la imposición, hechos generadores ocurridos en el extranjero. Todo dependerá de la posibilidad real de gravarlos y de recaudar los respectivos tributos gracias a nexos que mantenga con el contribuyente. En base a este enfoque, Estados Unidos implantó su sistema de impuesto a la renta mundial, mediante el cual grava a sus contribuyentes por los ingresos obtenidos dentro y fuera del país. Se puede afirmar que tal sistema fue el punto de partida más importante de los tiempos recientes, para configurar la actual problemática del DIT.

La potestad tributaria o soberanía fiscal puede gravar a hechos generadores ocurridos dentro de su territorio, aunque los titulares de los mismos, residan o se encuentren domiciliados en el extranjero, lo que no riñe con la territorialidad.

No se debe confundir el hecho de que la soberanía fiscal imponga gravámenes a hechos generadores ocurridos en el extranjero con la aplicación extraterritorial de una ley extranjera. Jaime Ross distingue con gran precisión ambas situaciones. Dice: "Al delimitar la vinculación de la materia imponible con el sujeto activo tributario, lo que se pretende es precisar si un determinado hecho estará o no sometido a la imposición y, en caso afirmativo, bajo cuál potestad tributaria ha de estarlo. Pero ello no implicará la vigencia obligatoria o la aplicación extraterritorial de una ley extranjera o de una ley nacional en una jurisdicción tributaria extranjera. Como dice Jarach, "lo que es de alcance internacional no son las normas, sino los hechos, que pueden exceder el ámbito territorial y estar sometidos a la imposición de normas de derecho tributario interno de un Estado distinto al que han ocurrido dichos hechos"<sup>15</sup>

Pese a todo lo que queda expuesto, existen en el DIT casos de aplicación del derecho extranjero. Del particular haremos referencia al estudiar las fuentes.

Queda dicho que en su proyección internacional la soberanía fiscal tiene un límite territorial, sin embargo de lo cual cabe gravar hechos generadores producidos fuera del país y además, cabe gravar los hechos generados ocurridos en el país, aunque sus titulares no radiquen en él. ¿Cuál, nos preguntamos, es el nexo que sin dejar de considerar el ámbito territorial, permite al Estado establecer y cobrar efectivamente tributos? ¿Cuáles son los criterios de atribución de potestad tributaria? Por considerar que el punto se ha tratado adecuadamente por Rinsche Núñez y Vicente Molina, nos valemos de su análisis.<sup>16</sup>

Las teorías de atribución de la potestad tributaria son las siguientes: 1) La dependencia política, según la cual un Estado podría cobrar tributos por todos los bienes o rentas percibidos por sus nacionales, sea que esos bienes o rentas estén en ese

---

<sup>15</sup> ROSS BRAVO, Jaime-"Esquema sobre la Potestad Tributaria y la Doble Tributación Internacional", Centro Interamericano de Estudios Tributarios (CIET) pp. 5 y 6.

<sup>16</sup> RINSCHÉ NUÑEZ, Teodoro, VICENTE MOLINA, Hernán-Obra citada pp. 20 a 24.

mismo país o en el extranjero; 2) El domicilio es un criterio importante para cobrar tributos, pero es difícil que ese sólo nexo, baste para resolver los problemas del DIT; 3. La teoría del cambio dice que el fundamento y límite del poder impositivo se encuentra en un cambio, en una contraprestación entre un Estado y ciertos "individuos". Esta orientación es puramente económica y desconoce la realidad política y social del Estado; 4) La teoría de la capacidad contributiva. Por lo atinado de las expresiones, las consignamos a la letra: "Los partidarios de esta teoría sostienen que para atribuir a un cierto Estado el derecho de imponer gabelas no debe atenderse a ningún elemento de vinculación, sino que a ciertos factores o indicios que determinan el índice de aptitud tributaria de los sujetos imposables, tengan estos cualquier domicilio o cualquiera sea la importancia de carácter económico que posean esas personas en el país que trata de establecer el tributo.

"La tesis de la capacidad contributiva aparece, en un plano teórico, de una justicia y equidad notorias, pero que se presenta como absolutamente impracticable en el campo internacional. Por ello es un principio digno de ser tenido en cuenta en el orden interno, pero que debe ser desechado en el plano interestatal".

Las últimas expresiones demuestran el estado actual de cosas, más, la formación de mercados comunes, el concepto mismo de economía mundial, hacen prever que, aunque lentamente, se camina hacia una estandarización e igualación tributarias, de tal modo que aún a nivel internacional, se consiga tratamientos similares frente a situaciones similares, con lo que el concepto de capacidad contributiva, que no es otra cosa que justicia y equidad en la imposición, de un plano nacional, debe dar un salto al internacional. 5) La situación de los bienes constituye un criterio opuesto al del domicilio, aplicable principalmente a los tributos de carácter real. Tiene también el inconveniente de dejar muchos puntos sin solución. 6) La teoría de la vinculación económica surge como un agregado de varios criterios y sostiene que la contribución debe satisfacerse una sola vez, mediante una división técnica y justa entre las jurisdicciones fiscales del lugar del domicilio, de la ubicación material de la riqueza o de la producción de la renta. Concretamente los vínculos económicos son, de acuerdo a esta teoría la situación de los bienes o del origen de la renta, esto es, la localización económica de la riqueza; la situación del lugar donde se perfecciona y completa el proceso de producción, iniciado en un punto de origen, se termina frecuentemente en otro distinto; el poder de reivindicación o lugar donde es posible ejercer los derechos sobre la riqueza ya producida; y, el domicilio o lugar donde la riqueza se consume o dispone. Antes que una teoría es un elenco o listado de situaciones y soluciones muy variadas que parecen corresponder a una casuística muy particular. De ninguna manera se trata de criterios generales válidos a un amplio universo de cuestiones. Bastaría con preguntar, cómo efectuar la distribución, para entender que antes que una teoría que sustente la atribución de potestad tributaria, son bases previas a la elaboración de acuerdos internacionales.

Han prevalecido dos tipos de criterios para atribuir potestad tributaria, el do-

micilio o residencia, adoptado por los países desarrollados y el lugar donde se origina la riqueza, propiciado por los países en desarrollo. Tales criterios difícilmente se sostienen de modo absoluto, y además existen variados matices a considerar.

### 3. LOS PRINCIPALES HITOS DEL PROBLEMA

Procuraremos, de modo breve, consignar los principales hitos históricos que han configurado la problemática del DIT. No es el caso referir demasiados datos que complican la visión el conjunto. Las cuestiones del DIT, especialmente la doble imposición internacional, sólo en tiempos relativamente recientes, han sido objeto de una preocupación sistemática. Las diferentes soluciones que se han ideado en las últimas décadas, denotan cómo en el curso del tiempo, se ha afinado el planteamiento de los problemas. Además se constata un grado de elaboración notable y mucha agudeza e ingenio en buscar las vías de solución. La historia de la doble imposición internacional y otras cuestiones menores, es la del DIT, el cual existe con las características actuales, a virtud de los antecedentes ocurridos. No es inútil por lo tanto referir los principales hitos del problema. Al contrario, es imprescindible para explicar el DIT de hoy.

Al efecto, nos valemos principalmente de la obra del maestro uruguayo don Ramón Valdés Costa, "Estudios de Derecho Tributario Internacional". También acudiremos a la obra de Alegría Borrás y a otros materiales.

La Sociedad de Naciones se había ocupado del tema de la doble imposición internacional casi desde su creación, concluida la primera guerra mundial. Luego de varios estudios, en 1943 en la Conferencia Regional de México, se formuló el Modelo de Tratado que constituye "la primera formulación sistemática de la doctrina latinoamericana".<sup>17</sup> En la ocasión se incluyó como principal criterio el de la fuente. Posteriormente, en la última reunión del Comité Fiscal de la Sociedad de Naciones, en Londres en 1946, con la asistencia de expertos de varios países, se modificó la posición anterior, se hizo prevalecer los intereses de los países desarrollados, y se puso en primer plano el principio del domicilio.<sup>18</sup>

La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), instituida en 1960 en París tiene como objetivo promover políticas encaminadas a procurar la expansión de la economía y el empleo, el incremento del nivel de vida, la estabilidad financiera y el desarrollo mundial. Igualmente procura la expansión del comercio mundial. Pertenecen a la organización los países más desarrollados de Europa Occidental, Estados Unidos, Japón, Nueva Zelanda, etc. En materia de doble imposición ha sido decisiva la presencia de la OCDE.

---

<sup>17</sup> VALDES COSTA, Ramón- "Estudios de Derecho Tributario Internacional", Montevideo, 1978, p. 15.

<sup>18</sup> VALDES COSTA, Ramón- Ibid. p.16.

El 30 de julio de 1963, el Consejo de la OCDE recomendó a los países miembros el Modelo de Convenio para evitar la doble imposición a la renta y al patrimonio. Este modelo ha tenido una enorme importancia, pues, ha sido fuente de inspiración de numerosos tratados. A julio de 1977 en que se modificó el Modelo, siguiendo sus lineamientos, se habían suscrito entre los países integrantes de la OCDE, ciento setenta y nueve convenios bilaterales. Se puede asegurar que es el Modelo de mayor importancia, y que su influencia ha sido trascendental para el DIT.

El 11 de abril de 1977, el Consejo de la OCDE recomendó a los países miembros un Modelo sustitutivo para evitar la doble imposición a la renta y al patrimonio. Este Modelo sigue los lineamientos del de 1963, más, contiene algunos reajustes y actualizaciones.<sup>19</sup>

Cosciani en 1958, refiriéndose a los problemas fiscales del Mercado Común Europeo, reconoce que el Tratado no se ocupa directamente de la materia, continuando por tanto las atribuciones de los países miembros para darse los ordenamientos fiscales que mejor les convenga, mientras no se falsee la libre competencia, para conferir privilegios a propios productores, o gravar productos de otros países.<sup>20</sup>

Alegría Borrás en 1978 destaca que el Mercado Común Europeo, respecto de la doble imposición ha seguido los modelos de la OCDE, lo que comprueba el enorme valor práctico que han tenido los mismos. Dice la estudiosa "La lucha contra la doble imposición ha continuado en el seno del Mercado Común, con ese signo tan diferente que marca la armonización, unida a la influencia de los Modelos de la OCDE, cuya preponderancia en estos momentos, aún con todo lo que de criticable puedan tener, es enorme".<sup>21</sup>

Las resoluciones del Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas (ECOSOC) números 378 de mayo 31 de 1951 y 1273 de agosto 4 de 1967, son trascendentes para los países en desarrollo. La primera reconoce el derecho de gravar en el país de la fuente y recomienda la suscripción de tratados bilaterales, a fin de que dichos países sufran un sacrificio mínimo, pues de lo que se trata en último término es de fomentar el desarrollo económico. La resolución 1273 señala que los Convenios para cortar la doble imposición no se han de limitar a considerar la imposición de un país más desarrollado sobre las rentas de otro país, sino que se ha de procurar favorecer las inversiones en países en desarrollo.<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> Modelo de Convenio de Doble Imposición sobre la Renta y el Patrimonio, Informe 1977 del Comité Fiscal de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (O.C.D.E.), Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda, Madrid, 1978.

<sup>20</sup> COSCIANI, Cesare-"Problemas Fiscales del Mercado Común Europeo" estudio publicado en la Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública, Vol. VIII No. 31, septiembre de 1958, pp. 661 y sgts.

<sup>21</sup> BORRAS, Alegría-Obra citada, p. 137.

<sup>22</sup> BORRAS, Alegría-Ibid p. 158.

El Consejo de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en febrero de 1955 reconoce que fundamentalmente tiene derecho a gravar la renta el país de origen, vale decir el de la fuente.<sup>23</sup>

La International Fiscal Association (IFA), entidad privada de gran prestigio mundial con sede en La Haya, tiene como una de sus finalidades, el trabajar a fin de evitar la doble imposición internacional. Destacan por su importancia las resoluciones de los congresos de Jerusalem 1961, París 1963 y Montevideo 1968 en los que se consideró el problema de la doble imposición con referencia a los países en desarrollo, e inclusive se introdujo el sistema de tax sparing o deducción del impuesto exonerado en el país de la fuente, como instrumento de promoción de las inversiones extranjeras en América Latina.<sup>24</sup>

El Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario cuyas primeras jornadas tuvieron lugar en Montevideo 1956 y que actualmente se encuentra también integrado por las Asociaciones Nacionales de España y Portugal, se ha ocupado en algunas oportunidades del problema de la doble imposición internacional. En las Jornadas de Montevideo de 1956, el Instituto recomendó la adopción del principio de la fuente por oposición al del domicilio o de la nacionalidad, el cual debería recogerse en la legislación interna y servir de base para los tratados internacionales que suscriban los países de la Región. En las IV Jornadas de Buenos Aires de 1964, se ratifica el principio de la fuente y al propio tiempo se efectúan valiosos pronunciamientos que complementan, matizan y viabilizan dicho principio. Dentro de ese tenor, se reconoce la necesidad de ajustarse a la realidad económica y de introducir otros criterios para atraer inversiones extranjeras y desalentar la transferencia de capitales al exterior, debiendo al efecto aceptarse la exoneración de rentas obtenidas en el propio territorio y la gravación de rentas generadas en el exterior. Se recomienda también la utilización del crédito tributario por el país del domicilio y el otorgamiento cuidadoso de franquicias, las que deben concederse únicamente cuando signifiquen un efectivo beneficio para el contribuyente. Las VI Jornadas de Punta del Este de 1970 ratifican las resoluciones anteriores y con referencia a la resolución 1273 de ECOSOC recomienda su aplicación fidedigna por el Comité de Expertos de dicho Organismo, en el sentido de que tal resolución lo que pretende es facilitar la conclusión de acuerdos en función de las condiciones reales de los países desarrollados y en desarrollo, y no únicamente tomando en cuenta las de los primeros. Las VII Jornadas de Caracas en 1975, luego de ratificar las resoluciones anteriores y el principio de la fuente, particularizan este principio y especifican los criterios a aplicarse en cuanto a dividendos, intereses, regalías, honorarios por asistencia técnica. Se refieren además a otros puntos de importancia, tales como la necesidad de depurar las rentas, acudiendo a criterios directos o presuntivos; la necesidad de ce-

---

<sup>23</sup> BORRAS, Alegría-Ibid. p. 158.

<sup>24</sup> VALDES COSTA, Ramón-Obra citada, p. 19

lebrar convenios internacionales a fin de facilitar la transferencia de capitales y tecnología mediante el otorgamiento racional de incentivos; luchar contra la evasión; y, organizar un régimen para solucionar conflictos ante la falta de convenios o por la obscuridad de sus disposiciones. Se declara que la política de incentivos deben fijar los países en desarrollo discrecionalmente, según sus necesidades; se declara que el tratamiento de las sociedades vinculadas, debe ser similar al de las independientes; se considera apropiada la retención en la fuente, en los casos de intereses, regalías y asistencia técnica. Las resoluciones de Caracas conforman un documento de enorme significación. Se trata de un feliz remate a un proceso de elaboración iniciado varios años antes. Bien puede afirmarse que el texto de estas resoluciones contiene en forma breve pero clara y completa la doctrina latinoamericana sobre los problemas que surgen por la doble imposición internacional.<sup>25</sup>

La decisión 40 del Acuerdo de Cartagena que creó la Subregión Andina, aprobó dos Convenios, el uno para evitar la doble imposición entre los países miembros y el otro que constituye el Convenio tipo para evitar la doble imposición entre los países miembros y otros Estados ajenos a la Subregión. Los criterios mantenidos en este documento constituyen la más pura aplicación del criterio de la fuente. Estos Convenios adoptados en Lima en 1971 son los documentos con valor oficial de mayor importancia en América Latina. No se puede desconocer que sus tesis son de gran ortodoxia, pero poco flexibles. Al respecto dice Valdés Costa: "Podría decirse que más que un modelo de tratado es una declaración de principios que no será admitida lisa y llanamente por los países que sostienen los criterios del domicilio o la nacionalidad. Su utilidad quedará pues restringida a servir de punto de partida para las negociaciones y concesiones recíprocas inherentes a todo tratado".<sup>26</sup>

#### **4. LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL TRIBUTARIO**

Las principales fuentes del DIT son las normas de legislación interna y los tratados del derecho internacional. Según el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de La Haya, constituyen fuentes del derecho internacional los tratados internacionales generales o particulares cuyas reglas sean reconocidas por las partes, las costumbres internacionales, los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas y subsidiariamente, de acuerdo al artículo 59 del propio Estatuto, las decisiones judiciales y las enseñanzas de los publicistas calificados, vale decir, la doctrina.<sup>27</sup>

Es necesario examinar dentro del campo fiscal como operan estas fuentes.

---

<sup>25</sup> Memorias de las X Jornadas del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, Quito, 1981, pp. 344 a 385.

<sup>26</sup> VALDES COSTA, Ramón-Obra citada, p. 129.

<sup>27</sup> BUHLER, Ottmar-Obra citada, pp. 49 y 50.

Considerando al DIT como el ramo del derecho internacional público que se ocupa de los conflictos de potestades tributarias nacionales, se debe reconocer en forma general que la mayoría de los casos se resuelven con normas de derecho interno las que tienen una gran prevalencia en el orden práctico, en razón de la casi total ausencia de tratados colectivos que demuestren la aceptación de enunciados o principios comunes. Tampoco existe una jurisprudencia generalizada, que del mismo modo comportase la vigencia de tales principios y que constituyese “el corpus” fundamental del DIT. Lo que ha proliferado, es la suscripción de convenios bilaterales que solucionan las relaciones fiscales interpaíses.

Los tratados bilaterales en buen número han sido convenidos por países desarrollados y refiriéndose a campos muy concretos, no han logrado generar postulados de vigencia general. Buhler al respecto afirma con gran propiedad: “Que de “internacionalidad” del DIT apenas puede hablarse, se comprueba suficientemente en la tan aludida ausencia de tratados colectivos y de una jurisprudencia internacional, factores ambos que se han acreditado en cualesquiera rama del Derecho Internacional como el medio más importante del progreso hacia una auténtica internacionalización”.<sup>28</sup> El propio autor anota que también existe escasa internacionalidad en las normas de derecho interno y expresa: “Al hacer balance no puede decirse otra cosa que el grado de “internacionalidad” interna del (derecho tributario internacional) hasta la fecha es mínima. En último término, el motivo de ello estriba en que las Haciendas constituyen hasta tal punto el núcleo vital de cada Estado que, como muestra la historia de todas las comunidades de Estados y de los Estados Federales, siempre han sido la última materia que los Estados han estado dispuestos a entregar a una instancia distinta.”<sup>29</sup>

Paradójicamente, el único principio firme reconocido, que por supuesto no es apto para solucionar un conflicto, es el de la soberanía fiscal de los Estados. En el derecho internacional no existe un principio que prohíba la doble imposición, ni son eficaces en el ámbito internacional la igualdad ante el impuesto y la capacidad contributiva.<sup>30</sup> Criterios como la nacionalidad, el establecimiento permanente, la imputación, la exención y otros son de carácter instrumental y con éstos tampoco se soluciona el conflicto que produce la doble imposición.<sup>31</sup> La limitación de los poderes tributarios de los Estados no se encuentra reconocida en principio alguno. Existe una excepción de importancia, de gran generalidad y aceptación, cual es la no discriminación por razón de nacionalidad, lo que impide establecer tributos discriminatorios a los extranjeros.<sup>32</sup>

---

<sup>28</sup> BUHLER, Otmar-Ibid. p. 24.

<sup>29</sup> BUHLER, Otmar-Ibid. p. 25.

<sup>30</sup> BORRAS, Alegría-Obra citada, p. 168.

<sup>31</sup> BORRAS, Alegría-Obra citada, p. 166.

<sup>32</sup> BORRAS, Alegría-Ibid. p. 163.

Las normas de derecho interno siguen constituyendo la fuente más utilizada en el ámbito tributario internacional. Ello no significa que prevalezcan frente a las normas de los tratados internacionales. Lo que se quiere significar es que frente a las variadas cuestiones que ocurren en este campo, la mayoría de ellas, al no estar sujetas a tratados internacionales, se resuelven por la aplicación de normas internas. La administración y los jueces deben aplicar la legislación del propio país, la cual puede prever la aplicación de la de otros Estados o las normas de los tratados internacionales. La significación de estos últimos, es la de impedir y limitar a los Estados signatarios dictar disposiciones de carácter material contrarias a las que constan en los tratados. Ello significa que en el supuesto, los Estados no pueden incidir ni alterar las obligaciones tributarias ya reguladas en instrumento internacional. Semejante cosa cabe afirmar respecto de instrucciones de legislación interna que alteren las normas de los tratados.<sup>33</sup>

La aplicación del derecho interno extranjero como elemento que influye en el cálculo del impuesto a pagar en el propio país no es infrecuente. Hay que advertir que no se trata de la aplicación exclusiva del derecho extranjero. Se trata más bien de una aplicación del derecho interno, el cual para ciertos efectos toma en consideración la aplicación del derecho extranjero. Son ejemplos, el crédito tributario o "tax credit" que permite en el país del domicilio restar del impuesto a cobrar, las sumas satisfechas en el extranjero. En el sistema del "tax sparing" se considera deducible no únicamente el impuesto efectivamente pagado, sino también el exonerado. Entonces en el país del domicilio se deberá hacer mérito de la aplicación del impuesto en el país extranjero, así como su sistema de exenciones e incentivos fiscales. Buhler dice que hay un límite a la aplicación del derecho extranjero en el orden fiscal, y que de modo similar a lo que acontece en el derecho internacional privado, ese límite lo constituye el orden público, "order public" o "public policy". Reconoce que hay dos terrenos en que está fuera de duda la aplicación del derecho extranjero, el impuesto pagado o debido según dejamos expuesto, y la ejecución de las notificaciones y liquidaciones, cuando la ejecución está acordada en un tratado de derecho internacional.<sup>34</sup> Creemos que sobre la aplicación del derecho internacional extranjero se debe distinguir los casos en que ello ocurre por designio u operatividad del derecho interno nacional de aquellos en los que se trata de un verdadero envío convenido en un tratado internacional. En el segundo supuesto, la aplicación del derecho extranjero se sienta sobre bases contractuales, en el primero en decisión soberana autónoma. Los envíos y reenvíos tan frecuentes en el derecho internacional privado no se dan sino limitadamente en el DIT, pues, las pretensiones fiscales "solo pueden hacerse valer, en cuanto el presupuesto de hecho está recogido en una ley interna",<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> BUHLER, Otmar-Obra citada, pp. 61 a 63.

<sup>34</sup> BUHLER, Otmar-Ibid. pp. 100 y sgts.

<sup>35</sup> BUHLER, Otmar-Ibid. p. 102.

y esto aunque el dicho presupuesto se haya producido en el extranjero. En el DIT no se procura discernir la ley aplicable como en el derecho internacional privado, sino simplemente, respetando “las competencias impositivas” tratar de cortar sus interferencias que producen iniquidad en base a normas de derecho interno y de ser posible a normas constantes en tratados de derecho internacional.

Los tratados de derecho internacional tributario (TDIT) válidamente concertados son la fuente jerárquicamente más importante del DIT, aunque no constituyen su “corpus” de más frecuente aplicación. Los TDIT en cuanto a su naturaleza, modo de convenirlos, forma, vigencia, validez, interpretación y aplicación, denuncia, modos de terminación y más problemas a que ellos conciernen, siguen el régimen general de los tratados que son la fuente del derecho internacional público. Les son aplicables lo que se conoce como el “derecho de los tratados”. Existen sin embargo ciertas peculiaridades a las que debemos referirnos.

Los TDIT pueden ser multilaterales o bilaterales. Los primeros prácticamente no existen. Los segundos, son ya numerosos. Buhler habla de quinientos sobre doble imposición, a mediados de la década de los sesenta. Una publicación del Instituto de Estudios Fiscales de España, sólo con relación a los países de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos, (OCDE) asegura que al 1o. de julio de 1977, se habían concluido ciento setenta y nueve convenios. Alegría Borrás da cuenta que sólo España a partir de 1963 hasta 1974 había suscrito doce convenios para evitar la doble imposición. Esta cifra contrasta con la afirmación de Sainz de Bujanda en su estudio sobre la interpretación, en derecho español, de tratados para evitar la doble imposición aparecido en la Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública número 38, correspondiente a junio de 1960, de que en lo que va del siglo España sólo ha suscrito tres convenios para evitar la doble imposición. En América Latina son pocos los países que han suscrito TDIT. Respecto de México, de la Garza asegura que no existe uno solo sobre doble imposición.<sup>36</sup>

Pueden existir tratados puramente fiscales y otros de carácter general en los cuales se incluyan normas fiscales. Dichas normas deben someterse a las normas generales sobre tratados colectivos, en las que el principio supremo es el de “pacta sunt servanda”.<sup>37</sup>

Al igual que en otros campos, en el tributario, los tratados se incorporan a la legislación interna cumplidos los requisitos de rigor, previstos normalmente en las normas constitucionales. Producida esta incorporación hace falta examinar el valor que a los tratados dé la legislación interna y especialmente estudiar cuál es la prioridad que les concede con referencia a otras fuentes normativas.

Existe como una derivación del derecho internacional, lo que se ha denomina-

---

\* DE LA GARZA, Sergio F.-“Derecho Financiero Mexicano”, Editorial Porrúa, S.A, México, 1985, p. 44.

” BUHLER, Otumar-Obra citada, p. 51.

do el derecho de los tratados, una de cuyas fuentes principales es el Tratado de Viena de mayo 29 de 1969. Tales normas son también aplicables a los tratados de carácter fiscal.

Generalmente corresponde al titular del Ejecutivo concertar los tratados, ya por sí, ya por delegación y al Organismo Legislativo su aprobación o ratificación. Depende todo este proceso de la legislación interna de cada país. En México, tres son las normas constitucionales que interesan principalmente: el artículo 89 fracción X que incluye dentro de las facultades y obligaciones del Presidente de la República, la de "Dirigir las negociaciones diplomáticas y celebrar tratados con las potencias extranjeras, sometiéndolos a la ratificación del Congreso Federal"; el artículo 76 que contiene las facultades exclusivas de la Cámara de Senadores, en la fracción I, cuya parte pertinente dice: "además, aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo de la Unión"; y el artículo 133 en la parte que reitera que los tratados son celebrados por el Presidente de la República "con aprobación del Senado". Respecto de la función del Senado, es interesante el razonamiento de Sepúlveda, quien ilustradamente concluye que lo que produce esta Cámara no es una ratificación, sino una aprobación.<sup>38</sup>

En Ecuador los artículos constitucionales que interesan son: el 78 que contiene las atribuciones y deberes del Presidente de la República. Dice su literal f) "determinar la política exterior y dirigir las relaciones internacionales; celebrar tratados y demás convenios internacionales de conformidad con la Constitución y leyes; ratificarlos previa aprobación del Congreso Nacional; canjear o depositar, en su caso, las respectivas cartas de ratificación"; y, el artículo 59 que contiene las facultades del Congreso Nacional. Dice el literal h) "aprobar o desaprobar los tratados públicos y demás convenciones internacionales". De las normas transcritas se deduce con claridad lo que compete al Ejecutivo, lo que al Legislativo, y la secuencia del procedimiento. El Ejecutivo celebra los tratados, el Legislativo los aprueba y luego el propio Ejecutivo los ratifica y promulga, y procede al depósito del tratado. Hoy el Congreso es unicameral, sistema nuevo, que vino a sustituir al bicameral, que es el que mayor vigencia ha tenido. Entonces al igual que el sistema norteamericano, era a la Cámara del Senado a quien correspondía la aprobación de los tratados.

La intervención del Organismo Legislativo se explica en cuanto la celebración de los tratados tiene que ver con la soberanía del Estado, y más específicamente porque la misma es productora de normas con un valor por lo menos igual, sino de jerarquía superior a la legislación común. A este respecto es importante definir el valor de las normas contenidas en los tratados, y su ubicación jerárquica dentro de las otras que conforman la legislación interna. Es más allá de evidente que las normas de los tratados no pueden prevalecer sobre las normas constitucionales. Ello corres-

---

\* SEPULVEDA, César. "Derecho Internacional" Editorial Porrúa S.A., México, 1984, pp. 129 y sgts.

ponde a una visión lógica del orden jurídico. Así lo reconoce el artículo 133 de la Constitución Política de México, y el 137 de la Constitución del Ecuador que estatuye que, “La Constitución es la ley suprema del Estado” y que “No tienen valor alguno las leyes, decretos, ordenanzas, disposiciones y tratados o acuerdos internacionales que, de cualquier modo, estuvieren en contradicción con la Constitución o alteraren sus prescripciones.”

La doctrina, según queda indicado, sostiene que los tratados no pueden aplicarse si van contra el orden público, “ordre public”, “public policy”, conceptos que generalmente en lo principal de su contenido, se encuentran incluidos dentro de las normas constitucionales.

Problema más complejo es de discernir el valor de los tratados respecto de lo que podría denominarse la legislación ordinaria de los Estados. La cuestión se complica aún más en los Estados Federales en los que la Nación y las entidades federativas tienen facultad de legislar. El artículo 133 de la Constitución Política de México dice que son “Ley Suprema de toda la Unión”, la Constitución, las leyes del Congreso de la Unión y los tratados y establece que tales normas prevalecerán sobre las Constituciones o Leyes de los Estados. Se debe resolver en caso de contradicción, cuáles normas prevalecerán, las de las leyes federales o las de los tratados. Sepúlveda da razón de las diferentes teorías que procuran dilucidar la cuestión. Reconoce el autor que por lo general “ha primado el Derecho Internacional por encima del orden estatal mexicano”.<sup>39</sup>

Sin desconocer la existencia de argumentos importantes en favor y contra de las tesis opuestas, se debe reconocer que no operarían en el orden fiscal las convenciones referidas a este campo, especialmente las que pretenden evitar la doble imposición, si no se admite que los tratados prevalecen sobre la legislación interna ordinaria. La posición de Buhler es decidida. Dice: “Aunque al Derecho Internacional se le ha reconocido desde siempre y en todos los Estados una primacía en el plano teórico respecto de los ordenamientos jurídicos nacionales, ha constituido siempre un difícil problema -y todavía no ha sido solucionado en todos sus aspectos- el significado de dicha preeminencia, así como su extensión y puesta en práctica.”<sup>40</sup> En Alemania, al artículo 25 de la Ley Fundamental de mayo 23 de 1949, ha resuelto el asunto reconociendo que prevalecen las normas de derecho internacional. Dice la disposición: “Las normas generales del Derecho Internacional forman parte del Derecho federal. Prevalecen frente a las leyes y confieren derechos y obligaciones inmediatos a los habitantes del territorio federal”.<sup>41</sup> La norma es de gran interés, pues constituye un franco reconocimiento de la prevalencia no sólo de los tratados, sino en general de las normas de derecho internacional, sobre la legislación ordinaria interna”.

---

<sup>39</sup> SEPULVEDA, César-Obra citada pp. 67 y sgts.

<sup>40</sup> BUHLER, Ottmar-Obra citada, p. 87.

<sup>41</sup> BUHLER, Ottmar-Ibid. p. 82

La diferenciación entre normas materiales y formales es también como en el derecho interno, de gran importancia para el DIT. Las primeras se refieren a la creación y cobro de tributos, las segundas a los procedimientos administrativos y contenciosos. El objeto principal de los TDIT es evitar la doble imposición. Puede también procurar la uniforme imposición, lo que ocurre especialmente en los organismos regionales, o acordar la eliminación de imposiciones inferiores que distorsionan los precios internacionales y puedan llegar a constituir una desafortunada forma de competir, que en el fondo entorpece al comercio internacional.

Desde la óptica del derecho material, los TDIT suelen tener como finalidad limitar las pretensiones fiscales de los Estados, mas no ampliarlas o crear nuevas.<sup>42</sup> Esto es lógico, pues, el conflicto precisamente surge como una imposición exorbitante e inequitativa.

El efecto práctico de la supremacía de los tratados sobre la legislación ordinaria interna estriba en que aunque se modifique esta última, las normas de los tratados no quedan derogadas. El argumento a más de las razones que abonan la tesis general respecto de la prioridad de los tratados, está en que el convenio fiscal constituye una "lex specialis", pues regula relaciones concretas entre dos o más países.<sup>43</sup>

Sainz de Bujanda, en el aludido estudio, analiza la interpretación de los tratados fiscales y distingue entre auténtica o normativa, efectuada por quienes crearon la norma, es decir los Estados, y la interpretación aplicativa producida por los órganos administrativos y judiciales a quienes corresponda según el ordenamiento de cada país. Entendemos que esta interpretación aplicativa puede originarse en la actividad de tribunales internacionales de administración de justicia fiscal. Por lo demás, las reglas de interpretación aplicativa no difieren en el fondo de las que rigen la interpretación de las normas de origen interno. El maestro de Madrid da pautas sobre dos puntos muy concretos: las exenciones y naturaleza de los impuestos. Sobre las exenciones acordadas internacionalmente, defiende acertadamente, que el contenido de las mismas no puede alterarse por normas de legislación interna. Sobre los impuestos afirma que hay que estar más a su naturaleza que a su denominación.<sup>44</sup>

A diferencia de lo que opera por lo general en la legislación interna, en la que suele sustentarse la irretroactividad tributaria, en los TDIT se la acepta, referida a situaciones que se pretende remediar. Esto además concuerda con lo dicho de que los tratados no amplían la potestad tributaria. Alegría Borrás, a esta forma de vigencia en el tiempo le da mucho relieve. Opina que es una de las características de los convenios fiscales.<sup>45</sup> Otra de las características señalada por la propia estudiosa es la de los tratados fiscales, se concluyen a partir de modelos preexistentes. Al pun-

---

<sup>42</sup> BUHLER, Otmar-Ibid. p.88.

<sup>43</sup> BORRAS, Alegría-Obra citada, p.88.

<sup>44</sup> SAINZ DE BUJANDA, Fernando-Estudio citado, pp. 279 y sgts.

<sup>45</sup> BORRAS, Alegría-Ob. citada p. 90.

to explica: “La conclusión de los convenios de doble imposición presenta una característica digna de hacer resaltar: aunque se negocien entre dos Estados, estos no acostumbran establecer unas cláusulas cualesquiera, sino que se concluyen, en general, de acuerdo con los modelos de convenio elaborados por las Organizaciones Internacionales”.<sup>46</sup> Tal realidad es de gran relevancia, pues de ese modo se da cabida a la doctrina. Los modelos de tratados están influenciados grandemente por los estudiosos. Desafortunadamente también responden a los parciales intereses de países o grupos de países que no buscan tanto la justicia y el desarrollo de los pueblos y de la economía mundial, cuanto su conveniencia.

Los usos y las costumbres de gran importancia en el derecho internacional, tienen poca en el campo fiscal, debido al principio de legalidad que domina el ámbito tributario. Un caso excepcional es el de las inmunidades diplomáticas que comenzaron como una norma de cortesía. No existe costumbre que prohíba la doble imposición.<sup>47</sup>

La jurisprudencia es de gran importancia en cualquier campo del derecho. Su significación depende de si es vinculante para casos análogos posteriores o simplemente ilustrativa.

El artículo 192 de la Ley de Amparo de México dispone que la jurisprudencia del pleno de la Suprema Corte es obligatoria para las salas que la componen y para los tribunales unitarios y colegiados y demás juzgados y tribunales indicados en la disposición; la de las salas obliga a todos los tribunales y juzgados de menor jerarquía de los órdenes federal, estatal y local indicados. También es obligatoria la jurisprudencia que resuelve las contradicciones de sentencias de las salas. La jurisprudencia de los tribunales colegiados de circuito es obligatoria para los juzgados de Distrito y para los indicados en el artículo 193 de la Ley de Amparo. La jurisprudencia que establezca la Sala Superior del Tribunal Fiscal de la Federación, de acuerdo al artículo 259 del Código Fiscal de México, es obligatoria para las salas regionales. En síntesis, la obligatoriedad de la jurisprudencia se dirige a los tribunales de justicia.

Según el Código Tributario del Ecuador, Artículo 293, la jurisprudencia del Tribunal Fiscal es antecedente de aplicación de las leyes y reglamentos tributarios, mas no es obligatoria. Sólo los fallos dictados por el propio Tribunal en casación, y las resoluciones que dicte su Pleno al dirimir fallos contradictorios, constituyen norma obligatoria para el propio Tribunal y para las administraciones fiscales, hasta que la ley no disponga lo contrario. La obligatoriedad de las resoluciones sobre fallos contradictorios está reconocida por la Constitución Política en el artículo 102. Gozan de facultad para expedir tales resoluciones, la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y, como queda referido, el Tribunal Fis-

---

\* BORRAS, Alegria-Ibid. p. 86.

° BORRAS, Alegria-Ibid. pp. 164 y 165.

cal. Es de advertir que la Corte Suprema no tiene la Facultad de conocer asuntos tributarios.

La jurisprudencia puede provenir de tribunales nacionales pues es la instancia en que los contribuyentes hacen valer sus derechos y contestan las pretensiones de las autoridades fiscales nacionales. A estos tribunales corresponde si es el caso, aplicar normas de DIT.

Sainz de Bujanda hace referencia a la doctrina francesa con arreglo a la cual los tribunales administrativos para aplicar convenios internacionales cuya normativa no sea clara, deben solicitar previamente la opinión del Ministerio de Asuntos Exteriores, quien interpreta tales normas y somete su criterio al Consejo de Estado.<sup>48</sup>

Alegría Borrás da noticia del histórico fallo del Tribunal de Alejandría, en el cual se sustenta que las normas de Derecho Internacional general, a diferencia del Derecho Convencional, no limitan los poderes nacionales impositivos, mas que en lo que concierne a los agentes diplomáticos en los países en que están acreditados.<sup>49</sup>

La jurisprudencia podría también provenir de los tribunales internacionales. Al Tribunal Internacional de Justicia de La Haya pueden acceder únicamente los Estados y no los particulares como sería necesario. Por ello se ha recomendado la creación del Tribunal Fiscal Internacional, a quien correspondería sentar los principios del DIT, así como interpretar los tratados y resolver las cuestiones fiscales en ausencia de tratados. Posiblemente hay camino aún que recorrer, especialmente la aceptación de ciertos principios generales comunes que surjan de tratados colectivos.<sup>50</sup>

## 5. LA DOBLE IMPOSICION INTERNACIONAL

Con mucho, el principal problema que afronta el DIT es la doble imposición internacional. Es necesario centrar la atención sobre esta cuestión, estudiar cómo surge, cuáles son sus contornos, cuáles las soluciones que se han ideado para resolverla. Luego de una visión general, hace falta descender a lo particular y analizar la casuística que ocurre con mayor frecuencia. Se debe también examinar ciertos conceptos instrumentales desde los cuales se proyectan las soluciones para resolver los problemas de la doble imposición internacional.

La simple coexistencia de las potestades tributarias de los diferentes Estados, no es suficiente para que surja la doble imposición. Es además necesario que se produzca conflicto entre ellas, lo que ocurre por el hecho de que los Estados observan diferentes criterios de atribución de potestad tributaria, básicamente el del

---

<sup>48</sup> SAINZ DE BUJUNDA, Fernando-Estudio citado, p. 284.

<sup>49</sup> BORRAS, Alegría-Obra citada, p. 167.

<sup>50</sup> BORRAS, Alegría

BUHLER, Ottmar-Obras citadas, pp. 168 y 170, p. 59, en su orden.

produzca conflicto entre ellas, lo que ocurre por el hecho de que los Estados observan diferentes criterios de atribución de potestad tributaria, básicamente el del domicilio o residencia, de un lado, y de otro, el de la fuente de producción de la riqueza. Teóricamente, el problema se solucionaría, si los diferentes ordenamientos jurídicos aceptaran un único punto de vista. En los tratados celebrados entre países que pertenecen al mismo bloque y que tienen similares intereses, en observancia de modelos pre-configurados, en términos generales, ello es lo que ocurre. Ejemplo de lo dicho, constituyen los convenios entre países de la OCDE.

El profesor Uckmar sobre los supuestos del conflicto dice: "Es evidente que si un sujeto reside en el Estado en cuyo ámbito se encuentran los bienes, o en el que se produce su renta, no surge ningún problema de reparto territorial del poder tributario; el problema surge cuando el sujeto tiene el domicilio o la residencia en un Estado diverso de aquél en que aparecen situados los bienes o en que se encuentra la fuente de la renta".<sup>51</sup> Encontramos, a más de la diversidad de criterios de atribución, otro elemento en el surgimiento del problema, es la situación de los bienes o la producción de renta en un país distinto al del domicilio o residencia del titular de los mismos.

Alegría Borrás sostiene que para que exista doble imposición, deben darse los siguientes elementos: a) Dos autoridades fiscales diferentes (dos soberanías fiscales independientes); b) Dos impuestos que llevan el mismo nombre o diferente; c) Un mismo elemento material del hecho imponible; d) Una sola causa de imposición; e) Identidad de sujetos pasivos, respecto de los cuales se plantea el problema de las sociedades colectivas, que para algunas legislaciones tienen personalidad y para otras no; f) Que se trate de impuestos correspondientes a igual período de tiempo.<sup>52</sup> Creemos que al asumir que se trata de un mismo hecho imponible, se asume que es el mismo impuesto, que es la misma causa y que se lo aplica por el mismo lapso.

A más de los supuestos, o elementos para que surja la doble imposición, deben tenerse en cuenta otros factores que constituyen el marco global del problema, y que atienen al diverso grado de desarrollo de los países. Es muy conocida la clasificación económica entre países desarrollados y países en vías de desarrollo. Los primeros son exportadores de capitales y han alcanzado un alto grado de industrialización; los segundos son importadores de capital y son productores de materias primas. En el ámbito tributario ha influido notablemente esta realidad. Mientras los países desarrollados han optado por gravar con el criterio del domicilio y en definitiva por el lugar de origen de los capitales, los países en desarrollo, especialmente latinoamericanos, han optado por gravar en el lugar donde se emplean los capitales y donde se produce la riqueza.

---

<sup>51</sup> UCKMAR, Víctor—"La influencia del domicilio, de la residencia y de la nacionalidad en el derecho tributario", estudio publicado en la Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública, Madrid, 1956, p. 590.

<sup>52</sup> BORRAS, Alegría—Obra citada, p. 29.

Blumenstein definió hace algunas décadas lo que se debe entender por doble imposición. Si bien este autor se refirió a la producida entre los cantones suizos, con la advertencia, que el problema en cuestión se refiere al ámbito internacional, los conceptos de la definición son válidos y actuales. Dice “que un caso di doppia imposizione si ha allorquando la medesima persona viene sottoposta per il medesimo oggetto, per el medesimo tempo a la stessa imposta in due Cantoni”.<sup>53</sup> (x). Los requisitos para que exista doble imposición son: dos competencias tributarias, el mismo sujeto pasivo, el mismo objeto imponible, el mismo impuesto, el mismo aspecto temporal. Es el caso de que dos Estados o más sujeten al contribuyente al mismo impuesto, siendo necesario considerar que el gravamen no siempre coincide exactamente en cuanto a su denominación, por lo que hay que ver si sustancialmente se trata de un tributo semejante. De allí que en los tratados internacionales se suele precisar los términos a fin de establecer esa similitud con independencia de las denominaciones. A falta de convenio, corresponde a la interpretación estudiar si efectivamente se trata o no de las mismas contribuciones. Un factor que viene íncito es la simultaneidad o contemporaneidad de la imposición, que puede darse en un determinado momento o en un período más o menos largo de tiempo, según sucede con el impuesto a la renta.<sup>54</sup> La doble imposición puede ser total o parcial en el sentido de que afecte al íntegro bien, renta o en general hecho imponible, o únicamente a una parte..<sup>55</sup>

La doble imposición se produce con mayor frecuencia sobre la renta y sobre el patrimonio. Los tratados están generalmente concebidos bajo este supuesto. Con todo y ello, es posible que también ocurra doble imposición respecto de los impuestos indirectos. Jaime Ross Bravo así lo reconoce y manifiesta: “En otros términos, la doble tributación se presentaría si dos Estados que comercian entre sí siguieran principios contrapuestos para la aplicación de los impuestos a los consumos y a las ventas: uno el del país de origen del producto y otro del país del destino del mismo, en el entendido que en este último caso el monto del impuestos fuera susceptible comercialmente de trasladarse hacia adelante”.<sup>56</sup> Normalmente la imposición indirecta se incorpora a los precios y no es el contribuyente de derecho, sino el de facto el que soporta el gravamen. El término mismo “contribuyente de facto” ha sido vivamente combatido por la doctrina jurídica, la cual afirma que esta realidad económica -la traslación-, no es aspecto que interesa al derecho. Lo que no se puede negar es que el legislador al diseñar el sistema tributario tiene en mientes la traslación y en algunos casos, como en el impuesto al valor agregado, se refiere expresamente a ella. Tampoco se puede descuidar de que una excesiva carga impositiva vía impuestos in-

---

<sup>53</sup> BLUMENSTEIN, Ernst (x)-Obra citada p. 76. “Existe un caso de doble imposición cuando la misma persona se encuentra sujeta por el mismo objeto y durante el mismo tiempo a igual impuesto en dos Cantones”

<sup>54</sup> RISCHE NUÑEZ, Teodoro, VICENTE MOLINA, Hernán-Obra citada, p. 14.

<sup>55</sup> BORRAS, Alegría-Obra citada, p. 30

<sup>56</sup> ROSS BRAVO, Jaime-Estudio citado, p. 30.

directos aplicados a la producción, circulación y consumo de bienes y servicios, originada en diferentes competencias tributarias, constituye una inequitativa doble imposición que desalienta el comercio internacional y produce efectos dañosos a la economía. Los mercados regionales y en general las zonas en proceso de integración procuran nivelar la carga impositiva indirecta a fin de que no distorsionen los precios de bienes y servicios, y consecuentemente no se entorpezca la formación de mercados comunes inter-Estados.

Se ha propuesto distinguir entre concurso de imposición y conflicto de imposición.<sup>57</sup> En el primer caso dos o más Estados gravan de modo equitativo; en el segundo, en forma excesiva. Tal diferenciación supone la existencia de una capacidad contributiva nivel internacional, la que si bien no es posible admitir conceptualmente, es punto menos que inalcanzable de definir y sobre todo de cuantificar, al menos de modo aproximativo. Basta comparar las diferentes tarifas impositivas sobre rentas y patrimonios que aplican los Estados para confirmar este aserto. Además al efecto, se debe contemplar no únicamente un tal o cual impuesto que ataca a rentas y patrimonios, sino entero sistema tributario que rige en cada país. Con ello -en el ámbito internacional- se relativiza aún más la noción de capacidad contributiva, y se ve que en el orden práctico, es difícil de diferenciar entre concurso de imposición y conflicto de imposición. Puede hipotizarse sobre casos extremos que salen de toda normalidad y racionalidad. Así podría ocurrir que entre lo que aplican o lo que pretenden aplicar dos o más Estados se aborba por impuestos íntegramente la renta o se afecte a la integridad misma del patrimonio. Resultarían de este modo situaciones inícuas.

Lo que realmente ocurre es que el contribuyente exige que un sólo Estado, con la tarifa que corresponda, la que puede ser baja, mediana o elevada, le cobre el impuesto sobre la renta o patrimonio. El causante del impuesto está dispuesto a objetar la imposición doble aunque el resultado de la misma no sea excesivo. Desde el ángulo de los Estados, en consideración a los fines fiscales o recaudatorios y a los extrafiscales o de política fiscal nacional e internacional, se mira la doble tributación como un factor de interferencia que es necesario solucionar con normas de derecho interno o por medio de convenios internacionales. Se ataca, en suma, por contribuyentes y Estados, la superposición de imposiciones, no tanto el monto de los gravámenes, salvo lo dicho respecto de casos extremos que rayan en lo absurdo.

Qué importante sería que se llegara a reconocer como un principio del DIT la improcedencia de la doble imposición, lo que serviría para sentar las bases firmes de este campo del derecho. La dificultad -como queda expresado- radica en que al reconocer ese principio, implícitamente se estaría admitiendo por los Estados un condicionamiento de su soberanía fiscal.

Por de pronto, la doble imposición es un hecho dañoso e inconveniente que hay que solucionar, sin embargo de lo cual es válida la opinión de no admitir que la mis-

---

<sup>57</sup> RINSCHÉ NUÑEZ, Teodoro, VICENTE MOLINA, *Hernán-Obra citada*, p. 13.

ma sea hoy ilícita en el derecho internacional.<sup>58</sup>

Siguiendo a los autores Rinsche y Molina, tenemos que la doble imposición ocurre: 1) Si la imposición personal se sujeta a la nacionalidad o domicilio y la real a la fuente o situación de los bienes; 2) Cuando se utilizan diferentes criterios para decidir el sometimiento personal, como cuando un país se basa en el domicilio y el otro en la nacionalidad; 3) Cuando se aplican diferentes criterios a la imposición real, así el lugar de la conclusión de un contrato y la existencia de una instalación fija; y, 4) Cuando se aplican diferentes conceptos sobre un mismo hecho que sirve para determinar al Estado impositor competente. Así, sobre lo que es el domicilio o la residencia.<sup>59</sup>

El estudio de la solución a la doble imposición internacional debe afrontarse desde un doble ángulo. El primero se refiere a los mecanismos de derecho material ideados para el efecto; el segundo a los instrumentos de carácter formal que sirven al propósito. Entre los criterios de atribución de potestad tributaria referidos en el aparte (2) de este estudio, afirmamos que han prevalecido dos, el del domicilio o residencia y el de la fuente. Ninguno de ellos ha podido aplicarse íntegramente a las variadas situaciones impositivas. Es por eso, que lo que cabe es sustentar la aplicación preponderante del domicilio o residencia, o de la fuente. Uckmar<sup>60</sup> sostiene que el elemento determinante del poder tributario del Estado está dado por la dependencia económica al mismo, y menciona que la solución más simple para el reparto territorial consiste en que los bienes y rentas deben gravarse en el país en el que se desenvuelve la actividad económica, en tanto que el país donde reside el beneficiario y en el que se gasta la renta, perciba los impuestos al consumo. Esta concepción de fuerte acento económico, referida a los impuestos a la renta, patrimonio, y a los consumos, puede interpretarse en el sentido de que en un caso, es el país de la fuente a quien corresponde aplicar impuestos, y en otro, el país de la residencia del contribuyente.

Conforme al criterio de la fuente, deben satisfacer en un Estado sus impuestos todas aquellas personas que posean en el mismo riquezas u obtengan ingresos sin considerar su nacionalidad, domicilio o residencia. A su vez, de acuerdo al criterio del domicilio o residencia deben hacerlo en el país en cuyo territorio radican. Se tiene por más justa la imposición en la fuente aunque de difícil aplicación, pues no siempre es fácil determinar el país de la producción de la riqueza. El criterio del domicilio o residencia puede no ser tan equitativo, mas, puede presentar la ventaja de ser de más fácil aplicación. Tampoco esto es absoluto, pues no siempre los Estados definen en forma similar el domicilio y la residencia.

---

<sup>58</sup> BUHLER, Otmar-Obra citada, p. 46.

<sup>59</sup> RINSCHÉ NUÑEZ, Teodoro, VICENTE MOLINA, Hernán-Obra citada, pp. 15 y 16.

<sup>60</sup> UCKMAR, Víctor-Estudio citado pp. 579 y 591.

Las soluciones a la doble imposición se han proyectado desde la perspectiva de los países desarrollados y bajo el supuesto de que el criterio de fondo es el del domicilio. Han sido mecanismos-concesión con respecto a los países en vías de desarrollo. El telón de fondo está dado por el concepto de renta mundial propiciado por Estados Unidos. Antes de describir esos mecanismos concesión, creemos útil aludir a las posibles vías de solución que presenta Alegría Borrás en su texto sobre la doble imposición internacional. Estas vías, al menos conceptualmente, tienen un hábito de neutralidad y son las siguientes: a) Deducción, en la que cada país liquide el impuesto según su legislación y deduzca lo pagado en el otro; b) Exención, por lo que un Estado renuncia a cobrar impuestos a ciertas personas con especiales vinculaciones con otro Estado. El caso sería el de diplomáticos y de becarios que estudian en el exterior; c) División del producto, caso en el cual únicamente un Estado, sin requerir que se discuta la prevalencia de tal o cual criterio de atribución de competencia tributaria, aplica el impuesto y luego entrega al otro la parte correspondiente. Sería el caso de Estados especialmente relacionados entre sí por la institución del protectorado, ya extinguida, o por constituir uno enclave en el otro; y d) Reparto de la materia imponible atribuyendo exclusivamente a un Estado la aplicación de impuestos sobre algunas materias imponibles al reconocer la existencia de un determinado criterio de atribución.<sup>61</sup> Los sistemas de deducción y exención pueden funcionar en base a normas de legislación interna. El de deducción ha tenido un gran desarrollo como de inmediato se expone. El de exención conlleva la existencia de reciprocidad por el otro Estado, de acuerdo a la práctica internacional. El reparto de la materia imponible supone la celebración de convenios y es el que ha permitido entre los países, según las materias de que se trate, aplicar los criterios de atribución que han parecido más apropiados. La equidad existe en cuanto los criterios al ser aplicados por igual a los Estados contratantes, les favorece o desfavorece en igual medida. Presupone este método de reparto, cierto grado de desarrollo uniforme entre los países.

Los principales mecanismos-concesión son los siguientes: a) El crédito tributario o "tax credit", a virtud del cual el país del domicilio aplica el impuesto sobre la globalidad de ingresos, inclusive los producidos fuera de su territorio, descuenta de su impuesto el satisfecho en el exterior. El mecanismo, aunque no se mencione expresamente, funciona en los países desarrollados que contemplan tarifas progresivas más elevadas que los países en desarrollo. De este modo, se da una solución que conviene a las empresas que operan en el exterior y se defiende la neutralidad de la imposición, pues la carga tributaria, se dice, es la misma con independencia del territorio en que se desenvuelva la actividad. Para los países en desarrollo es positiva la solución sólo en forma parcial, ya que no es un método que permita atraer inversiones, lo que se lograría, desde el ángulo fiscal, por la menor imposición que acos-

---

• BORRAS, Alegría-Obra citada, pp. 68 y 69.

tumbran aplicar. La deducción que concede el país del domicilio o residencia puede ser total, es decir lo efectivamente pagado en el país de la fuente, o limitado, caso en el cual el país del domicilio o residencia actúa la deducción hasta un determinado límite. Este suele ser el monto al que habría alcanzado el impuesto satisfecho en el extranjero, si se hubiese calculado con la tarifa del país que aceptó el tax credit.

El método de la imputación limitada, denominada "ordinaria", se encuentra contemplado en el Modelo de la OCDE de 1977, cuyo artículo 23 B dice a la letra "METODO DE IMPUTACION".- 1. Cuando un residente de un Estado Contratante obtenga rentas o posea elementos patrimoniales que, de acuerdo con las disposiciones del presente Convenio, pueden someterse a una imposición en el otro Estado contratante, el primer Estado deducirá.- a) del impuesto que perciba sobre las rentas de este residente, un importe igual al impuesto sobre la renta pagado en este otro Estado, y b) del impuesto que perciba sobre el patrimonio de este otro residente, un importe igual al impuesto sobre el patrimonio pagado en este otro Estado.- Sin embargo, en uno y otro caso, esta deducción no podrá exceder de la parte del impuesto sobre la renta o sobre el patrimonio, calculado antes de la deducción, correspondiente, según el caso, a las rentas o al patrimonio que pueden someterse a imposición en este otro Estado Contratante". En la OCDE además, se admite el método de exención con progresividad al que nos referiremos luego.

La Ley de Impuesto sobre la Renta de México, artículo 6o. y el Reglamento, artículos 5 y 6 acepta el crédito tributario. El artículo 6 de la Ley primer párrafo dice: "Los residentes de México, podrán acreditar contra el impuesto que conforme en esta Ley les corresponda pagar, el impuesto sobre la renta que hayan pagado en el extranjero, por los ingresos procedentes de fuente ubicada en el extranjero siempre que se trate de ingresos por los que se esté obligado al pago del impuesto en los términos de esta ley". A su vez, el artículo 1 de la propia ley, entre quienes están obligados a pagar impuesto a la renta, incluye a "los residentes en México respecto de todos sus ingresos cualquiera que sea la ubicación de la fuente de riqueza de donde procedan". El párrafo antepenúltimo del artículo 6, reformado en diciembre de 1986, respecto de ingresos provenientes de actividades empresariales, incluyendo dividendos, establece un límite al crédito tributario dado por la aplicación de la tasa referida en el artículo 10, es decir actualmente el 35%.

En la Ley de Impuesto a la Renta del Ecuador, artículos 75, 76 y 77, el reconocimiento del crédito tributario no es tan franco. El artículo 75, referido al artículo 10 literal a), numerales 2, 3 y 4 acepta imputar al impuesto que deba pagarse en Ecuador, el satisfecho en el extranjero en las rentas de trabajo con relación de dependencia obtenidas por ecuatorianos o extranjeros residentes en Ecuador al servicio de organismos internacionales o de organismos y gobiernos extranjeros; en aquellas en que los mismos contribuyentes que residiendo en el exterior, estén al servicio permanente del gobierno ecuatoriano o de organismos o empresas nacionales o extranjeras con domicilio en Ecuador; y, aquellas remuneraciones percibidas por extranjeros que se

encontraran ocasionalmente en Ecuador al servicio de personas nacionales o jurídicas nacionales o extranjeras. El crédito tributario en los casos de dividendos percibidos desde el extranjero por sociedades de capital constituidas en el Ecuador, respecto de utilidades que no son de fuente nacional, se concederá siempre que exista reciprocidad en el otro país y hasta la cuantía del impuesto ecuatoriano. Como se observa el crédito tributario se concede en casos muy puntuales, no constituye un régimen general, y en caso de dividendos, hasta un cierto límite.

En el artículo 23 b) del convenio suscrito entre Ecuador y la República Federal de Alemania, el cual se encuentra vigente (Registro Oficial del 5 de agosto de 1986), se consigna como criterio supletorio, a otros que particularizadamente obran en el literal a) del propio artículo, que Alemania gravará las rentas y bienes procedentes y ubicados en el Ecuador, y que según su ley interna así proceda, concediendo crédito tributario por los impuestos satisfechos en el Ecuador, hasta el límite del impuesto alemán correspondiente. b) El método de exención utilizado por los países que propician el principio del domicilio o la residencia no toma en cuenta las rentas producidas fuera del territorio del Estado. Este método puede variar en la medida de que el país del domicilio acumula a los ingresos producidos dentro de su territorio, los producidos en el extranjero, con el único fin de establecer dentro de la tabla progresiva, cuál será la tarifa que debe aplicarse. Esa tarifa se cobra únicamente respecto de los ingresos causados en el país del domicilio. Este método se denomina exención con progresividad y es el que se ha solido utilizar dentro del derecho continental europeo.<sup>62</sup> En tanto, el método del "tax credit" en el que el país del domicilio suma los ingresos obtenidos dentro y fuera del territorio nacional por quien se encuentra domiciliado o residente en el mismo, es utilizado por Estados Unidos y los países Anglo Sajones. El modelo de la OCDE prevé la exención con progresividad. El artículo 23 A, 3 dice: "Cuando, en conformidad con cualquier disposición del Convenio, las rentas obtenidas por un residente de un Estado Contratante o el patrimonio que posea estén exentos de impuestos en este Estado, éste puede, no obstante, tener en cuenta las rentas o el patrimonio exentos a efectos de calcular el importe del impuesto sobre el resto de las rentas o patrimonio de este residente".

c) El crédito amplio o "tax sparing" es una variante de importancia del "tax credit". En el caso, el país del domicilio a más de imputar como pago de su impuesto lo que se pagó en el extranjero, acepta también imputar como pago, lo que el otro país, generalmente el de la fuente, eximió al contribuyente. Entonces el crédito tributario alcanza a lo que efectivamente se pagó, y a lo que debía haberse pagado. Este método no ha sido aceptado por los países desarrollados, ya que a su juicio va contra la neutralidad de la imposición. En tanto, ha sido propiciado por los países en desarrollo, singularmente por la doctrina latinoamericana, pues, de ese modo les permite actuar una política de incentivos y conceder exoneraciones a las actividades productivas

---

\* BORRAS, Alegría-Ibid. pp. 70 a 72.

que sean convenientes para su desarrollo. La empresa extranjera, que cuenta con gozar de un régimen fiscal y favorable en el país en vías de desarrollo, y que tal régimen va a incidir en el país de su domicilio, encontrará un aliciente en emplear sus bienes y capitales en el país de la fuente. La decisión de invertir, hay que anotarlo, depende del factor fiscal y de otros como son los monetarios, políticos, etc. Los países en desarrollo deberían examinar muy seriamente su política de incentivos, encaminarla a actividades que realmente sean beneficiosas y coadyuvantes al desarrollo y no competir entre sí en una carrera de quién da más, que lo único que produce es aumentar los rendimientos que logran las transnacionales. Ojalá la presión que sufren los países endeudados, no sea elemento que influya y les obligue a otorgar más y más concesiones. Desafortunadamente hay un capitalismo criollo aliado al internacional, que con una posición entreguista, interesado únicamente en su conveniencia, y muy cuidadoso de su "bolsa", urge a los atribulados gobiernos de los países en desarrollo para que concedan cuantiosas y muchas veces indiscriminadas canongías fiscales.

Los países desarrollados han objetado el "tax sparing" y han sustentado que no conviene ni siquiera a los países en desarrollo, pues al ser reconocidos en el país del domicilio o residencia los incentivos otorgados, se alienta la repatriación de los fondos que estaban siendo empleados en los países de la fuente. Tal reflexión también se han hecho los propios países importadores de capital. Sin embargo, tal consecuencia no es fatal y todo dependerá de una política de incentivos sagaz, selectiva y previsor. Al respecto, expone Milka Casanegra Prnjat: "Entre las objeciones a este sistema, quizás una de las más importantes, desde el punto de vista de los países menos desarrollados, es aquella en la cual dicho sistema actúa como un incentivo para repatriar fondos, los cuales debieran permanecer en los países citados. Esto puede ser así en principio, pero nada impide a los países en desarrollo condicionar sus incentivos tributarios para la no repatriación de las utilidades, por un determinado número de años".<sup>63</sup>

d) Otros métodos existen que completan el instrumental ideado para evitar la doble imposición. Los mismos no son de aplicación general. Nos referiremos brevemente a ellos. El método de la deducción del impuesto pagado en el extranjero permite al contribuyente del país del domicilio, restar del ingreso obtenido, ese rubro. Con ello se disminuye la base impositiva. El impuesto pagado en el otro país actúa como un gasto. Es una medida de menor incidencia que el crédito tributario, sistema en el cual se acepta como pago del impuesto propio, lo que se pagó en el otro país. Puede también atenuarse la imposición de rentas generadas en el extranjero por la aplicación de tarifas menores que las que se aplican en el propio país. En este caso la política

---

<sup>63</sup> CASANEGRA PRNJAT, Milka-"Comentarios sobre algunos problemas relativos a los convenios tributarios entre países desarrollados y países en desarrollo", trabajo presentado a las VI Jornadas del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, Punta del Este, 1970, p. 8.

de incentivos pasa al país desarrollado, el cual en forma diferenciada puede conceder incentivos fiscales a las empresas, e inducirlas a desenvolver su actividad en los países en desarrollo. Es el reverso del “tax sparing”, una variante de la atenuación del impuesto respecto de las rentas originadas en el extranjero que realmente, antes que un sistema para evitar la doble imposición, es una medida unilateral del país desarrollado, es el crédito por inversiones que el país del domicilio otorga a la empresa por sus inversiones extranjeras. Sobre este punto son muy atinadas las expresiones de Piedrabuena Richard. Dice: “En líneas generales EEUU tenía otorgado dicha rebaja equivalente el 7% de las nuevas inversiones internas, ventaja de la cual estaban privadas las inversiones externas, o sea su ley interna aplicaba una política neutral al revés, eso es, un castigo tributario para las inversiones fuera del territorio de EEUU. Para remediar esta situación anómala, ofreció a los países en vías de desarrollo extender dicha franquicia interna a las nuevas inversiones realizadas en el exterior”.

“La realidad es que este método nada tiene que ver con el problema de la doble imposición y la forma de evitarla, sino que constituye una medida indirecta para no desalentar las inversiones que las empresas de un país exportador de capitales realicen en una país en vías de desarrollo.

Siendo cierto que tal sistema constituye una ventaja directa o inmediata para el inversor, resulta como alternativa del gravamen en la fuente o del crédito amplio, pobre en sus efectos y lesiva para la posición de los países importadores de capital desde que desconoce o interfieren sus derechos a gravar o desgravar.

En cambio si tal método no se juzga como alternativa del gravamen en la fuente o del crédito amplio, su implementación resulta muy adecuada. Es decir un partidario del gravamen en la fuente podría, además aceptar el crédito por inversiones”.<sup>64</sup>

Otro sistema, es el aplazamiento por el cual el país del domicilio posterga hasta que se remitan las utilidades desde el país de la fuente, la aplicación del impuesto. Ello es también una medida unilateral, no un arbitrio para solucionar la doble imposición. A pesar de todo, es beneficioso para el país de la fuente, porque no se ve urgido de entregar divisas y para el empresario, porque goza temporalmente de mayor liquidez de caja.

El otro ángulo de la solución de la doble imposición, que hace falta analizar, según quedó dicho al comienzo, es el relativo a los instrumentos formales. Estos son los ya mencionados, vale decir, la legislación interna y los tratados bilaterales y multilaterales. Las normas de legislación interna son muy operativas al tratarse de países de similar desarrollo. De lo contrario, lo deseable es la celebración de tratados, cuya finalidad puede ser evitar o mitigar la doble imposición. En particular, sólo mediante los tratados se puede lograr que los incentivos fiscales que conceden los países en

---

<sup>64</sup> PIEDRABUENA RICHARD, Enrique-Ponencia citada. pp. 13 y 14.

desarrollo no queden sin efecto por la legislación fiscal de otro país.<sup>65</sup>

## **6. LA NACIONALIDAD, EL DOMICILIO, LA RESIDENCIA, EL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE, LAS SOCIEDADES**

Expuestas las soluciones generales que se han ideado a fin de evitar la doble imposición internacional, es necesario afrontar el estudio de algunos problemas particulares. Previamente nos referiremos a la nacionalidad, al domicilio, a la residencia, al establecimiento permanente y a algunos aspectos sobre las sociedades.

La nacionalidad es uno de los criterios para atribuir potestad tributaria. De acuerdo al mismo, el Estado aplica impuesto a sus nacionales por los hechos generadores ocurridos en su territorio y en el extranjero. Este principio es opuesto al de la vinculación económica y actualmente no es de aquellos que sean aceptados en forma general. Los nacionales deben contribuir al gasto público, pero también deben hacerlo los residentes y todos quienes se benefician de modo mediato o inmediato por las obras y servicios públicos. El artículo 31 de la Constitución Política de México que trata de las obligaciones de los mexicanos, en la fracción IV dispone que deben contribuir para los gastos públicos de la Federación, los Estados y Municipios. La doctrina, muy atinadamente, ha sustentado que tal obligación no puede considerarse exclusiva de los nacionales.

Uno de los pocos principios que se ha esbozado en el DIT es la no discriminación impositiva en razón de la nacionalidad. Ello significa que no debe someterse a los extranjeros a una tributación mayor que a los nacionales.

La nacionalidad, sin embargo, sirve para ciertos efectos en el ámbito fiscal. Así, un Estado puede cobrar impuesto a los nacionales aún por lo hechos generadores ocurridos fuera de su territorio, pero lo más que puede pretender respecto de los extranjeros, es aplicar tributos por los realizados dentro de su territorio.

El artículo 9, fracción I b) del Código Fiscal de México, considera residentes en territorio nacional a los mexicanos que sean funcionarios y trabajadores del Estado, aún cuando por la índole de su actividad permanezcan en el extranjero más de ciento ochenta y tres días, tiempo clave para determinar la residencia. Esta disposición basada en la nacionalidad tiene relación con el artículo 1, fracción I de la Ley de Impuesto Sobre la Renta que sujeta a los residentes en México a pagar este impuesto por todos sus ingresos, cualquiera que sea la fuente de la renta. En conclusión, éste es un caso en el que la residencia, factor definitorio, se encuentra regido por la nacionalidad. El artículo 77, fracción XII de la propia Ley, exonera las remuneraciones que perciban los extranjeros, cuando son diplomáticos, cónsules, funcionarios internacionales, técnicos, etc. En algunos casos se exige reciprocidad. Respecto de los diplomáticos, la legislación observa el derecho de gentes y sin condicionamiento concede la exención.

<sup>65</sup> BORRAS, Alegría-Obra citada, pp. 85 y 86.

El artículo 34, numeral 6 del Código Tributario del Ecuador, exige de impuestos, más no de tasas ni de contribuciones especiales, sin perjuicio de otras exenciones consignadas en leyes especiales, bajo la condición de reciprocidad internacional, a los Estados extranjeros, empresas multinacionales en que tengan participación los Estados extranjeros y a los representantes oficiales, agentes diplomáticos y consulares extranjeros por sus impuestos personales y aduaneros, siempre que no provengan de actividades económicas desarrolladas en el país.

En el artículo 27 del Modelo de la OCDE, respecto a agentes diplomáticos y funcionarios consulares, se hace referencia a los principios generales de derecho internacional. Dice la norma: "Las disposiciones del presente Convenio no afectan a los privilegios fiscales de que disfrutaban los agentes diplomáticos o funcionarios consulares, de acuerdo con los principios generales de Derecho Internacional o en virtud de acuerdos especiales".

Los artículos 13 a) del Convenio para evitar la doble imposición entre los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena y 14 a) del Convenio Tipo para evitar la doble tributación entre los Países Miembros y otros Estados ajenos a la Subregión, prevén que las personas que presten servicio a los Países Miembros en ejercicio de sus funciones oficiales, sólo serán gravadas en ese país, aunque los servicios se presten en otro. No hay en estas normas diferenciación de nacionalidad, según ocurre en el artículo 19 del Convenio de la OCDE que acepta tal solución siempre que el funcionario sea nacional del Estado que paga sus remuneraciones y por el cual desempeña función pública.

En el Convenio Ecuador-Alemania referido, artículo 1 literales aa) bb), se dice que el término "nacional" deberá entenderse de acuerdo al derecho interno de cada país. El artículo 18 sigue en lo sustancial al 19 del Modelo de la OCDE respecto los nacionales que pagados por sus Estados y por su cuenta desempeñan funciones públicas en el otro. Se atribuye competencia impositiva al primero. ¿Cabe sostener que el Ecuador, obligado a celebrar tratados de doble imposición con terceros países con relación a la Subregión Andina, en este caso Alemania, no observó el Convenio tipo referido?. Entre el artículo 14 a) del Convenio Tipo y el 18 del Tratado con Alemania hay una misma tesis sustancial: quienes en ejercicio de funciones públicas y pagados por un Estado, ejercitan su actividad en otro, deben tributar en el primero. Sin embargo, esta coincidencia inicial se encuentra cualificada en el Tratado con Alemania, al considerarse que ello así ocurrirá siempre que el funcionario sea nacional del país que remunera. Entendemos que no se afecta el Convenio tipo porque esta exigencia de la Convención con Alemania no desvirtúa el principio base que la legislación andina sustenta respecto a rentas provenientes de servicios personales, cual es de que ordinariamente se debe tributar en el lugar en el que se desempeña la actividad. Una interpretación estricta podría llegar a la conclusión contraria.

El domicilio y la residencia tienen mayor importancia en la solución de la doble imposición internacional.

El domicilio fiscal o de negocios dentro de la teoría general del domicilio, se puede considerar como un domicilio especial, que se diferencia del domicilio general de las personas físicas o naturales y de las jurídicas o morales. Los elementos del domicilio son dos, el objetivo o material que se traduce en la residencia o permanencia y el subjetivo o anímico que se resume en la intención del sujeto. El domicilio fiscal, a diferencia del civil o general, se caracteriza por la prevalencia del elemento objetivo sobre el subjetivo. La diferencia entre el domicilio fiscal y la residencia está dada, en el orden conceptual, en que, de todos modos, en el primero existe el elemento intencional. El domicilio se tiene dentro de un país, en una localidad y dirección precisos. Se exige la declaración de domicilio fiscal a fin de que las relaciones de la administración con los contribuyentes fluyan normalmente. Aún más, se habla de un domicilio procesal tributario para efectos del contencioso tributario. La residencia se tiene dentro del país o en el extranjero, y de ella se desprenden consecuencias de gran importancia en el orden fiscal.

Puede discutirse mucho sobre el domicilio fiscal y la residencia en el plano conceptual. A veces se utiliza indistintamente o conjuntamente ambas expresiones. Para la doble imposición y para el DIT lo que interesa es que nos encontremos frente a un criterio de atribución de potestad impositiva. Sin perjuicio de que sigamos sobre el problema nos inclinamos por creer que, en estricto sentido, en el campo que nos ocupa, ha terminado por prevalecer la residencia como un hecho que se comprueba por permanecer un determinado lapso en el territorio de un país. Al respecto Alegría Borrás manifiesta: "Así, pues, nos encontramos con que las ventajas que el punto de conexión de la residencia habitual pareció presentar al tratarse de un punto de conexión de hecho, desaparece desde el momento que se exige al animus. Normalmente la residencia coincide con el domicilio, en cuyo caso no hay problema alguno".<sup>66</sup>

Uckmar, defensor de la pertenencia económica, como criterio atributivo de sometimiento tributario, dice por su parte: "En el fondo, más que por ciudadano de un Estado, lo decisivo para que surjan obligaciones tributarias consiste en residir, es decir, en producir o en consumir una renta en el Estado de que se trate".<sup>67</sup> Continúa el autor: "Sin embargo, en vía de principio, solo la presencia física, prolongada durante cierto tiempo, legitima el sometimiento al impuesto, especialmente cuando se trata de extranjeros."<sup>68</sup> Luego Uckmar discurre sobre las diferentes formas de presencia física, de acuerdo al grado de intensidad y enuncia la morada (dimora), la habitación (habitazione), la residencia (residenza) y el domicilio ( domicilio).<sup>69</sup>

Debemos advertir que con esto, no estamos avalando como único o preponderante el criterio del domicilio o residencia frente al de la fuente. Hay que acotar que

<sup>66</sup> BORRAS, Alegría-Ibid. p. 38.

<sup>67</sup> UCKMAR, Víctor-Estudio citado p. 579.

<sup>68</sup> UCKMAR, Víctor-Ibid. p.580.

<sup>69</sup> UCKMAR, Víctor-Ibid. p. 580.

las diferencias entre demora, habitación, residencia y domicilio, no son útiles en el fuero fiscal. Basta con las dos últimas formas. El domicilio fiscal es determinante para el cumplimiento de las obligaciones fiscales y en general para el manejo de las relaciones administración-contribuyentes. La residencia lo es como uno de los criterios de atribución de potestad tributaria.

La definición de domicilio, sin hacer referencia al animus, no presenta diferencia con la de residencia. Según el Comité Fiscal de la Sociedad de Naciones, "Por domicilio fiscal ha de entenderse, tratándose de una persona individual o de una empresa perteneciente a un individuo, el lugar en que el individuo tiene por residencia normal, entendiéndose por residencia, el hogar permanente." <sup>70</sup>

El Modelo de la OCDE, en el artículo 4 regula lo que debe entenderse como residente en un Estado. No se ocupa directamente del domicilio. Transcribimos, por su importancia el numeral 1: "A los efectos de este Convenio, la expresión "residente de un Estado Contratante" significa toda persona que en virtud de la legislación de este Estado esté sujeta a imposición en él por razón de su domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga. Sin embargo, esta expresión no incluye a las personas que están sujetas a imposición en ese Estado exclusivamente por la renta que obtengan procedente de las fuentes situadas en el citado Estado o por el patrimonio que posean en el mismo".

El numeral 2 expresa los criterios a los que hay que acudir cuando una persona física sea residente en dos Estados, en conformidad a la legislación interna de cada uno de ellos. El numeral 3 se refiere a igual conflicto respecto de las personas jurídicas, en cuyo caso debe prevalecer la sede de la dirección efectiva.

Frente al DIT y a uno de sus principales problemas, la doble imposición, interesa la residencia, la que inclusive puede estar dada por el domicilio. Este último tiene mayor relieve en derecho tributario nacional.

La residencia como criterio atributivo de competencia tributaria se opone a la fuente, connota una vinculación personal frente a una vinculación objetiva. Parecería que en el plano epistemológico la expresión "residencia" ha adquirido perfiles propios dentro del DIT.

Los Convenios Andinos para evitar la doble imposición y para suscribir tratados con terceros países, que como es conocido adhieren frontalmente al principio de la fuente, en el artículo 2 d), igual ordinal y literal para ambos Convenios, sientan el principio de que una persona física será considerada domiciliada en el Estado contratante en donde tenga su residencia habitual. Respecto de las empresas, considera en principio que su domicilio es el del contrato social. El texto, similar en ambos convenios, es como sigue: "Una persona física será considerada domiciliada en el País Miembro (Estado contratante) en donde tenga su residencia habitual.

---

<sup>70</sup> UCKMAR, Víctor-Ibid. p. 582.

Se entiende que una empresa está domiciliada en el País (Estado) que señala su instrumento de constitución. Si no existe instrumento de constitución o éste no señala domicilio, la empresa se considerará domiciliada en el lugar donde se encuentre su administración efectiva.

Cuando no obstante estas normas, no sea posible determinar el domicilio, las autoridades competentes de los Países Miembros (Estados Contratantes) resolverán el caso de común acuerdo”.

En la legislación andina, el domicilio es criterio subsidiario y por lo mismo no se encuentra en primer plano. Tampoco en ella se encuentra una diferencia entre domicilio y residencia, pues, bien se dice “domicilio es residencia habitual”. Las legislaciones internas se ven en el caso de precisar, respecto de las personas físicas o naturales, el lapso de permanencia para considerarlas residentes.

El artículo 4 del Convenio vigente entre Alemania y Ecuador al regular el domicilio sigue casi literalmente el artículo 4 del Modelo de la OCDE referido. En el numeral 1 del Convenio se dice “una persona domiciliada en un Estado Contratante” en lugar de “residente en un Estado Contratante” como aparece en el Modelo. He ahí otra comprobación de que el domicilio y residencia en el campo fiscal internacional son términos que tienen igual significación.

El artículo 9 del Código Fiscal considera residentes en México a las personas que en él tengan su casa de habitación salvo que hayan permanecido en otro país más de 183 días y comprueben haber adquirido residencia en el mismo. Tal norma no corre para funcionarios y trabajadores del Estado, que siendo nacionales, permanezcan en el extranjero en razón de su cargo.

La residencia de las personas morales se da por tener en México el establecimiento principal de un negocio.

Por fin se establece la presunción de residencia en México, admitiéndose prueba en contrario.

La Ley de Impuesto Sobre la Renta de México se vertebra en base a la residencia. El artículo primero dispone que deben pagar este impuesto los residentes en México, con independencia de la fuente; los residentes en el extranjero que tengan establecimiento permanente, respecto de los ingresos de fuente mexicana.

El Código Tributario del Ecuador, artículo 58 al 62 inclusive, regula el domicilio tributario. Respecto de las personas naturales, el primer criterio de atribución de domicilio es la residencia habitual. En su defecto sirven al caso, el lugar del ejercicio de actividades económicas, el lugar de ubicación de los bienes o el lugar en que se produzca el hecho generador. Respecto de las personas jurídicas se sigue el lugar que señale el contrato social, y en su defecto el de las actividades económicas y el del hecho generador. Para las personas naturales el factor de residencia es determinante.

La Ley de Impuesto a la Renta del Ecuador en el artículo 10 a) que trata de las rentas de trabajo con relación de dependencia, acude en primer término al criterio

de residencia. No es el único parámetro pero sí el principal. Toma en cuenta otro, como el lugar en que se desempeña la actividad y los organismos que pagan las remuneraciones. Se distingue entre quienes residen en el país y quienes se encuentran ocasionalmente.

El concepto “establecimiento permanente” es un arbitrio del DIT para solucionar las incompatibles posiciones de las tesis de la fuente y del domicilio o residencia. La teoría pura de la fuente, no siempre de fácil discernimiento y aplicación, excluye la del domicilio y pretende que el país donde se origina la riqueza o se encuentran los bienes es el único que debe aplicar impuestos. Los países que defienden el criterio del domicilio o residencia son partidarios del reconocimiento del establecimiento permanente, a fin de que las actividades ocasionales no sean tomadas en cuenta en el país de la fuente.

El concepto de fuente no es de difícil comprensión. Su aplicación a los variados casos particulares puede causar perplejidad. El artículo 6 del Reglamento a la Ley del Impuesto sobre la Renta, define lo que es el criterio de la fuente. Dice la norma: “Para los efectos de la aplicación del Impuesto, se considerará de manera general como ingresos de fuente ecuatoriana los que provengan de capitales o bienes situados, colocados o utilizados en el Ecuador, o de derechos utilizados en cualquier forma, así como los que provengan de la realización de actividades civiles o comerciales con o sin relación de dependencia ejecutadas en territorio ecuatoriano, cualquiera que sea la nacionalidad, domicilio o residencia, del titular, sea éste persona natural o jurídica, sin que importe el lugar de celebración de los contratos, ni el de la mera obligación o situación de las garantías reales de préstamos o créditos que se inviertan o utilicen en el país”.

Una posición tan amplia como la que obra en la norma reglamentaria transcrita, concuerda con la posición teórico-doctrinaria de los países en desarrollo que defienden la teoría de la fuente sin concesiones. Sin embargo, en la práctica, la noción de establecimiento permanente, se ha admitido como una vía de solución entre posiciones tensas y opuestas. Obviamente todo depende de la amplitud del concepto. Si es muy amplio, el establecimiento permanente tiende a coincidir con la fuente. Si es muy restringido produce el efecto del debilitamiento de la efectiva potestad tributaria de los países de la fuente y el agrandamiento de la que incumbe a los del domicilio o residencia. No cabe duda que el establecimiento permanente es un puente tendido, entre unos y otros países. Todo está en definir los perfiles de ese puente. Es en síntesis un instrumento del DIT de reconocida utilidad.

El artículo 5, 1 del Modelo de la OCDE define lo que es establecimiento permanente. Dice: “A efectos del presente Convenio, la expresión “establecimiento permanente” significa un lugar fijo de negocios mediante el cual una empresa realiza toda o parte de su actividad”.

Dentro del planteamiento teórico, el establecimiento permanente es una mini-reproducción del domicilio de la empresa. Si no de derecho, se reconoce y da valor

jurídico al hecho de que la misma, que tiene su domicilio en su país de origen, tiene también en el otro país en que opere. El instituto es una sutil forma de haber hecho prevalecer el domicilio o residencia sobre la fuente, aunque tal sutileza sea sustento para que apliquen tributos los países de la fuente. De otro ángulo, el establecimiento permanente puede entenderse de acuerdo a la teoría de la pertenencia económica a un determinado Estado, explicación no exenta de cierto grado de verdad, pero que no ha hecho fortuna ante el contraste fuente-domicilio que ha dominado la discusión.

Alegría Borrás dice que estas son las condiciones para que se considere la existencia de establecimiento permanente: a) instalación material; b) instalación permanente con una duración superior a un año; c) instalación que forma parte de la empresa, sea esta propietaria o arrendataria; d) ejercicio por la empresa de su actividad, pudiendo ser tal actividad auxiliar o preparatoria, o incluso automática, comercial, financiera o técnica.<sup>71</sup>

En aplicación de estos criterios, la autora se refiere a algunos casos particulares. Manifiesta que los despachos de venta sí son establecimientos permanentes, no los de compra; que las fábricas para ser tales deben encontrarse funcionando; que las cadenas de montaje deben tener alguna duración; que el simple depósito no es establecimiento permanente, aunque sirviese para entrega o “transformación”; que las instalaciones para actividades auxiliares como conducciones de agua, electricidad, gas, oleoductos, sí son establecimiento permanente. Asevera que podría tenerse como establecimiento permanente las explotaciones sin establecimiento como la venta por correspondencia.<sup>72</sup> El concepto mismo de establecimiento permanente está aún sujeto a discusión, es de carácter dinámico y tiene que adaptarse a las cambiantes circunstancias de la economía.

Los países en desarrollo discuten no tanto el instituto establecimiento permanente, cuanto su alcance. Seguimos a la propia autora en este punto. Ella recoge las principales discrepancias de los países en desarrollo. Son estas: Las empresas de construcción o montaje pueden tener una duración menor a un año; los almacenes de depósitos dirigidos por empleados de la empresa, sí son establecimiento permanente; igual los despachos de compra y depósitos de mercaderías sujetas a transformación; son establecimiento permanente el cobro de primas de seguro por empleados o representante.<sup>73</sup>

El artículo 5 del Modelo de la OCDE es un ejemplo de la posición de los países desarrollados. El numeral 2 contiene una enunciación ejemplificativa de lo que comprende el establecimiento permanente, término que por lo tanto puede abarcar otras realidades no enunciadas. Por ello lo que interesa son las exclusiones y condicionamientos de los numerales 3 al 7. En síntesis, estos son: la construcción, instalación

---

<sup>71</sup> BORRAS, Alegría-Obra citada, p. 46.

<sup>72</sup> BORRAS, Alegría-Ibid. pp. 49 y sgts.

<sup>73</sup> BORRAS, Alegría-Ibid. pp.54 a 56.

o montaje, deben tener una duración superior a un año; no constituyen establecimiento permanente las instalaciones para almacenar, exponer o entregar bienes, el depósito de bienes para su transformación, el lugar fijo para comprar o dar información, el lugar fijo para actividades preparatorias o auxiliares; tampoco constituye establecimiento permanente, la actuación de corredores, agentes, comisionistas con estatuto independiente; ni, el hecho de la existencia y funcionamiento de sociedades controladoras.

Los artículos 7 de los Convenios Andinos, reconocen el principio de la fuente y disponen que las actividades empresariales serán gravadas donde se efectuaren. Definen lo que se deb  entender por realizar actividades en el País Miembro. A este propósito, en forma especificativa, dan varios criterios que con algunas variaciones, van en similar dirección que el Modelo de la OCDE. Bajo una diversa óptica, se utiliza semejante mecanismo. En la legislación andina se da a esos criterios la función de pautas para desentrañar qué es realizar actividades en un país, en el Modelo de la OCDE, la de pautas para integrar el establecimiento permanente. Así se demuestra la versatilidad del instrumento.

Las definiciones andinas son, por supuesto, más amplias y sin condicionamientos. No existen normas de exclusión como en el Modelo de la OCDE. Enunciamos los criterios de los Convenios Andinos: "a) Una oficina o lugar de administración o dirección de negocios; b) Una fábrica, planta o taller, industrial o de montaje; c) Una obra en construcción; d) Un lugar o instalación donde se extraen o explotan recursos naturales tales como una mina, pozo, cantera, plantación o barco pesquero; e) Una agencia o local de ventas; f) Una agencia o local de compras; g) Un depósito, almacén, bodega o establecimiento similar destinado a la recepción, almacenamiento o entrega de productos; h) Cualquier otro local, oficina o instalación cuyo objeto sea preparatorio o auxiliar de las actividades de una empresa; i) Un agente o representante". Las diferencias con el Modelo de la OCDE son claras. Coinciden con las ya mencionadas por Alegría Borrás.

El Convenio Alemania-Ecuador, regula la materia en su artículo 5. La norma sigue fielmente al Modelo de la OCDE. Aquí sí encontramos que se ha desatendido al Convenio Andino para celebrar tratados de doble imposición con terceros países.

El artículo 2 de la Ley de Impuesto sobre la Renta de México define el establecimiento permanente. En lo fundamental dice que se tendrá por tal "cualquier lugar de negocios en el que se desarrollen, parcial o totalmente actividades empresariales". Dado el criterio, la norma ejemplifica varios casos. Para una mejor precisión, el artículo 3 dice que no se considerará como establecimiento permanente y acepta la exclusión de instalaciones de residentes en el extranjero con el único fin de exhibir bienes o mercaderías; las existencias de mercaderías para almacenar, exhibir o transformar por un tercero; los puestos de compra e información; el lugar de actividades previas o auxiliares, ya de propaganda, suministro de información de investigación científica, preparatoria, de colocación de préstamos. Se admite varias, aunque no to-

das las tesis del Modelo de la OCDE. Podríamos afirmar que se mantiene una posición intermedia entre este Modelo y los Convenios Andinos.

El artículo 11 de la Ley de Impuestos sobre la Renta de Ecuador, incorpora al sistema el establecimiento permanente. Declara que son de fuente ecuatoriana las rentas de establecimientos permanentes de empresas extranjeras por operaciones en el país. Luego de enunciar varios casos en los que se considera existe establecimiento permanente, fija como criterio determinante la existencia de “locales de carácter productivo permanente” en los que se realicen negocios por cuenta de la empresa extranjera. Libra esta norma al reglamento, el concretar la condición de establecimiento permanente, y los casos de inexistencia del mismo. Al efecto, cosa muy importante, prevé que se hará mérito de las normas aprobadas en reuniones internacionales. ¿Es un llamado algo impreciso a la doctrina, a las convenciones, a los pronunciamientos de organismos internacionales, oficiales o particulares?. Parecería lo último. Es un ejemplo importante en que se alude expresamente a fuentes diversas de la legislación interna para regular un concepto de trascendencia para la solución de la doble imposición.

El artículo 8 del Reglamento a la Ley del Impuesto a la Renta del Ecuador, define al establecimiento permanente. Su texto es en extremo particularizado, confuso y extenso. Se enuncia tres criterios que definen el establecimiento permanente. El primero exige el mantenimiento de un lugar o centro fijo de actividad económica. Respecto de las obras de construcción o montaje admite que la duración debe ser mayor de doce meses, lo que es optar por una solución como la del Modelo de la OCDE propia de los países desarrollados y contraria a los Convenios Andinos. La fecha del Reglamento, anterior a la Conclusión de los Convenios puede explicar la discrepancia. Tiene esta primera parte el mérito de incluir el caso de filiales o dependencias de sociedades domiciliadas en otro Estado dedicadas a adquirir productos ecuatorianos o para realizar compras en el exterior. Las literales h) y j) del numeral 1 de este artículo 8, se salen de foco, constituyen un dislate, pues regulan otros puntos que no atañen al establecimiento permanente. El segundo criterio, referente a actividades de fiscalización o consulta respecto de obras, o por contratos celebrados en el país o fuera de él, y a mantención de una oficina para servicios de personas que trabajan en el espectáculo, exige que el establecimiento de oficina, tenga una duración mayor de 12 meses. Es inconveniente reglamentar casos puntuales como éstos.

El tercer criterio se ocupa de la posibilidad de establecimiento permanente relacionado con la representación. Se entiende que existe establecimiento permanente cuando actúa una persona con poder suficiente para comprometer legalmente a la empresa; cuando se encuentra ligada por un contrato de trabajo y habitualmente realiza operaciones comerciales por su empleadora; cuando habitualmente tiene, para la venta y entrega, un depósito o stock de mercaderías pertenecientes a una empresa; cuando los gastos de administración especialmente de arrendamiento sean satisfechos por una empresa.

Este artículo 8 está mal concebido y mal redactado. Hace falta dejar en claro que el establecimiento permanente lo es respecto de una empresa domiciliada o residente en el extranjero; reordenar y simplificar los criterios, y excluir del texto asuntos que no tengan que ver directamente con el establecimiento permanente.

Respecto de las sociedades existen algunos puntos que interesan al DIT. El primero de ellos es la posibilidad de que sean consideradas sujetos pasivos de imposición, con independencia de sus socios, tesis que ha prevalecido no sin discusión. Buhler dice al respecto: "En Derecho tributario, la figura jurídica de la persona moral, en su significación esencial -sujeto de derecho autónomo con derechos y obligaciones fiscales distintas de las de sus miembros- ha sido admitida gracias a una tácita remisión al Derecho Civil y ha sido reconocida de manera absoluta y encontrado una significación no menor que en Derecho privado".<sup>74</sup> Quienes se oponen a la tesis arguyen que la capacidad contributiva de las sociedades no es propia e independiente de la que corresponde a los socios.

El término Sociedad en el DIT tiene una significación más amplia que en el derecho interno y se aplica a otras personas jurídicas. El artículo 3 numeral 1, literal b) del Modelo de la OCDE dice: "El término "sociedad" significa cualquier persona jurídica o cualquier entidad que se considere persona jurídica a efectos impositivos".

Los Convenios Andinos, artículo 2, c) se refieren a las personas morales o jurídicas, antes que a las sociedades.

Lo que ocurre es que para los problemas de doble imposición, entre las personas jurídicas, las que más interesan son las sociedades.

La noción "empresa" es económica, pero ha tenido una amplia recepción en el derecho. Así tenemos que la empresa independientemente de su forma jurídica es objeto de su preocupación, singularmente por razones de política económica. En el campo fiscal la realidad empresa tiene enorme importancia, y tanto la legislación interna como el DIT se ocupan de ella. El artículo 7 del Modelo de la OCDE, norma que da la tónica de este instrumento, dispone que los beneficios empresariales deben tributar en el lugar en que reside el titular de la empresa, a menos que la actividad se desenvuelva en el otro Estado, por medio de establecimiento permanente. El artículo 7 de los Convenios Andinos, ya aludido, en cambio dispone que los beneficios empresariales tributarán exclusivamente donde estas actividades se hubiesen efectuado. Inclusive al tratar de dividendos el artículo 12 del Convenio se refiere a una empresa y no a sociedad. El artículo 10 del Modelo de la OCDE con mayor lógica regula los dividendos pagados por las sociedades.

El artículo 16 del Código Fiscal de México expresa qué debe entenderse por actividades empresariales y prevé que la empresa puede ser una persona física o moral.

---

<sup>74</sup> BUHLER, Otmar-Obra citada, p. 18.

La utilización del término empresa por el término sociedad constituye una inexactitud que puede provocar distorsiones. Hay que tener presente que una empresa puede ser una persona física o natural, de una persona jurídica, o inclusive como ha aceptado para efectos fiscales, de una unidad económica desprovista de personalidad jurídica.

La configuración de las sociedades es problema de calificación del derecho interno. Sin embargo, tiene gran importancia la distinción entre sociedades de capital y sociedades de personas. Las primeras se tienen como contribuyentes con independencia de sus socios. Las segundas no, aunque pueda imponérseles ciertas obligaciones fiscales como fungir de agentes de retención. Las dudas que en derecho societario se presentan sobre la naturaleza de las sociedades de responsabilidad limitada, se han resuelto en el ámbito fiscal, en el que ha prevalecido la tesis de que son sociedades de capital y por tanto contribuyentes independientes de sus socios.

## 7. LAS SOLUCIONES PARTICULARES

En este aparte nos ocuparemos de las soluciones a casos particulares de doble imposición internacional. El estudio se limitará a algunos casos, a los más importantes. Al efecto nos servirá de guía la importantísima obra del Profesor Valdés Costa, quien hace casi una década, publicó varios estudios sobre derecho Tributario Internacional. En esta obra se da razón de la temática fundamental de este ramo y singularmente se fija con absoluta precisión los problemas tributarios entre los países desarrollados y países en desarrollo, y se analizan las tesis que se ha propuesto para solucionarlos.

Las rentas inmobiliarias deben ser gravadas por el país en cuyo territorio se encuentren los inmuebles. Esta solución se ha aceptado generalmente. El problema puede ser el de la calificación de los bienes, ya como muebles, ya como inmuebles, cometido que corresponde a la legislación interna. Podría surgir conflicto por diferente calificación.

El artículo 6 del Modelo de la OCDE acepta la posición indicada. Las rentas provenientes de un inmueble situado en otro país del de la residencia del propietario, “pueden someterse a la imposición en este otro Estado”, expresa la norma.

Los Convenios Andinos, artículo 5, expresan con mayor rotundidad el criterio. “Las rentas de cualquier naturaleza provenientes de bienes inmuebles sólo serán gravables por el País Miembro en el cual dichos bienes estén situados”, dice la disposición.

Los Convenios Andinos son igualmente terminantes respecto de los beneficios obtenidos como consecuencia de la explotación de los recursos naturales. Atribuyen al país en que se encuentren los recursos, potestad tributaria exclusiva. Esta materia se regula en los artículos 6, independientemente del tratamiento de las rentas de inmuebles. En el Modelo de la OCDE, los recursos naturales, se norman incluidos

en las rentas inmobiliarias. Este detalle de carácter formal tiene honda significación. Los Países Andinos sustentan muy firmemente el dominio eminente del Estado respecto de los recursos naturales.

El Modelo de la OCDE, en el artículo 22, sobre la imposición al patrimonio diferencia entre bienes inmuebles, bienes muebles, buques y aeronaves, y otros elementos del patrimonio. Respecto de los bienes inmuebles, al igual que en el impuesto sobre la renta, permite que sean gravados por el país donde se encuentran ubicados.

Los Convenios Andinos no hacen distinción alguna sobre los elementos del patrimonio. En los artículos 17 y 18 del Tratado para evitar la doble imposición y para suscribir convenios con terceros países, en su orden, simple y sencillamente se dispone que el patrimonio será gravado en el país donde se encuentre situado. Sobre inmuebles el dilucidar donde se encuentran ubicados no entraña mayor problema, pero ello no ocurre necesariamente con otro tipo de bienes, especialmente con los derechos inmateriales.

En el Convenio Alemania-Ecuador, artículos 6 y 2, respecto de las rentas inmobiliarias y de los inmuebles como integrantes del patrimonio, en su orden, se acepta de modo franco que esos bienes se gravarán en el país en que se encuentren ubicados. En el mismo Convenio, al igual que en el Modelo de la OCDE, se advierte expresamente que los buques, embarcaciones y aeronaves no se consideran como bienes inmuebles.

Los beneficios empresariales realizados por un establecimiento permanente deben gravarse por el país donde funciona ese establecimiento. Sobre este punto no suele presentarse duda. A pesar de ello, los países del domicilio o residencia, que conocen y aceptan el tratamiento mencionado, en su designio de acumular los ingresos de un establecimiento permanente a los otros que obtenga su matriz, gravan tales ingresos, pero, conceden crédito tributario o arbitran algún otro medio de los referidos, para atenuar la doble imposición.

Es pues, un hecho que los beneficios del establecimiento permanente se gravan en el país donde se obtienen. El problema está en determinar la cuantía de esos beneficios con relación a los gastos incurridos en el exterior, rubro que puede inflarse por obvias razones. Se llega al propósito, a efectuar pagos a sociedades intermedias (base companies) que tienen residencia en países que constituyen verdaderos refugios impositivos,<sup>75</sup> lo que facilita elevar desmesuradamente los gastos en el exterior. De no existir esos refugios, los pagos hechos por el establecimiento constituyen un ingreso para la matriz, la que debe tributar en el país de origen, y cuanto más cuantiosos, mayor el impuesto.

Ante este abultamiento de los gastos, los países sede del establecimiento permanente se han preocupado grandemente, habiéndose llegado a soluciones drásti-

---

<sup>75</sup> VALDES COSTA, Ramón-Obra citada, p. 92.

cas. Valdés Costa dice: “La solución más drástica es la de cerrar radicalmente las puertas a la posible evasión: a) Suprimiendo el tratamiento preferente a los pagos por estos conceptos asimilándolos a los pagos de dividendos y b) Prohibiendo la deducción de dichos pagos como gasto de la empresa subsidiaria.”<sup>76</sup> El propio autor considera que la solución preferible consiste en limitar o condicionar la deducción de gastos y no consagrar una discriminación al no aceptar la deducción, lo que va contra la igualdad impositiva.<sup>77</sup>

El artículo 7, numeral 3 del Modelo de la OCDE, se limita a prever que los gastos incurridos en el país y los incurridos en el exterior se tomarán en cuenta para determinar el beneficio del establecimiento permanente.

El Convenio Alemania-Ecuador que sigue tan de cerca al Modelo de la OCDE, en esta parte presenta un mayor afinamiento, pues respecto de la pertinencia de los gastos del exterior impone la carga de la prueba a la empresa. Dice el numeral 3 del artículo 7 del Convenio: “Para la determinación del beneficio del establecimiento permanente se permitirá la deducción de los gastos producidos para los fines del establecimiento permanente, comprendidos los gastos de dirección y generales de administración para los mismos fines, siempre que la empresa demuestre que los gastos están efectivamente relacionados con los beneficios del establecimiento permanente”.

El artículo 23 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta de México acepta que el establecimiento permanente efectúe las deducciones que le correspondan, ya las erogadas en México, ya las erogadas en cualquiera otra parte. Impone, sin embargo algunos condicionamientos. No acepta el prorrateo de deducción con la oficina central ubicada en el extranjero. Además, no acepta la deducción de remesas a título de regalías y honorarios, en los casos que prevé este artículo, cuya parte pertinente dice: “No serán deducibles las remesas que efectúe el establecimiento permanente en México a la oficina central de la sociedad o a otro establecimiento de ésta en el extranjero, aún cuando dichas remesas se hagan a título de regalías, honorarios o pagos similares a cambio del derecho de utilizar patentes u otros derechos, o a título de comisiones por servicios concretos o por gestiones hechas o por intereses por dinero enviado al establecimiento permanente”. El artículo 24 de la misma Ley señala los requisitos y condicionamientos de las deducciones. La fracción XI regula lo atinente a los pagos que se hagan en el extranjero por asistencia técnica y transferencia de tecnología, caso en el cual el contrato debe inscribirse en el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología y comprobarse que quien proporciona la asistencia cuenta con elementos técnicos propios, que los presta en forma directa y no por medio de terceros. La fracción XXIII del propio artículo y el artículo 27 del Reglamento a la Ley, condicionan la deducibilidad de pagos efectuados a comisionistas y mediado-

---

<sup>76</sup> VALDES COSTA, Ramón-Ibid. p. 94.

<sup>77</sup> VALDES COSTA, Ramón-Ibid. pp. 99 y 100.

res residentes en el extranjero a la comprobación que éstos, están registrados para efectos fiscales en el país de su residencia o de que presentan declaración periódica del impuesto en dicho país. El artículo 25, fracción XIX contiene una disposición severa al prohibir la deducción de "Los gastos que se hagan en el extranjero a prorrata con quienes no sean contribuyentes del impuesto sobre la renta..."

El artículo 46, literales c) y d) de la Ley del Impuesto a la Renta del Ecuador, permiten deducir las comisiones, honorarios y otros gastos que se paguen al exterior siempre que sean necesarios para la producción del ingreso. Estas normas son aplicables a establecimientos permanentes como a empresas domiciliadas en el Ecuador. El Reglamento de la Ley, artículo 35, respecto de los gastos administrativos, honorarios y más que empresas extranjeras de construcción paguen a sus matrices limita la deducción hasta el veinte por ciento del valor del contrato celebrado en el país. El artículo 58 del Reglamento, en general acepta la deducción de las comisiones y gastos que se pagan al exterior, que deberán comprobarse mediante contratos. A falta de comprobación, tal deducción no puede exceder del veinte por ciento.

Las rentas de capitales mobiliarios, entre los que principalmente se cuenta a los intereses, las regalías y los dividendos son motivo de discrepancia. Los países desarrollados sostienen que debe gravarse en el país del domicilio de la persona titular de las rentas, en tanto que los países en desarrollo en el lugar donde se produce la renta.<sup>78</sup>

La renta-intereses presenta algunas cuestiones, cuales son su monto, el que deba o no admitirse deducciones y si se deben tener por tales los que se causan en la compra de equipos, maquinarias, insumos y mercaderías.

En vía de principio, es difícil admitir que un capital no produzca intereses y que por ello no se deba tributar. Sobre el monto dice Uckmar "Por lo que concierne a la medida de los intereses, por lo regular se hace referencia a la que se habría acordado, entre partes independientes, en circunstancias similares, considerando todos los elementos: duración del préstamo, garantías, situación financiera del prestatario, etc."<sup>79</sup> La tasa de interés se ha internacionalizado y depende del organismo prestamista, del prestatario, del objeto del préstamo, del plazo. Influyen también las garantías. Se puede hablar de una estandarización de los tipos de interés. Por lo general, los préstamos que conceden agencias y organismos internacionales para el desarrollo a intereses blandos, suelen estar exentos de impuestos.

Los suministradores de capital pretenden recibir el interés íntegro, por lo que no están dispuestos a pagar impuesto en el país donde se efectúan las colocaciones. De-

---

<sup>78</sup> VALDES COSTA, Ramón-Ibid. pp. 36 a 42.

<sup>79</sup> UCKMAR, Víctor-"Seis estudios sobre Derecho Constitucional e Internacional", obra compartida con Andrea Amatucci y otros, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., Madrid, 1980, p. 212.

berán hacerlo en el país del domicilio, pero en ese caso tales ingresos se acumularán a otros, especialmente bajo la concepción de renta mundial y tarifa progresiva. Entonces, formando parte de la masa de ingresos se relativiza el impacto impositivo a los intereses. Puede darse el caso en que el tipo de interés se modifique, incluyéndose en el mismo, el gravamen que cobra el país de la fuente. Con ello se produce una traslación camuflada del gravamen por parte del acreedor en perjuicio del deudor. La urgente necesidad de capitales hace que los países en desarrollo se sometan a los requerimientos de los prestamistas.

Se ha complicado el problema al distinguir entre el país en que tienen su domicilio o residencia los prestamistas, el país en que se coloca el capital, y el país en que se invierte el capital. Bajo el supuesto que los dos últimos países no siempre coinciden se pregunta cuál es el fisco que debe aplicar el impuesto. Valdés Costa opina que debe ser el país donde se coloca el capital, criterio válido y fácil de determinar. Dice: "En tales casos nos parece claro que debe prevalecer el lugar de la inversión o la colocación por parte del prestamista, que en su carácter de titular de la renta es el contribuyente previsto en la ley, sobre el lugar en que el producto del préstamo es utilizado por el prestatario, que es sólo un agente de retención. La legislación aplicable debe ser pues la del primero".<sup>80</sup>

No se ve razón para que en el país de la fuente no se admitan deducciones para depurar los intereses. Gravar sobre la renta bruta no es justo.

Los impuestos a los intereses originados en financiamientos de compras que suelen efectuar proveedores del exterior, pueden fácilmente revertirse a los adquirentes de bienes de los países de la fuente. Por ello, si bien la posición teórica de cobrar impuesto es coherente con el principio de la fuente, su aplicación es casi imposible de lograr. No creemos particularmente que en el plano conceptual sea difícil distinguir entre precio e intereses y que consecuentemente el impuesto deba recaer sobre estos últimos.

El artículo 11 del Modelo de la OCDE sienta el principio de que el impuesto a los intereses debe aplicarse en el país de residencia del acreedor. Acepta que también se gravan en el país de la fuente, pero con una tarifa no mayor del diez por ciento. Esta alternativa acerca las posiciones de los países del domicilio y de la fuente, tiene un sabor pragmático, mas no evita, sino únicamente alivia la doble imposición.

Los Convenios Andinos dan atribución para aplicar el impuesto sobre los intereses, no al país donde se colocaron los capitales, sino aquél en que se haya utilizado el crédito. La intención que subyace en esta norma es loable, la aplicación puede ser difícil y esto pese a que se presume que se ha utilizado el crédito en el país desde el cual se pagan los intereses. La norma dice: (artículos 10 y 11) "Los intereses provenientes de créditos sólo serán gravables en el País Miembro en cuyo territorio se haya utilizado el crédito".

---

<sup>80</sup> VALDES COSTA, Ramón-Obra citada, p. 128.

Salvo prueba en contrario, se presume que el crédito se utiliza en el país desde el cual se pagan los intereses”.

El Tratado Alemania-Ecuador, en cuanto a intereses, es un modelo de acuerdo al que se pueda llegar entre países desarrollados y en desarrollo. Se acepta como base el principio de la fuente con un límite de tarifa, el diez por ciento del monto bruto de los intereses de préstamos que podríamos designar para fines cualificables y el quince por ciento en los demás casos. El artículo 11, que es el que regula el punto, a continuación, prevé casos de mutuas exenciones de intereses para situaciones particulares, y luego definir que se ha de entender por intereses se refiere a otros aspectos a los que da un tratamiento similar al Modelo de la OCDE. Estimamos, que en esta parte, el Convenio no riñe con el espíritu de la legislación andina, sino que más bien la desarrolla, completa, adecúa y viabiliza.

El tratamiento de la Ley del Impuesto Sobre la Renta de México a los intereses pagados al extranjero es muy completo y atinado. Se basa en el criterio de la fuente, pero se pone un límite a la tarifa impositiva. El artículo 154, en su parte medular dice: “Tratándose de ingresos por intereses, se considerará que la fuente de riqueza se encuentra en territorio nacional cuando en el país se coloque o invierta el capital. Salvo prueba en contrario, se presume que el capital se coloca o invierte en el país cuando quien pague los intereses sea residente en el país o residente en el extranjero con establecimiento permanente en el país”.

Las tasas o tarifas impositivas son del quince, veinticinco y cuarente y dos por ciento que se aplican sobre el ingreso bruto, y según el acreedor y naturaleza del préstamo. Se actúa por este medio políticas de crédito diversificadas.

La definición de intereses para esta efecto es sumamente amplia, llegándose a tener por tales hasta las primas o ganancias que se derivan de enajenaciones de moneda extranjera a futuro.

El artículo 154 A establece las exenciones. Son éstas: las de créditos al Gobierno Federal; las de un plazo mayor a cinco años a interés fijo, siempre que las entidades de financiamiento se hayan registrado en la Secretaría de Hacienda y Crédito Público; las emitidas en moneda extranjera, excepto aceptaciones colocadas en el extranjero entre el gran público, en conformidad con las reglas que fije la misma Secretaría de Estado; y, las provenientes de aceptaciones bancarias en moneda extranjera, susceptibles de descuento en la banca central.

Los artículos 167 a 170 del Reglamento de la Ley, facilitan la aplicación de los artículos 154 y 154 A referidos, respecto al registro de entidades de financiamiento, enajenación a futuro de monedas extranjeras, valores que se coloquen en el extranjero y avisos por intereses pagados en el extranjero.

En la legislación ecuatoriana, luego de un proceso más o menos tortuoso, se expidió el Decreto Supremo 506 vigente desde el 15 de julio de 1976 que establece un impuesto único a los créditos externos, sustitutivo de todo otro gravamen, inclusive el impuesto a la renta. Este curioso impuesto que se paga una sola vez, al momen-

to de obtener el registro en el Banco Central es del 2% en la parte del crédito que vence hasta seis meses, 1.5% en la parte que va de más de seis meses a 12 meses, 1% hasta 18 meses, 0.5% hasta 24 meses y queda exenta la parte que vence en más de 24 meses. Esta es una de las circunstancias que facilitaron el endeudamiento agresivo e indiscriminado que tan graves consecuencias ha producido. El artículo 4 del Decreto Supremo establece varias exenciones referidas al prestatario, al prestamista y al objeto del crédito.<sup>81</sup> En conclusión, la posición ecuatoriana es la de cobrar en la fuente, pero con tarifas tan bajas que implícitamente se deja un margen muy amplio al país del domicilio del acreedor.

Los bienes remunerados mediante cánones o regalías, son, al decir de Valdés Costa, de tres clases, incorporeales, que incluyen los derechos del autor, las patentes, las marcas de fábrica, las fórmulas y procedimientos secretos; corporales, que incluyen películas cinematográficas y equipos industriales, comerciales o científicos; y servicios, que incluyen informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas.<sup>82</sup>

Las regalías en estricto sentido, conocidas también como royalties, se pagan por el uso del primer tipo de bienes, inclusive por el de nombres comerciales. Los países desarrollados defienden decididamente que tributen en el país del domicilio, los en desarrollo, en el de la fuente. Los primeros argumentan que esos bienes llegan a consolidarse luego de costosos procesos de investigación. Ello es verdad, más no se debe confundir el capital con la renta. El importe de las regalías estará correlacionado al costo de la formulación del invento o marca, en tanto que la utilización efectiva de tales bienes se hace en un país determinado en donde se origina la renta.<sup>83</sup> Es lo cierto, que con frecuencia esas marcas, patentes o procedimientos, son únicos, y sus propietarios monopólicamente fijan lo que se ha de pagar por su utilización, y en caso de que se cobre tributos en el país de la fuente, lo que hacen es incrementar el pago a cargo de las empresas de los países en desarrollo, las que asumen el impuesto, el cual luego es trasladado a los demandantes de bienes y servicios. En síntesis, el país de la fuente cobra a sus propios contribuyentes el impuesto a las regalías. Hay que añadir que, a diferencia de las utilidades, estos pagos se remesan al exterior prontamente, lo que influye de inmediato en la balanza de pagos de los países en desarrollo. Ante esta realidad, lo que conviene es, sin desistir del principio de la fuente, buscar una solución razonable que consista en establecer a nivel internacional cuál es el monto al que deben alcanzar las regalías y someterlas a un impuesto moderado como ocurre con los intereses.

---

<sup>81</sup> TROYA JARAMILLO, José Vicente—"Tratamiento Fiscal a los Intereses y Diferencias de Cambio sobre la Deuda Externa del Sector Privado en Moneda Extranjera", ponencia presentada a las XII Jornadas del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, Bogotá, octubre 1985.

<sup>82</sup> VALDES COSTA, Ramón-Obra citada, p. 77.

<sup>83</sup> VALDES COSTA, Ramón-Ibid. pp. 72 y 73.

Milka Casanegra Prnjat, relata con realismo el problema: "En muchos casos éste es el resultado legítimo de la importancia de dichos conocimientos técnicos en la industria moderna, pero en otros casos se ha asignado a los conocimientos técnicos un valor elevado con el propósito de permitir al inversionista repatriar utilidades, en forma de los llamados "royalties". Las ventajas de este método son obvias, debido a que estos royalties son deducibles para calcular la renta de las empresas establecidas en los países menos desarrollados, y ellos pueden ser remesados aún cuando no se obtengan utilidades".

"Tal vez la solución sería la de conceder una rebaja de hasta un cierto porcentaje del royalty bruto, representativo de los costos empleados en producir el ingreso cuyo monto podía ser regulado por la autoridad competente".<sup>84</sup>

El Modelo de la OCDE en el artículo 12 norma sobre "los cánones", denominación que incluye todos los pagos que hemos diferenciado siguiendo a Valdés Costa. La solución consiste en reconocer el exclusivo derecho del país del beneficiario de los pagos, -es decir del país desarrollado-, a gravar estas rentas. Se exceptúa el caso en que el beneficiario tenga establecimiento permanente en el país donde se utilizan los bienes.

Los artículos 9 y 10 de los Convenios Andinos defienden el principio opuesto, es decir que las regalías se gravarán únicamente en el país de la fuente.

El artículo 12 del Convenio Alemania-Ecuador admite el principio de la fuente, pero pone un límite al impuesto, el del quince por ciento del monto bruto de las regalías. Es una solución equitativa.

La Ley del Impuesto Sobre la Renta de México, en el artículo 156, admite el principio de la fuente respecto de regalías, servicios profesionales o técnicos y explotación de películas cinematográficas y grabaciones para radio y televisión. Impone tarifas diferenciadas del veinticinco y cuarenta y dos por ciento sobre el ingreso bruto.

La Ley de Impuesto a la Renta del Ecuador no es muy clara respecto a regalías. Se entiende de su contexto global que los pagos por este concepto son de fuente ecuatoriana. Las regalías se cobran por quien no es el autor o inventor, que es el caso más frecuente con referencia al exterior. Son rentas de capital puro según el artículo 8. El artículo 68 incluye a las regalías entre las remesas al exterior y las grava con el impuesto del cuarenta por ciento más los adicionales, sobre "la parte que se considere de fuente ecuatoriana". El artículo 15 se refiere al caso de empresas productoras o distribuidoras de cintas cinematográficas, acepta el treinta y cinco por ciento como costos de producción a más de otros gastos internos. Se presume de derecho que la utilidad neta de fuente ecuatoriana no es inferior al 15% del ingreso bruto cuando se actúa con establecimiento permanente y el 20% cuando las empresas no tengan representantes en el país. Lo que se pretende es limitar los gastos deducibles. Para esa

---

<sup>84</sup> CASANEGRA PRNJAT, Milka-Trabajo citado, pp. 21 y 21.

finalidad muy loable, se confunde “ser de fuente ecuatoriana” con “tope máximo de gastos deducibles”, dos cosas conexas pero diversas.

El Modelo de la OCDE, artículo 10 presenta dos opciones sobre dividendos remesados al exterior. Pueden gravarse por el país del residente que los recibe o por el país donde reside la sociedad que los reparte, previéndose en este segundo caso un límite a la tarifa del cinco y quince por ciento sobre el ingreso bruto. Los Convenios Andinos dan competencia sobre dividendos al lugar del domicilio de la empresa que los reparte, de acuerdo a los artículos 11 y 12. El Convenio Alemania-Ecuador, artículo 10, sigue el tratamiento andino con un límite del quince por ciento sobre el ingreso bruto. El artículo 152 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta de México, considera de fuente nacional los dividendos o utilidades cuando la sociedad que los distribuya reside en el país. El impuesto se fija en el cincuenta y cinco por ciento sin deducción alguna. Con las preocupaciones señaladas sobre regalías, la Ley del Impuesto a la Renta del Ecuador, artículo 68, considerándose de fuente ecuatoriana, grava con el cuarenta por ciento más adicionales las utilidades remesadas al exterior.

La casuística es aún más amplia. No es posible agotar el tema. Para concluir hemos de referirnos a lo que se conoce como actividades típicamente internacionales que son aquellas en las cuales es muy difícil determinar la parte de la renta que corresponde a cada país.

Los artículos 7 de los Convenios Andinos prevén el caso de que una empresa efectúe actividades en dos o más países, en el cual cada uno de ellos podrá gravar las rentas que se generen en su territorio. La fórmula encuentra gran dificultad en ser aplicada en aquellas situaciones en que la actividad se desenvuelve en áreas internacionales y en otras que pueden ser consideradas sui-generis. Entonces, más que en ningún otro caso, se impone el acuerdo inter-países.

Un caso tipo dentro de este ámbito, es el de las empresas de transporte. Según los artículos 8 de los Convenios Andinos, desatendiendo excepcionalmente el criterio de la fuente, estas empresas deben tributar en el país del domicilio de la empresa. El Modelo de la OCDE, artículo 8, da competencia al país sede de dirección efectiva de la empresa y para el caso de que la sede estuviese en el propio medio de transporte, habrá de referirse al puerto base de la embarcación, y en su defecto, al lugar de residencia de la persona que efectúa la explotación. La fórmula de la OCDE, más elaborada, no difiere grandemente de la que dan los Convenios Andinos. El artículo 8 del Convenio Alemania-Ecuador adopta la solución de la sede de dirección o administración efectiva. El artículo III del Convenio entre el gobierno de la República del Ecuador y el gobierno de la República Argentina para evitar la doble imposición en relación al transporte aéreo, acepta el principio del domicilio en forma franca. La disposición contempla que tal principio se aplicará a las rentas de la empresa, a las que obtenga en actividades conjuntas (sistema de pools), a las provenientes de bienes muebles que pertenecen a la empresa, a las que se originan en la venta

de aeronaves, a las que obtenga el personal a bordo, y a los gravámenes sobre el patrimonio de la empresa. El Convenio suscrito el 3 de marzo de 1981 en Buenos Aires, se encuentra ratificado y publicado en el registro oficial del 4 de mayo de 1982. Igualmente se asientan en el Convenio celebrado entre Ecuador y la República Democrática Alemana para evitar la doble tributación en relación con el transporte internacional naviero, suscrito en Quito el 15 de abril de 1982, cuya ratificación y publicación se encuentra pendiente. Existe también, uno de ratificación, el Convenio con Bélgica para evitar la doble imposición de las rentas de las empresas de navegación marítima de 2 de mayo de 1929.

El artículo 12 de la Ley de Impuesto a la Renta del Ecuador, considera deben tributar en el país las rentas que obtengan empresas de transporte extranjeras que cuenten con establecimiento permanente. Sobre el quantum de utilidad realizada en el país dice la norma, podrá celebrarse acuerdos (concordatos) de vigencia temporal, basados en sistemas idóneos al caso. De lo contrario, la Dirección de Rentas efectuará la determinación del ingreso que se considere ecuatoriana. Este artículo reconoce la dificultad de determinar, según el criterio de la fuente, qué parte del ingreso de empresas de transporte internacional se origina en el Ecuador, y por lo tanto, allí es gravable. La alusión a sistemas a emplear para el objeto, es genérica. El reglamento de la Ley, en el artículo 9 manda que los ingresos de las empresas aéreas y navieras internacionales que se consideran de fuente ecuatoriana se determinarán en base a los obtenidos por la venta de pasajes y a los de carácter general recibidos dentro de sus operaciones habituales. La renta gravable será el veinte por ciento de esos ingresos. Se acude a este método de estimar deducciones, por la dificultad de precisarlas. El artículo 155 de la Ley, autoriza a la Función Ejecutiva celebrar convenios con gobiernos extranjeros a fin de evitar la doble imposición internacional y la evasión fiscal. Por su indudable significación transcribimos el primer párrafo del artículo. Dice: "Doble imposición Internacional.- Autorízase a la Función Ejecutiva para que, en los Convenios Generales o especiales que celebre con gobiernos extranjeros para evitar la doble imposición internacional y la evasión fiscal, reduzca las tarifas del impuesto que considera esta Ley, o el impuesto que conforme a ella resultare, o bien para llegar a cualquier otro criterio o distribución equitativa de la carga tributaria, en todos los cuales el principio de la fuente no se basa en indiscutible criterio aprobado en las reuniones internacionales que se hayan celebrado para este efecto, como intereses de préstamos de inversionistas extranjeros, rentas de empresas de transporte, de empresas de seguros, de la explotación de productos naturales y de otros negocios análogos". La disposición nos merece los siguientes comentarios: 1) La atribución del Ejecutivo de celebrar convenios internacionales es constitucional, por lo que la norma transcrita nada puede añadir bajo este respecto; 2) Se reconoce la existencia de actividades típicamente internacionales, en las que es difícil señalar el criterio de atribución impositiva; 3) Lo sustancial de la norma son los instrumentos que se prevé podrá utilizar el Ejecutivo en los convenios internacionales. Estos son, la

reducción de las tarifas impositivas o del impuesto que resultare calculado, la utilización de cualquier otro criterio o distribución equitativa de la carga tributaria. Habría que efectuar un detenido examen de esta parte del artículo con referencia a las disposiciones de la Constitución Política en el orden tributario, lo que excede el perfil del estudio.

## 8. OTROS CONTENIDOS DEL DERECHO INTERNACIONAL TRIBUTARIO

Los problemas de doble imposición son el cardumen del DIT. Existen también otros contenidos que se los puede calificar de complementarios. Son la lucha contra la evasión fiscal y el intercambio de información y mutuo auxilio entre las administraciones.

El problema de la evasión fiscal ha sobrepasado las fronteras nacionales como uno de los efectos de la internacionalización de la economía. Martínez Pérez es muy explícito en señalar el problema. Dice: "Particularmente, las empresas multinacionales siguen los modos de ejecución característicos de esta delincuencia: con el aparente objetivo de economizar impuestos -objetivo lícito en principio en todas las legislaciones- persiguen como meta el fraude, explotando todo tipo de interpretaciones dogmáticas, aprovechándose de lagunas legales y moviéndose en esta zona fronteriza entre lo legal y lo ilegal, *gracias al asesoramiento de expertos pertenecientes a sus empresas filiales nacionales*".<sup>86</sup>

El propio autor se refiere a los obstáculos que se presentan para contrarrestar la evasión fiscal. Caben destacar la prohibición de realizar actos de investigación en el extranjero por autoridades nacionales, el riguroso secreto bancario y la poca o ninguna operabilidad de la extradición por delitos fiscales. Pérez Martínez refiere que el Convenio Europeo de Extradición suscrito en París den 1957, para el campo tributario, condiciona a que las partes contratantes hayan consultado tal posibilidad, delito por delito.<sup>87</sup>

Es evidente que existe una actitud indulgente e ineficaz de la comunidad internacional en la lucha contra la evasión fiscal.

El profesor Uckmar ya citado, ha labrado un estudio sobre la evasión fiscal internacional que por su rara especificidad y el peso propio del autor, amerita que lo sigamos en sus lineamientos.<sup>88</sup> Según el autor son dos las formas en que la actividad económico-internacional facilita obtener ventajas fiscales, "situando" territorialmente la operación, y "consiguiendo" la estructura de las operaciones en forma ar-

---

<sup>86</sup> MARTINEZ PEREZ, Carlos-"El Delito Fiscal", Editorial Montecorvo, Madrid, 1982, p. 69.

<sup>87</sup> MARTINEZ PEREZ, Carlos-Obra citada, pp. 70 a 72.

<sup>88</sup> UCKMAR, Víctor-Obra citada con la nota (79). El trabajo de este autor lleva como título "La evasión Fiscal Internacional".

tificiosa a sujetos con alguna vinculación en el exterior.

La evasión fiscal se puede obtener con transacciones internacionales que persiguen aumentar o disminuir artificialmente los gastos o ganancias, y según los casos, efectuar tales maniobras referidas a países de alta o baja presión fiscal.

Otra forma es por medio de los holding ubicados en un Estado en donde es menor la gravación fiscal, y al que hacen afluir las ganancias los accionistas personas físicas.

Para luchar contra la evasión fiscal internacional, al igual que en otros campos del DIT, los instrumentos son la legislación interna y los tratados.

Las disposiciones internas tienden a impedir transferencias indirectas de utilidades al exterior, especialmente a las empresas ligadas con algún vínculo respecto de la remitente. Uckmar desglosa el tema y se refiere a las legislaciones de Bélgica, Francia, Alemania, Italia, El Reino Unido, Estados Unidos. El ítem 482 del Income Tax de este último país, en el aparte adjustments dice: "En cualquier caso de dos o más entidades, organizaciones o empresas, (estén o no constituidas en compañía, estén o no organizadas en Estados, y estén o no afiliadas), poseídas o controladas directa o indirectamente por los mismos intereses, el Secretario, o quien haga sus veces por delegación, podrá distribuir, prorratear o asignar los ingresos brutos, deducciones, créditos o asignaciones entre las entidades, organizaciones o empresas, si él determinare que dicha distribución, prorrateo o asignación es necesaria con el fin de evitar la evasión de impuestos o de reflejar con claridad la renta de cualquiera de dichas entidades, organizaciones o empresas".<sup>(xx)</sup> Pragmáticamente se da un poder decisorio al secretario de la empresa, que a nosotros nos luce inusitado. Habría que conocer el resultado que ha dado este sistema.

El grado de ligamen o conexión entre las empresas para los efectos de demostrar la evasión no siempre se da con claridad ni se entiende en similar sentido. En Francia se ha aceptado que si no es posible demostrar la conexión jurídica, tiene relevancia la de hecho.

Suele también utilizarse para la evasión fiscal internacional el engaño en cuanto al monto de los intereses pagados, así como lo cubierto por los servicios más variados, royalties, derechos de autor, Know how y similares.

Toda manipulación internacional tiene su culmen en los paraísos fiscales que sirven de base a los fraudes, ocultamientos y distorsiones. No resistimos el ceder la

---

(xx) Tomado de la publicación Selected Federal Taxation, edición 1986, el texto en inglés es el siguiente: "482 Allocation of income and deductions among taxpayers. In any case of two or more organizations, trades, or businesses (whether or not incorporated, whether or not organized in the United States, and whether or not affiliated) owned or controlled directly or indirectly by same interests, the Secretary may distribute, apportion, or allocate gross income, deductions, credits or allowances that such distribution, apportionment, or allocation is necessary in order to prevent evasion of taxes or clearly to reflect the income of any of such organizations, trades, or businesses".

palabra a Uckmar. Dice: "Las transferencias indirectas de renta frecuentemente se efectúan por mediación de sociedades "relais o base companies" -que son con frecuencia sociedades llamadas "holding"- establecidas en países que conceden un tratamiento fiscal particularmente ventajoso, comúnmente denominados "paraísos fiscales". Tales son los Estados donde no existen impuestos, o tienen impuestos con cuotas muy reducidas, o aplicadas solamente sobre rentas producidas en su ámbito territorial, o bien conceden particulares privilegios a ciertas personas o rentas".<sup>89</sup>

Los controles de divisas y la obligatoriedad de que las acciones sean nominativas, coadyuvan al control de la evasión, desde el prisma de la legislación interna.

Uckmar incluye en su estudio un cuadro de los territorios que se pueden considerar paraísos fiscales. Son dieciséis en los que no se aplican impuestos, o se aplican muy blandos. Se ve que el fenómeno, globalmente considerado, ha tomado cuerpo. La comunidad internacional debería tomar nota del mismo y propiciar las acciones que corresponda.

Desde el ángulo de la legislación interna, León Cortiñas, en su enjundioso estudio sobre la planeación tributaria y el abuso del derecho, alude a la legislación israelita que permite a los funcionarios de la administración de ese país, sin juzgar la legalidad, desestimar en las determinaciones tributarias las transacciones de los contribuyentes que persigan, entre sus principales objetivos una impropia elusión del tributo o una reducción del mismo. A juicio del estudioso, la aplicación de esta facultad puede referirse también a acuerdos internacionales.<sup>90</sup>

Sobre el caso de Australia, refiere la explicación del Tesorero Federal de ese país, para quien la elusión ilegítima se traduce en planeaciones de naturaleza vulgar, artificial o excesivamente ingeniosas, tanto domésticas como internacionales.<sup>91</sup>

Los tratados también se ocupan de la evasión fiscal. El artículo 9 del Modelo de la OCDE lo hace al regular lo concerniente a empresas asociadas. En primer término define cuándo se ha de entender ello ocurre. Luego, para el caso en que las relaciones entre esas empresas no hubieren fluido en la forma que habría sucedido al ser independientes, dispone que los beneficios, que así se explican, se asignarán a efectos impositivos, en su totalidad, a una de ellas.

El artículo 26 del Modelo de la OCDE propicia el intercambio de información entre las autoridades competentes dentro de los límites que en la propia norma señala.

---

<sup>89</sup> UCKMAR, Víctor-Obra citada, p. 220.

<sup>90</sup> CORTIÑAS PELAEZ, León-"De la planeación tributaria y del abuso del Derecho", Dirección General de Política de Ingresos (S.H.C.P.), México, 1984-1985, p. 72.

<sup>91</sup> CORTIÑAS PELAEZ, León

Los artículos 20 de los Convenios Andinos previenen el intercambio de información a fin de establecer los controles administrativos necesarios para evitar el fraude y la evasión.

El artículo 26 del Convenio Alemania-Ecuador, sigue un texto similar al correspondiente del Modelo de la OCDE.

# El multilateralismo: No alineamiento Tercer Mundo\*

Manuel de Guzmán Polanco

Los problemas Este-Oeste y Norte-Sur solo pueden llevarnos, como hasta ahora, a ser inevitables partícipes de las luchas de las grandes potencias entre sí y de las alianzas o políticas paralelas de las grandes potencias industrializadas contra los países Subdesarrollados. O sea la lucha entre los intereses políticos y económicos de dominación de quienes defienden su "Stablishment" (sea del color que sea) contra los pobres del mundo; es decir de una minoría efectiva de países y de seres humanos contra una inmensa mayoría de naciones de vieja cultura, muchas de ellas, y de enormes recursos no desarrollados, que representan a muchos millones de seres explotados y necesitados. El 68% de la población mundial.

Ese fue el sentido del Movimiento que promovieron en 1961 países de diversa órbita cultural y política como son Yugoslavia, India, Egipto. Ese es el sentido que debe observar el MOVIMIENTO DE PAISES NO ALINEADOS y que debemos precautelar.

¿Por qué las naciones del llamado TERCER MUNDO hemos de asumir las responsabilidades y las consecuencias de los grupos de presión, que manejan el destino del Mundo por su poderío tecnológico, económico, político y su capacidad nu-

---

\* Ponencia presentada al Seminario de Derecho Internacional, A.E.D. junio 1988.

clear, espacial y de la guerra convencional?

El M. de N.A. es la reacción de más de 100 países, que pretenden que se oiga su voz en pro de la paz y de la cooperación internacionales.

La determinación del tema que se me ha pedido desarrollar es precisa y sugestiva: **EL MULTILATERALISMO, NO ALINEAMIENTO: TERCER MUNDO.**

En efecto, el mundo no puede estar y permanecer sujeto a la bilateralidad en que se quiere dividir a la humanidad. No se trata de elegir entre el bien y el mal, porque no es esa la opción, ya que no tenemos razón de aceptar como bueno lo que tratan de endosarnos los dos polos de poder. No podemos estar nosotros -un país como el Ecuador- ni con el sistema liberal supercapitalista, ni podemos ir con el sistema totalitario colectivista.

Qué antecedente cultural o qué interés actual pueden rendirnos ante los desig-nios de aquellas potencias? Tenemos que tomar nuestra propia opción aquella que nos libere de los egocéntricos intereses de las grandes potencias y nos de la libertad de acción necesaria para manejar nuestros intereses.

No podemos engañarnos: estamos presenciando desde hace decenas de años una guerra, que se llama guerra fría, aunque arroja llamaradas en diversas partes del planeta. Pero creemos que solo somos espectadores, cuando en realidad somos tam-bién actores del terrible drama, pues con nuestra pasividad o inacción y tantas otras veces con nuestro voto lo que hacemos es alimentar la hoguera que mantiene viva la lucha de esos dos mundos superiores, ajenos y diabólicos, que persiguen gobernar el mundo; y, es peor, destruir el mundo con sus excesos, colocando al tercer mundo como señuelo de sus ambiciones.

No es que para el hombre moderno sea una novedad la pugna por el poder, que tradicionalmente ha existido entre los poderosos de la tierra, ni su afán de poner a su servicio a los menos poderosos.

Pero siempre hubo una tercera posición: la de los que no querían mezclarse en la polarizada lucha. No vayamos muy atrás y veamos en nuestra propia América. Cuando las grandes potencias del siglo XVIII eran Francia, Inglaterra, Holanda, Es-paña, Portugal, se independizaron de su madre patria las 13 colonias que vendrían a ser el núcleo de los Estados Unidos de América, hoy una de las grandes potencias. No sabemos si su sentido religioso, o su sentido común, pero la primera lección que les dejó el padre de la Patria, el General George Washington fue el de la indepen-dencia frente a los problemas europeos. La política del aislamiento, del "PERFECT ISOLLATION" fue un mandamiento sagrado que permitió a los U.S.A en el siglo XIX hacerse de veras una nación, un país grande, pacífico y desarrollado.

Así se fortificó una vieja institución de la política internacional, más que del D.I., que se llamó y se llama la NEUTRALIDAD. Como lo anotaba muy sagazmente el recordado amigo e internacionalista argentino Mario Amadeo: "El derecho a la neutralidad -inconcebible en las cruzadas o en las guerras de religión- aparecía plenamente justificado ante las guerras puramente políticas de la Edad Moderna".

El gran Historiador del D.I., Arthur Nussbaum, nos recuerda que justamente durante la guerra de Independencia de los U.S.A fueron los Estados Italianos, Nápoles, La Toscana y otros lo que declararon la neutralidad frente a las demás potencias europeas. Así mismo, tan pronto se instaló la vida independiente de los U.S.A proclamaron su ley de Neutralidad de 1794 que el gran maestro austríaco llamó “una de las primeras grandes contribuciones americanas al progreso del D.I.”. Y no se crea que la rígida legislación duró poco. Tuvo que ser soslayado a principios del siglo pasado para justificar el apoyo norteamericano a la independencia Hispanoamericana y ya en este siglo tuvo que ser transitoriamente salvada para el ingreso de la Unión en la primera guerra mundial. Luego de ella siguió influyendo tanto en la política norteamericana que hizo imposible la participación de ese país, triunfador en la guerra, en la Sociedad de Naciones, surgida como sostén de la nueva paz y promovida por el propio Presidente Woodrow Wilson. Sería largo e inapropiado señalar ahora cómo se define en el D.I. actual la Neutralidad. Considero que es mejor señalar brevemente cuales eran los postulados de la famosa ley norteamericana, porque ellas nos llevarán a contrastar los caminos que ahora pretendemos recorrer los países no alineados. El neutral no debía actuar como juez ante las partes, ni hacer preferencia por ninguno de los beligerantes ayudándole con consejos, hombres ni materiales. Advirtamos que si era una legislación nacida de los políticos, era sobre todo una doctrina fabricada por filósofos, como Hübner.

La ley norteamericana sirvió como uno de los antecedentes de una convención adoptada por todo el Continente Americano en 1928, en la VI Conferencia Panamericana de la Habana, sobre Neutralidad Marítima, que trataba de aislar al Continente de las veleidades de la política europea de entonces.

Pero había un antecedente iberoamericano mucho más profundo y poderoso. Bien sabemos que en la lucha por el poder en la América Ibérica las grandes potencias del siglo XVIII, España y Portugal, celebraron algunos convenios para delimitar sus zonas de influencia. Uno de ellos, poco mencionado, fue el Tratado de Madrid de 1750, en el que -sincerándose de sus apetencias los respectivos reyes y señores de estos imperios de ultramar dejaron para la posteridad, para nuestra vivencia continental, una de las más admirables normas de convivencia, de tolerancia, de respeto entre pueblos hermanos, en las disposiciones del artículo XXI del tratado, que dice a la letra:

“Siendo la guerra ocasión principal de abusos y motivos de que se alteren las reglas que mejor hemos concertado, quieren sus Majestades Fidelísima y Católica, que si -Dios no lo permita- se llegare a romper entre las dos coronas, se mantengan en paz los vasallos de ambos, establecidos en toda América Meridional, viviendo unos y otros como si no hubiera tal guerra entre sus Soberanos, sin hacerse la menor hostilidad, ni por si solos ni juntos con sus aliados”. Quedaban así deslindados, protegidos o si se quiere no alineados los intereses de los pueblos americanos, frente a las posiciones personales o dinásticas, que los poderosos de entonces reconocían

como conflictivos en sus relaciones europeas y coloniales en otros continentes.

Con tan nobles antecedentes iberoamericanos y Américo-Sajones fue posible emitir durante la II guerra Mundial una caudalosa legislación de Neutralidad que, durante los dos primeros años (1939-1941) se mantuvo dentro de las tradicionales reglas de la Neutralidad clásica o lo que luego vinimos a llamar Neutralidad Pasiva también abstención o imparcialidad; pero que en los tres años siguientes (1942-1945) se convirtió en la nueva figura del Derecho Internacional llamada Neutralidad Activa, esto es independencia capaz de ser defendida hasta con las armas.

Así fue posible llegar al Tratado Iberoamericano de Asistencia Recíproca de 1947, que pudo crear una inmensa zona de protección de todo el territorio continental, que colocaba a América en la defensa de sus territorios y sus instituciones.

Cuanto llevo descrito respecto de la Neutralidad y de los antecedentes antibélicos de América me sirve para establecer el contraste con la posición que los países del Tercer Mundo Americano -es decir todos los del continente menos USA y Canadá- pueden observar para una lógica participación en el Movimiento de Países no Alineados.

Aquí dejo este punto para luego retomarlo, cuando entremos a analizar dicho Movimiento en su Filosofía y su política. Cuando el gran Líder socialista rebelde Joseph Broz Tito se juntó con el jefe de la inmensa potencia hindú Jawarahal Nerhu y el poderoso presidente de la más grande nación árabe el egipcio Jamal Aldel Nasser, en 1961, vieron claramente y francamente lo anunciaron, que era indispensable una acción internacional sin subyugación a los intereses de las dos grandes potencias. En Belgrado se reunió la I Cumbre del que categóricamente se llamó Movimiento de Países No Alineados.

25 naciones de todos los continentes integraron esta primera reunión. De América, Cuba fue la única que concurrió a la cita como miembro de ella. El Ecuador fue un Observador, el único de América. La próxima Cima se celebró en Bandung (Java) en 1965 y en ella se dejó en claro que no era una posición disidente de las Naciones Unidas, sino mas bien fiel a sus propósitos de paz internacional y de cooperación para las naciones menos desarrolladas. Se indicó que era una tercera posición y que correspondía a una categórica Neutralidad frente al conflicto de los grandes bloques.

En la inmediata Cumbre celebrada en Nueva Delhi en 1966 se estableció que el Movimiento propugnaria la "coexistencia pacífica para el mantenimiento de la paz y la seguridad nacionales". Fue entonces cuando se oyó a la inolvidable Indira Gandhi esa frase que debería definir para siempre el sentido del Movimiento de No Alineados, pero que tantas veces se ha tratado de desviarlo: "La Conferencia no se celebra para actuar en nombre de otros".

El Movimiento se maneja por Reuniones Consultivas, Comités de Expertos, Reuniones Especiales, Reuniones Ministeriales y Cumbres de jefes de Estado, las cuales se han cumplido en diversos lugares del globo, inclusive en los locales de las

N.U. en New York.

Señalo la descripción que la VI Cumbre de la Habana en 1979 hizo de sí misma: "La política de No Alineamiento representa una fuerza Histórica... para establecer un orden internacional basado en la justicia y la equidad".

Como ocurre en todas estas organizaciones siempre hay un grupo que trata de apropiarse de las mismas, para sus propios fines, que no siempre coinciden con los de la organización. Es así como el M. de N.A. ha deambulado entre sus respetables objetivos y los excesos o abusos de unos cuantos países o Movimientos invitados, perfectamente alineados con una u otra de las grandes potencias, junto a países auténticamente independientes, con responsabilidades definidas.

Una rápida visión de algunos de los No Alineados actuales permitirá a ustedes mismos juzgar al respecto. A la última y VIII Cumbre celebrada en ZIMBABWE (Africa del Sur) en 1986, concurren miembros titulares como Afganistán, Angola, Arabia Saudita, Argentina, Bahamas, Belice, Cuba, Ecuador, Egipto, India, Kuwait, Nicaragua, República Popular del Yemen, Granada, Emiratos Arabes Unidos, etc.

Observadores como Brasil, Costa Rica, México, Congreso Nacional Africano, Organización de Solidaridad de los Pueblos Afroasiáticos, Partido Socialista de Puerto Rico.

Invitados como Australia, Austria, España, Santa Sede, Suecia, Suiza, ONU, FAO, la Cruz Roja Internacional, Comité de N.U. sobre el Apartheid. Así se puede entender cómo la Cumbre rindió homenaje a la eminente Indira Gandhi, a la par que al señor Le Duam, Secretario General del Partido Comunista de Vietnam.

Actualmente hay más de 100 países miembros del Movimiento. El Ecuador ingresó como miembro de pleno derecho en 1981. Más de 10 Latinoamericanos y del Caribe forman parte del Movimiento.

Repitiendo a un comentarista del tema (Franklin Barriga López -Tercer Mundo -Monólogo Norte-Sur y Deuda Externa. B. Central del Ecuador 1987) hay en el M. de N.A. miembros con grandes diferencias de sistemas políticos, sociales y económicos, sociedades tribales, sociedades precapitalistas, capitalistas, pueblos en camino al socialismo. Una interesante pero peligrosa pluralidad.

En la VII Cumbre de Bagdad, en 1982, los concurrentes, ensayaron una descripción de los lineamientos políticos del Movimiento. Pero mejor que hacer referencia a este documento es remitirnos a las responsables declaraciones que acaban de hacer los Ministros de Relaciones Exteriores de los Países titulares, en la reunión que hace 15 días solamente celebraron en la Habana, en vísperas del III Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la ONU, que en estos mismos momentos decurre en New York y que está dedicada al Desarme.

En esa excelente declaración se dicen verdades tan claras como estas:

Se ha probado que la disuasión recíproca en materia de armamentos ha sido erróneo.

- La seguridad común solo podrá garantizarse mediante la confianza, la cooperación y la interdependencia.
- Reafirmamos la necesidad inmediata de reducir los gastos militares para favorecer el desarrollo económico y social de todo el mundo.
- La Paz y la seguridad internacionales solo pueden garantizarse mediante el respeto a los principios de la "COEXISTENCIA PACIFICA Y ACTIVA" entre las naciones.
- No intervención, No uso de la fuerza en las relaciones internacionales, Eliminación del Colonialismo y de toda forma de ocupación y dominación extranjeras, del Apartheid y otras formas de discriminación racial.

Magníficos postulados, pero todos podemos descubrir que allí hay declaraciones que contradicen realidades tremendas de la política internacional de ciertos países miembros del Movimiento de No Alineados, empezando por las intervenciones del país anfitrión, en Angola y en Nicaragua.

Pero es eso mismo lo valioso del Movimiento, que permite a la mayoría decir sus verdades, para las que no son aptos otros foros internacionales.

Observamos con satisfacción la presentación en el Movimiento de No Alineados de conceptos que enriquecen el D.I. y que ahora me cabe destacar. Si antes, 20 años atrás, los promotores hablaban de Neutralidad frente a los dos grandes grupos hegemónicos, ahora se precisa la verdadera posición que corresponde a quienes nada tienen que ver con la polarización, con el bilateralismo de la relación internacional entre los grandes, pero sí con los intereses de esta inmensa mayoría humana que reclama su derecho a decir su palabra por la paz y a reclamar la "COEXISTENCIA PACIFICA ACTIVA" entre las naciones como solución a las diferencias inevitables entre los grandes y los pequeños países, entre todos.

El D.I. llegó durante la última guerra mundial a instituir -al menos para América- el concepto de "Neutralidad Activa". Hoy los Alineados hablan de algo más positivo y franco, de una nueva figura del D.I. que debería ser aceptada por todos los países: la "COEXISTENCIA PACIFICA ACTIVA". Fue una iniciativa de política internacional interesada y parcial, para disimular la Guerra Fría, hacen ya tres décadas, aquello de la "coexistencia pacífica" entre las dos grandes potencias. Pero la que ahora reclama el Tercer Mundo es de parte de todas las naciones un sistema de convivencia, que sea respetuoso de la línea conceptual del vecino, que parte de la no intervención, del concepto real y vívido del multilateralismo, a condición de que tal actitud sea no simplemente declarativa, pasiva, sino activa. Como ayer América previno al Mundo que defendería su Neutralidad con los medios que le otorga el principio de la Legítima Defensa, hoy los NO ALINEADOS de todo el mundo proclaman y deberían ser más enfáticos aunque practicarán la coexistencia pacífica y que la defenderán no solo para convivir entre ellos, entre los relegados del Tercer Mundo, sino para imponerla con el ejemplo y con el grito, si menester, a los poderosos de la Tierra, reclamando para sí y para éstos la "cooperación y la inter-

dependencia” por la que han clamado el 30 de mayo de 1988 los cancilleres de más de 100 países.

Signos de que las grandes potencias procuran un entendimiento acaba de presenciar el mundo con las conferencias Reagan-Gorbachev en Moscú. Y no es accidental que hace solo seis meses uno de los hombres más respetados y escuchados en el Universo, el Papa Juan Pablo II, haya dicho, con la claridad que acostumbra, verdades tan inobjectables como éstas, en su Encíclica “Sollicitudo Rei Sociallis”:

(Juan Pablo II.- Encíclica de diciembre 1987 “SOLLICITUDO REI SOCIALIS” “LA PREOCUPACION SOCIAL DE LA IGLESIA”, a los 20 años de Populokum Progressio de Paulo VI).

El “desequilibrio internacional” actual demanda “la reforma del sistema internacional de comercio, hipotecado por el proteccionismo y el creciente bilateralismo; la cuestión de los intercambios de tecnologías y de su uso adecuado; la necesidad de una revisión de la estructura de las Organizaciones internacionales existentes, en el marco de un orden jurídico internacional”. (página 87).

Reconozcamos pues que el Movimiento de No Alineados va tras de iguales objetivos; y por tanto constituye un poderoso instrumento para la paz. Por lo mismo, hay que cuidar que no se lo dañe con influencias ocultas y perniciosas a su principal objetivo de hoy:

La Coexistencia pacífica activa entre todos los países, para hacer posible la cooperación; y utilizar la inevitable interdependencia, que sirve de acicate a todos los pueblos de la tierra, quiéranlo o no.

Finalmente, debo hacer notar que nada es mas propio para el Ecuador que formar parte activa del Movimiento de No Alineados. Así nos lo prescribe nuestro Derecho Interno como nuestro propio e inmediato Derecho Internacional.

Si leemos la Constitución de la República en sus artículos 3 y 4 observamos que es prescripción de primer orden para nuestra política internacional la proclamación y el ejercicio de principios que coinciden con los que más o menos precisamente o en forma difusa, a veces, han sido señalados por los Países No Alineados y que deberíamos preocuparnos de que se practiquen por parte de sus miembros.

ARTICULO TERCERO: El Estado ecuatoriano proclama la paz y la cooperación como sistema de convivencia internacional y la igualdad jurídica de los estados; condena el uso o la amenaza de la fuerza como medio de solución de los conflictos y repudia el despojo bélico como fuente de derecho. Propugna la solución de las controversias internacionales por métodos jurídicos y pacíficos y declara que el Derecho Internacional es norma de conducta de los estados en sus relaciones recíprocas. Propugna también la comunidad internacional, así como la estabilidad y fortalecimiento de sus organismos, y dentro de ello, la integración Iberoamericana, como sistema eficaz para alcanzar el desarrollo de la comunidad de pueblos unidos por vínculos de solidaridad, nacidos de la identidad de origen y cultura.

El Ecuador podrá formar, con uno o más estados, asociaciones para la promoción y defensa de los intereses nacionales y comunitarios”.

**ARTICULO CUARTO:** El Estado Ecuatoriano condena toda forma de colonialismo, neocolonialismo y de discriminación o segregación racial. Reconoce el derecho de los pueblos a liberarse de estos sistemas opresivos”.

Como sabemos, la OEA dictó en 1985 en Cartagena de Indias un nuevo Protocolo de reformas a la originaria Carta de Bogotá de 1948 y las enmiendas de Buenos Aires en 1967. Tenemos pues un nuevo Estatuto de la Organización Interamericana, que aunque fue firmado por el Ecuador aún no ha sido ratificado. Sin embargo, es ya un instrumento cuyas instituciones jurídicas, unas mejoradas y otras que significan un retroceso y una derrota para el Ecuador, forman ya parte de nuestro Derecho Internacional positivo y al cual podemos acudir, pues en algún momento entrará en vigencia, así sea con las aclaraciones o salvedades que interpongan los países de América.

Felizmente entre lo bueno de la Carta de Cartagena se hallan algunos principios que brevemente señalaré y que demuestran cómo son de actuales y meritorios los postulados del Movimiento de Países No Alineados y concurrentes con los principios proclamados ahora por América.

El artículo 2do. literal (g) trae la siguiente innovación para los “propósitos esenciales” de la Organización.

**ARTICULO SEGUNDO. Literal (G)** “Alcanzar una efectiva limitación de armamentos convencionales que permita dedicar el mayor número de recursos al desarrollo económico y social de los Estados Miembros”.

Pero volvamos a la actual Carta (la de Buenos Aires) en su artículo 3 referente a los Principios de la OEA, que dice en su literal (D) lo siguiente:

“**LITERAL D:** La solidaridad de los Estados Americanos y los altos fines que con ella se persiguen, requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa”.

La redacción de estos postulados merecieron una interesada crítica adversa, durante varios años. Si en algo podían tener razón sus adversarios era en la ambigüedad de la redacción. Superados los excesos de los adversarios de la “democracia representativa”, los países de la América actual resolvieron ser más enfáticos y categóricos; por lo que ha precisado esas ideas en la siguiente forma:

“Artículo 2do. literal (b), “Promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención “que coordina muy bien con el nuevo literal (e)” “Todo estado tiene derecho a elegir, sin injerencias externas, su sistema político, económico y social, y a organizarse en la forma que más le convenga, y tiene el deber de no intervenir en los asuntos de otro estado. Con sujeción a lo arriba dispuesto, los Estados Americanos cooperarán ampliamente entre sí y con independencia de la naturaleza de sus sistemas políticos, económicos y sociales”. y con el literal (l) del nuevo artículo 3r. dice lo que sigue: “La unidad espiritual

del Continente se basa en el respeto de la personalidad cultural de los países americanos y demanda su estrecha cooperación en las altas finalidades de la cultura humana”.

Como se ve, aparte de renovar la fe de América en el Principio de No intervención y de explicarlo, ha quedado señalada una clara norma conceptual y de política americana, la del PLURALISMO IDEOLOGICO, siempre que se respeten los basamentos culturales de este Continente.

Nosotros, país de la América Ibérica, defendamos esos principios.



# IDEAS CONSTITUCIONALES DEL LIBERTADOR SIMON BOLIVAR Y SUS ANTECEDENTES DEL DERECHO ROMANO \*

José Meythaler Baquero

Cuando se ha buscado definir el espíritu de las constituciones bolivarianas y el pensamiento político del Libertador, se han utilizado términos como “liberalismo”, “conservatismo” y “cesarismo”. Pierángelo Catalano, Catedrático de Derecho Romano en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Roma, considera que dichos términos no pueden abarcar la gran originalidad y el eclecticismo que existe en la obra constitucional de Simón Bolívar. Originalidad que surge por la adopción conciente que hace Bolívar de un esquema institucional determinado; el de la República Romana; y el eclecticismo, que enace de la determinación de adaptar dicho esquema institucional a las necesidades propias de las Sociedades Políticas que estaban surgiendo en Iberoamérica.

Sociedades Políticas éstas que, al momento de esestructurar sus Cartas Fundamentales, tuvieron dos propuestas concretas: la una, liberal burguesa de corte roussoniana, cuyo defensor y creador más capaz fue Antonio de Paula Santander, y que se caracteriza por ser Presidencialista. Tiene una división de funciones que origina un modelo tripartito clásico, se declara que la soberanía descansa en el pueblo aunque la materialización institucional de este principio demuestra lo contrario, pues se adopta un sufragio censitario, y se hace un reconocimiento de varios derechos y garantías del ciudadano, que en perspectiva histórica, nos demuestra que fueron meramente enunciativos. Sus instrumentos más importantes lo representan la

---

\* Ponencia presentada en el Seminario Italo-Ecuatoriano de derecho Romano

Constitución de Cúcuta de 1821 y la Constitución de Colombia de 1830, que surgió del que se llamó Congreso Admirable. Como concluye José María Samper, esta propuesta representó los intereses de una clase social determinada, el criollazgo, y garantizó las aspiraciones económicas de las nacientes oligarquías en la región.

La otra propuesta, de carácter social republicana, con influencia ideológica de Marco Tulio Cicerón y el Barón de Montesquieu, tuvo un creador e impulsador único en Simón Bolívar, gracias a su obra legislativa. Sus características más importantes es el ser una república presidencialista, con una división de funciones y una estructuración del poder del Estado en cuatro partes, haciendo surgir el Poder Electoral como el primero y el iniciador de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, con un Poder Legislativo dividido en tres Cámaras, una de las cuales, la de Censores, representan la institucionalización del Poder Moral para muchos, pero que en definitiva es una expresión del llamado “Poder Arbitral”, pues a criterio de Bolívar en un sistema presidencialista existen dos polos de acción política que se repelen mutuamente como lo son el pueblo en general por una parte y el Presidente por otra, lo que hace necesaria la existencia de un órgano cuya elección sea independiente de estos dos polos políticos para que en los momentos de confrontación -y siguiendo a Bolívar- “desarme al ofensor y dé la razón al ofendido”. Es también esta Cámara de Censores un organismo de control constitucional, y por lo tanto debemos mirar su importancia más en función de estas atribuciones que en el de representar un Poder Moral. Sus expresiones más importantes fueron la Constitución de Bolivia de 1826 y el Decreto Dictatorial de 1828.

Como se puede concluir, esta propuesta tenía fundados antecedentes en el Derecho Público Romano que le permite a Bolívar formular una propuesta constitucional de alternativa histórica hacia la conformación de un objetivo superior, cual es la estructuración de una o varias Repúblicas, que se nutre como concepto (el de República) de la perfecta armonía en la relación de mutuo respeto individuo-ley, vigente en la Sociedad Política Romana y transmitida brillantemente gracias a la obra de Cicerón.

El esquema institucional en que se materializa este propósito y esta concepción es muy amplio en el trabajo de Bolívar. Podemos hablar de un Poder Moral, de un Poder Electoral, de un Poder Arbitral, de una división de funciones más amplia en definitiva, de la estructuración de una Sociedad de Ciudadanos y especialmente de la Dictadura, para concluir que la relación entre el Institucionalismo Bolivariano y el Derecho Público Romano, siendo de carácter institucional, es antes que nada de concepciones.

Cuando Cicerón dice que República es cosa del pueblo, y que el pueblo no es una reunión desorganizada de individuos, sino una sociedad unida por una aceptación común al derecho, y con intención de buscar la justicia, estructura

los límites que Bolívar declara en sus discursos y proclamas para el Estado que busca impulsar por la vía del republicanismo; República Bolivariana que no es básicamente democrática, pues sus pilares son el civismo y la virtud.

El civismo, que significa la conformación paulatina de una Sociedad de Ciudadanos que entienden la importancia de la coparticipación democrática en el gobierno de la sociedad a través del voto; de individuos en definitiva, que entienden los problemas fundamentales que resuelven con su voto. Y la virtud, que surge de la práctica y la evolución del civismo representada en la elección de los mejores hombres para el gobierno de la Sociedad. Su fruto institucional más importante fue el sufragio capacitario.

En Roma el civismo era tarea de la familia, en donde el individuo crecía mirando en la “ley” una expresión de la recta razón y concibiendo que en su respecto y obediencia podía encontrarse una seña de la naturaleza divina del ser humano. Para Bolívar el civismo era tarea inicial del Estado con lo que imprime los caracteres de lo que llamó el Estado Educador.

La República es por consiguiente, como ya se afirmó, el resultado de la armónica relación individuo-ley; la del individuo cívico que viendo en la ley una expresión de esa recta razón, de la virtud legislativa, se sujeta voluntariamente y de manera conciente a ella, originando el orden social, primer requisito según Bolívar, para conformar el Estado de Derecho.

Estas son las bases de carácter ideológico que unen al Constitucionalismo Bolivariano con la República Romana.

Los esquemas institucionales en los que se reflejan estas dos corrientes jurídicas son diferentes, y los puntos de comparación son pocos. Podemos hablar del Poder Moral que surge en Roma con la República, y ejercido por Magistrados que tomaron el nombre de Censores. Sus funciones eran amplias: a su cargo estaba la estructuración del censo como forma de clasificación social y política de los individuos, el dictar reglas sobre la vida económica, el fiscalizar las costumbres públicas y privadas, el calificar las listas de Senadores y Caballeros, entre otras. En la Constitución de Bolivia este poder estaba representado en la Cámara de Censores y formaba parte del Legislativo y, a pesar de que era un ente de control de las costumbres públicas antes que de la moral, su función más importante era el ser un ente de control constitucional como ya se afirmó, y el ser un cuerpo legislativo único en materia de educación pública, como un elemento más del Estado Educador. Respecto del Poder Electoral, ejercido en Roma por los Comicios Curiatos, los Comicios Centuriatos, los Concilia Plebis, que en doctrina se los agrupa simplemente como los comicios, éstos tenían funciones no sólo de carácter electivo, ya que si bien casi todas las magistraturas de importancia provenían de ella, incluido la elección de Cónsules, sus funciones eran también el votar las leyes y el administrar justicia en términos generales. Era, en definitiva, esta institución la detentora de la soberanía. En la Constitución de Bolivia este Poder era ejercido por la décima parte de

los “ciudadanos”, y sus funciones eran el elegir a prácticamente todo el andamiaje humano que conforma los otros poderes del Estado. Es decir, y como señala Bolívar, es el iniciador de los otros poderes y por ende el más importante ya que representa la soberanía. Una interesante proyección de lo dicho es que para plantearse por parte del Legislativo cualquier reforma a la Carta Constitucional es indispensable que este Poder emita un nuevo “mandato”, determinando los puntos a los que podría circunscribirse una posible reforma constitucional.

Respecto de la Cámara de Tribunos y la Cámara de Senadores que conforman con la de Censores el Legislativo en el modelo de Bolivia, no puede señalarse ninguna relación con el Tribunado Romano, institución que destruyendo las bases del estado aristocrático en Roma, sentó los antecedentes del gobierno democrático. Tampoco existe vinculación con el Senado Romano. Lo que podemos encontrar es una relación entre el modelo boliviano y la división de las Cámaras en Gran Bretaña con el establecimiento de una Cámara Baja y una Cámara Alta. Además existe la intención de Bolívar de honrar el institucionalismo de Roma adoptando sus nombres, sin que la relación a este respecto pueda superar este análisis.

En relación a la Dictadura, la vinculación es más directa y casi sin cambios. Surge en Roma con dos características: es comisarial y es temporal. Comisarial porque sólo en los momentos de mayor peligro que atentan contra la existencia misma de la República, se justifica la entrega de un poder sin límites en manos del más virtuoso magistrado para que evitando la democracia se salve la sociedad políticamente organizada. Es decir la comisión consiste en rescatar la paz y el orden social que permita la reinstauración de la legalidad. Lo temporal surge de la limitación a 6 meses que el institucionalismo romano previó para la existencia de este poder absoluto, a cuyo término háyase o no conseguido dicho orden social debía reintegrarse el poder del Estado a los Magistrados legalmente electos.

El ejercicio de la Dictadura por parte de Bolívar se limitó a conjugar las necesidades de la guerra con la conformación simultánea del Estado de Derecho, y más allá de la defensa que el Libertador pueda esgrimir por la adopción de esta forma peculiar de ejercicio del poder, está la respuesta que José A. Rodríguez, Presidente de la Municipalidad de Caracas, manifestó a la renuncia presentada por Bolívar al ejercicio de este cargo, la misma que dice: “... el gobierno de vuestra Excelencia tiene el carácter propio de una dictadura, de este recurso al cual las grandes Repúblicas fiaron mil veces la salud del pueblo. Esto es ahora lo que nosotros hemos palpado, entonces ¿a qué mudar de método?. Dictador, pues, vuestra Excelencia en su Patria, acábela de salvar. Continúe vuestra Excelencia de Dictador; perfeccione la obra de salvar la Patria, y cuando lo haya conseguido, restitúyale el ejercicio de su soberanía, planteando el Gobierno Demo-

crático...”. Es decir, existía una cabal concepción de la Dictadura, cuya temporalidad estaba limitada por las necesidades de la guerra.

Este es, brevemente tratado, para hacer honor al tiempo, el esquema institucional que demuestra la influencia romana en el trabajo de Bolívar, y a pesar de lo apropiado y justo de sus proyecciones y trabajos constitucionales, Bolívar fracasa en este plano. Mucho se ha dicho para explicarlo. Prefiero hacerme eco de la opinión de Cicerón al manifestar éste que la República Romana no era una coincidencia, sino el resultado de generaciones de gobernantes virtuosos y de una evolución de siglos. Es decir Bolívar no contó con una clase política dispuesta a defender sus postulados constitucionales, y a partir del asesinato de Sucre, motivado en asuntos políticos, su figura fue única y su lucha destinada al fracaso, pues el frente de combate era contra la clase patrimonial de los criollos, pseudo democrática, dispuesta a defender sus naturales ambiciones por el poder político y económico sin la participación de los grandes grupos sociales diseminados y destruidos más por la ignorancia y la incomprensión que por la fuerza de la revolución. Su derrota política se sintió más claramente cuando el grupo de generales adictos, con Urdaneta a la cabeza, le propuso como solución al estado de diseminación nacional de Colombia la monarquía. Bolívar por consiguiente, no contó nunca con voluntades dispuestas y sus ideas jurídicas revolucionarias se perdieron en el tiempo, para ser retomadas en la actualidad.

Giorgio Lombardi, catedrático de Derecho Comparado en la Universidad de Turín manifiesta al respecto que “se puede sostener que la originalidad de este pensamiento está precisamente en haber individualizado modelos que no se pueden comparar a sus contemporáneos europeos sino que precisamente representan las primeras muestras de un nuevo tipo absolutamente peculiar de constitucionalismo: el del progreso”. Hago más estas conclusiones.



# El Control Constitucional de la Política Cambiaria

Fabián A. Escalante A.

## INTRODUCCION

La política cambiaria en el Ecuador, durante los últimos seis años, ha sido objeto de continuas y radicales transformaciones. Sin duda alguna, ésta ha contribuido al estímulo, diversificación e incremento de las exportaciones; pero al mismo tiempo, su incorrecta e inadecuada adopción ha permitido el deterioro de la moneda nacional en perjuicio de la mayoría pobre y el consecuente cuestionamiento de un sistema que no ha hecho sino acelerar el proceso inflacionario, reducir a niveles alarmantes la reserva monetaria internacional y por sobre todo crear una ola de inestabilidad y especulación en los distintos sectores de nuestra economía.

El origen de este problema y una de sus principales causas lo podemos encontrar en los efectos que se han producido, de un lado, por el alto endeudamiento que nuestro país adquirió en la década de los setenta como consecuencia del llamado "boom petrolero", y de otro, por las decisiones de tipo político que en atención a situaciones coyunturales trazaron en corto plazo nuevos esquemas de política cambiaria.

Con el auge del oro negro nuestro país obtuvo una posición de privilegio dentro del comercio exterior, los problemas por los que atravesaba el Fondo Monetario Internacional y la gran escalada de los precios del petróleo consolidaron aún más esta

posición permitiendo que el Ecuador goce de una sólida situación económica como en efecto lo demuestra la gran estabilidad de los mercados de cambio en ese período.

La marcada dependencia del petróleo, los desajustes estructurales y una equivocada planificación de los recursos que no estableció una política dirigida de divisas unida al deterioro constante de los precios de los productos de exportación nos precipitó a la aguda crisis que en la actualidad estamos viviendo.

Es de esta manera como, desde el año 1982, se comenzó a buscar soluciones mediante la utilización de los instrumentos de política monetaria de conformidad con las recetas e instrucciones del Fondo Monetario Internacional.

El Banco Central desde que se dictó la primera Ley de Emergencia sobre Cambios Internacionales (05/06/47) y en particular desde la vigencia del DS-529 (14/06/76) estuvo autorizado para intervenir en el mercado libre de divisas de acuerdo a las normas que para el efecto debía expedir la Junta Monetaria, ésta a su vez quedó facultada mediante DS-1740 (26/11/71) a introducir las modificaciones que sean necesarias en las operaciones asignadas a cada uno de los mercados cambiarios.

Con este soporte legal y con la reforma del Art. 12 de la Ley sobre Cambios Internacionales (Ley-122 17/03/83) se crearía el modelo para efectuar la descomposición, cambios y transferencias de los conceptos de los dos mercados paralelos tradicionales con las limitaciones que veremos más adelante. El sistema quedó completo con la creación del llamado "mercado libre de intervención" (Reg. No. 064-83 18/03/83), cuya tasa se acerca más a la del mercado no controlado en un abierto esfuerzo por aproximar dichas cotizaciones en base a las fuerzas del mercado, que permitió a Junta Monetaria ir trasladando paulatinamente al mercado intervenido los rubros antes asignados al mercado oficial y por ende a realizar las devaluaciones que sean necesarias para corregir los desajustes que se fueren presentando en el aparato productivo.

El proceso de descomposición del mercado oficial de divisas concluye el 28 de enero de 1986 al haberse establecido que su tasa de cambio en el futuro servirá únicamente como dato nominal para efectos contables del Insituo Emisor. Esta total minimización y pérdida de importancia del mercado oficial no solo operó en beneficio del mercado libre de intervención sino también en perjuicio de este último y a favor del mercado no controlado por el Estado, hecho que se produciría el 11 de agosto de 1986, en que Junta Monetaria mediante Resolución No. 366-86 transfirió al mercado libre de divisas la totalidad de las operaciones de balanza comercial no oficial y la totalidad del servicio de la deuda externa que contraiga en el futuro el sector privado.

Esta medida dio origen a muchos foros, debates... y fundamentalmente a un largo proceso de institucionalidad, no era para menos, Junta Monetaria había liberado del control estatal y entregado al sistema financiero particular algo más del 50% de los recursos con que anteriormente contaba para poder implementar decisiones de política cambiaria.

## EL PROCESO CONSTITUCIONAL

El 18 de agosto de 1986 se reciben en el Tribunal de Garantías Constitucionales varias quejas, que el Organismo resolvió acumularlas para impedir que se divida la continenencia de la causa, en las que con similares fundamentos, solicitan la suspensión de los efectos de las regulaciones dictadas por Junta Monetaria el 11 de agosto de 1986, por ser inconstitucionales tanto por el fondo cuanto por la forma, estas medidas son las siguientes:

- a. Desincautación de divisas provenientes de las importaciones y exportaciones realizadas por el sector privado;
- b. Liberación del tope máximo del interés para libretas de ahorro, depósitos a plazo y pólizas de acumulación; y,
- c. Reducción del encaje bancario para las libretas de ahorro y el aumento del encaje bancario para los depósitos monetarios.

Considerando estos hechos los denunciantes afirman:

- a. Que estas medidas constituyen una devaluación monetaria;
- b. Que constituyen una abierta violación a la Constitución Política de la República, en su Art. 19 #14, que dispone que el Estado Ecuatoriano garantiza a las personas el derecho a un nivel de vida, alimentación, vestido...;
- c. Que son una violación a la Ley sobre Cambios Internacionales en sus Arts. 1, 3 y 12 que establecen el sistema de venta obligatoria al Banco Central de todas las divisas extranjeras que ingresen al país por los conceptos señalados en el Art. 1 de dicha Ley; y,
- d. Que la Junta Monetaria ha procedido a reformar la Ley sobre Cambios Internacionales mediante simples regulaciones contrariando el Art. 59 lit. d) de la Carta Política vigente.

Los personeros de Junta Monetaria mediante escrito presentado en el Organismo, comparecen alegando las siguientes excepciones:

- a. Incompetencia del Tribunal de Garantías Constitucionales para conocer y resolver sobre la suspensión de los efectos de las regulaciones que emite Junta

Monetaria, porque ellas no constan enumeradas en el ordinal 4 del Art. 141 de la Constitución Política del Estado; y,

b. Negativa de los fundamentos de derecho por cuanto Junta Monetaria en ningún momento ha reformado la Ley mediante simples regulaciones, las que por el contrario han sido dictadas siempre en apego de la Constitución y la Ley.

## **Análisis.**

### *a. Incompetencia*

Junta Monetaria sostiene que las regulaciones que ella expide no pueden ser objeto de control constitucional, por cuanto, estos instrumentos decisorios específicos de este alto Organismo, no se encuentra taxativamente contemplados en el Art. 141 # 4 de la Constitución.

Las regulaciones de Junta Monetaria, por técnicas que sean, son actos normativos que no son extraños ni están fuera del marco constitucional ecuatoriano, son parte del ordenamiento jurídico positivo y están sometidas, por el principio de validez de toda norma, a los postulados de la Ley Fundamental de la cual precisamente se derivan.

De otro lado, si atendemos a la esencia del concepto antes que a lo literal de las palabras, concluiremos que las regulaciones, modalidad mediante la cual Junta Monetaria decide y adopta el procedimiento que por Ley está llamado a observar, no difieren en nada de las resoluciones, forma más bien esta última, que la propia Junta paradójicamente adopta para dictar las primeras.

En consecuencia el Tribunal de Garantías Constitucionales si es competente para conocer y resolver sobre el contenido de las demandas de inconstitucionalidad e ilegalidad de las medidas económicas.

### *b. Normas Programáticas*

Estas corresponden a la parte dogmática de la Constitución, son principios teóricos con pleno valor y contenido jurídico que requieren de una ley que las haga eficaces, mas no válidas, puesto que dicha calidad nace de su condición per se, intrínseca de norma constitucional.

El derecho que tienen los ecuatorianos a un nivel de vida, alimentación, vestido... son normas programáticas que jurídicamente pueden sustentar la inconstitucionalidad de fondo de cualquier acto que atente contra ellas.

### c. *Regulaciones*

El sistema de venta obligatoria de divisas del Banco Central, establecido en el Art. 1 de la Ley sobre Cambios Institucionales, ha sido permanentemente modificada a lo largo de nuestra historia cambiaria. En efecto, de acuerdo a los intereses de cada época se fueron estableciendo y modificando los conceptos asignados a cada uno de los mercados tradicionales mediante Decretos Leyes de Emergencia.

El DS-1740 de 22 de noviembre de 1971, es el último en realizar estas modificaciones con la misma jerarquía jurídica aplicada hasta ese entonces, ya que de aquí en adelante estos cambios y traslaciones de conceptos de un mercado a otro se los haría mediante regulaciones por la importante atribución otorgada a Junta Monetaria en el numeral V del Art. 2 de aquel Decreto y por el actual Art. 12 inc. 2o. que lo comentaremos más adelante.

Fue de esta forma como, por primera vez en el año 1982, según regulación 1.181-82 se modificó la composición original de los mercados de cambio, transfiriendo al mercado libre del Banco Central la totalidad de las transacciones enumeradas en el ordinal I del Art. 2 del DS-1740, exceptuando las originadas en el producto neto de las exportaciones tradicionales.

Bajo esta óptica se dictaron posteriores regulaciones, la 066-83, 152-84 y 187-84 que robustecieron sustancialmente el contenido del mercado libre de intervención controlado por el Banco Central.

No es sino hasta agosto de 1986 que el Banco Central se mantiene como administrador del sistema creado por la Ley de Cambios Institucionales y por su reglamento, las divisas de las exportaciones y las necesarias para atender las importaciones eran servidas a través del mercado libre de intervención, puesto que como ya se dijo, el mercado oficial fue eliminado quedando su tasa como marco de referencia contable del Instituto Emisor.

Junta Monetaria, antes de haber dictado la resolución 366-86, no reformó la Ley, fue la propia Ley la que dio a Junta Monetaria la facultad de introducir las modificaciones en los distintos mercados de cambio y ese cuerpo normativo fue la Ley de Regulación Económica y Control del Gasto Público, que en su Art. 29 (sustitutivo del inc. 2o. Art. 12 de la Ley sobre Cambios Internacionales) autoriza a dicho Organismo “emitir las regulaciones que considere convenientes respecto a las transacciones con el sector externo, sobre los aspectos relacionados con el mercado oficial, el mercado libre de cambios... y su transferencia de uno a otro”.

Esta atribución, sin embargo, no puede ser ilimitada, es parte del orden público que tiene que estar sujeto al ámbito que la propia Ley le impone, de ahí que, cuando la disposición antes transcrita habla de mercado libre, aquella no se refiere al mercado no controlado por el Estado, sino al que es parte del sistema creado y en el cual precisamente se le faculta al Banco Central intervenir de conformidad al Art. 7 de la Ley sobre Cambios Internacionales.

Al haber transferido al mercado libre no controlado la mayoría de operaciones de balanza comercial y los futuros endeudamientos del sector privado, prescindiendo de la administración del Banco Central y dejando a los exportadores en absoluta libertad de negociar sus divisas, Junta Monetaria procedió con violación de la Ley arrogándose atribuciones que no eran de su competencia.

#### *d. Devaluación*

La Constitución Política del Ecuador, en su Art. 55, señala que es el Presidente de la República quien establecerá la relación de cambio internacional del sucre.

De acuerdo a las disposiciones revisadas, el haber facultado a Junta Monetaria que tenga la atribución de trasladar los conceptos por los cuales el Estado incauta las divisas, del mercado oficial al mercado libre de intervención; y, al estar sujeto la tasa de cambio en este último mercado a lo que disponga esta autoridad cambiaria o peor aún, a lo que la ley de la oferta y la demanda determinen, no se ha hecho sino permitir que la relación de cambio internacional de sucre la fije, no el Presidente de la República como constitucionalmente debe hacerlo, sino en el primer caso Junta Monetaria y en el segundo el sector privado, siendo el administrador de estas divisas el Banco Central y desde el 11 de agosto de 1986 los Bancos Comerciales y las Casas de Cambio.

Sin embargo de lo anotado, Junta Monetaria consideró que la resolución 366-86, materia de este estudio, no ocasionó devaluación monetaria alguna ya que la tasa oficial permaneció inmodificada.

#### *Resolución.*

El 18 de noviembre de 1987, el Tribunal de Garantías Constitucionales, acogiendo el texto resolutivo presentado por el Dr. Mentor Poveda Palacios en el caso No. 244/86, resolvió:

Observar, por violación a los Arts. 39 inc. 2o., 45 inc. 3o., 54 y 59 lit. d) de la Carta Fundamental, la Resolución No. 366-86 expedida por la Junta Monetaria el 11 de agosto de 1986, que consta publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 507, de 25 de agosto de ese mismo año.

Conceder, bajo las prevenciones de Ley, noventa días de plazo a efecto de que Junta Monetaria, en ejercicio de las atribuciones que le confiere la Ley, adopte las medidas pertinentes para que tenga plena vigencia el sistema impuesto por el ordenamiento jurídico del país.

Esta resolución, en aplicación del Art. 21 del Reglamento del Organismo, fue :

declarada urgente.

## LA FLOTACION CONTROLADA

El 24 de febrero de 1988 Junta Monetaria, mediante oficio No. 0051, solicitó aclaración de lo resuelto por el Tribunal de Garantías Constitucionales ya que la misma, según señala el escrito, no es lo suficientemente explícita, fundamentando el pedido en aspectos de tipo técnico que entraña la adopción, en breve lapso, de un nuevo esquema.

A la época existía ya un criterio de consenso nacional que, frente al fracaso del sistema de flotación impuesto, clamaba por la adopción de un régimen diferente que asegure el control entregado al sistema financiero privado. El Dr. José Santos Rodríguez fue el encargado de estudiar el contenido del oficio y en su informe presentado el 2 de marzo de 1988 concluye que: “la resolución del Tribunal de Garantías Constitucionales es absolutamente clara, precisa y especialmente determinada, y no requiere ampliación o aclaración alguna, razón por la cual la Junta Monetaria debe cumplirla...”

Este informe fue suspendido de su conocimiento por solicitud del Dr. Enrique Chiriboga Barba, en aplicación del Art. 11 del Reglamento y porque además en el mismo día se expidió la Regulación No. 494-88, mediante la cual retornamos a un régimen de incautación (mercado libre controlado) que básicamente dispuso el ingreso de todas las divisas provenientes de las exportaciones del sector privado incluidas las correspondientes a los convenios de entrega anticipada a una “Cuenta Especial” administrada por los “Bancos Agentes” con la finalidad de que las mismas sirvan para la atención de las importaciones del mismo sector.

Esta regulación (494-88) al igual que la anterior (366-86), fue inconstitucional\*, ya que las divisas fueron independientemente del hecho de su incautación, en primer lugar: manejadas por un mercado distinto del creado por Ley; y, en segundo lugar: administradas por el sistema financiero particular, con el paliativo introducido del control estatal que poco o nada consiguió, ya que durante los pocos meses que estuvo vigente este mecanismo se originaron una serie de ilícitos en el comercio exterior\* que distorsionaron gravemente las relaciones comerciales y financieras entre el Ecuador y el resto del mundo.

---

\* No hay resolución del Tribunal de Garantías Constitucionales sobre esta Regulación.

\* Sobrefacturación y Subfacturación, mecanismos subrepticios de arreglo directo de compra-venta de divisas.

## *El modelo Neoestructural.*

Dentro del marco de reformas anunciadas por el gobierno del Presidente Rodrigo Borja, cuya administración se inició el 10 de agosto de 1988, en lo que respecta a la política cambiaria el objetivo central estuvo dirigido a devolver al Estado su papel de ente regulador de las actividades económicas y por ende el de que recobre el control tanto en la fijación del tipo de cambio cuanto en la captación y asignación de las divisas de acuerdo con lo que establece la ley.

Este objetivo se plasmó en las medidas económicas adoptadas el 30 de agosto de 1988, que no hizo sino restablecer el sistema cambiario que existía antes del 11 de agosto de 1986, con pequeñas diferencias.

El modelo cambiario vigente tiene los siguientes puntos principales:

1. Se produce una macrodevaluación del tipo de cambio oficial de 95 a 390 sucres por dolar, el que se lo utilizará para los efectos contables en el Balance del Banco Central del Ecuador. Este reajuste representa para el Instituto Emisor una pérdida cambiaria neta de aproximadamente 877 mil millones de sucres.
2. Se fija el tipo de cambio del mercado de intervención en 390 sucres por dolar y se establece un sistema de minidevaluaciones semanales de 2.50 sucres. La devaluación proyectada con este sistema es del 33% anual.
3. Se restablece el sistema de incautación de divisas por parte del Banco Central del Ecuador del cien por ciento del valor FOB (Free on board) de las exportaciones (públicas o privadas).
4. El 90% del producto de las exportaciones privadas se destinan a la atención de las importaciones de este sector, para lo cual se establece un Comité de Venta de Divisas. El 10% restante servirá para recuperar la Reserva Monetaria Internacional.
5. El diferencial entre el tipo de cambio de compra y el de venta, se destinará a formar el Fondo de Estabilización Cambiaria del Banco Central.
6. Se prohíbe la importación de vehículos y las importaciones de bienes de capital se podrá realizar únicamente a través de financiamiento de créditos externos de organismos internacionales.

Con una clara concepción de las disposiciones constitucionales y legales que hay sobre la materia, el Presidente, acogió el Plan de Emergencia Nacional preparado por la Junta Monetaria, confirmando la vigencia de un sistema cambiario que requiere ser mejorado a fin de que, sin perder su flexibilidad y dinamismo, proporcione seguridad y confianza que son elementos psicológicos claves en la estabilización económica y evita como fue costumbre de la administración anterior la interpretación acomodada, irracional e injusta de sus normas.

# Algunas consideraciones sobre el nuevo Derecho del Ambiente

Mónica Silva Naranjo

**E**n los últimos tiempos nos hemos visto bombardeados por la prensa con artículos que proyectan la gravedad del actual estado del ambiente en nuestro País. La repercusión de este hecho también ha ido generando serias preocupaciones a nivel técnico acerca de la forma de resolver este problema. Se ha dicho que la cuestión ambiental involucra a todos los seres humanos por igual puesto que todos somos responsables del estado de cosas en lo que tiene que ver con el grave deterioro sufrido por el ambiente. Se ha tratado al menos en principio de concientizar a la sociedad ecuatoriana de lo importante que es gozar de un entorno sano para un normal desenvolvimiento, en fin, se ha logrado causar cierta alarma y llamar la atención sobre la importancia de los factores ambientales en el desarrollo de nuestro País.

El problema a la hora de encarar la cuestión ambiental parece ser dilucidar cómo hacerlo, sin duda alguna este será el desafío más grande que enfrenten las ciencias. Pero lejos de este enfoque técnico que ha concebido tradicionalmente el problema ambiental como objeto exclusivo de las ciencias formales, la crisis del ambiente ha llegado a ser objeto de nuevos enfoques, a tal punto que la ecología ha pasado a ser ciencia social.

La crisis ambiental, contrariamente a lo que hemos venido suponiendo, obedece a muchos factores derivados de la acción del hombre sobre el medio que lo rodea, de ahí que el fenómeno ambiental constituya un problema social, económico, político y hasta cultural para las sociedades modernas. Por lo tanto su solución debe también ser procurada por las ciencias sociales, dentro de las que obviamente habrá que contar al Derecho.

A nivel latinoamericano existen ya algunos tratadistas que han realizado sus propuestas sobre la forma como el Derecho debe tratar la cuestión ambiental. A pesar de ser su nacimiento muy reciente, esto es a partir de la Conferencia de Estocolmo sobre el ambiente humano realizada en 1972, el Derecho Ambiental va ganando cabida dentro de la doctrina, y como toda rama jurídica ha dado lugar a varias interpretaciones o corrientes, y entre ellas se destacan principalmente la corriente ambientalista y la corriente ecologista.

Dentro de la primera tenemos como su representante al tratadista argentino Guillermo Cano quien sustenta que el nuevo Derecho Ambiental debe considerar a la naturaleza como objeto de protección jurídica, en la medida en que aquella sirva al ser humano para su desenvolvimiento, de ahí que para Cano el Derecho Ambiental se refiere al entorno o medio en que el hombre se desenvuelve, es decir, el medio inducido o creado por él, dejando fuera de la protección de este derecho al medio natural o naturaleza en tanto ésta no sirva de beneficio para el hombre. Aunque Cano opina que el Derecho y las legislaciones que se refieren a los recursos naturales no forman parte del nuevo Derecho Ambiental, considera, sin embargo, que se interrelacionan en la medida en que los elementos naturales ingresen a la esfera del desenvolvimiento humano y por lo mismo, pasen a ser objeto de protección de este nuevo derecho.

Otro ambientalista, el tratadista español Martín Mateo por su lado concibe al nuevo Derecho Ambiental como el derecho regulador del ambiente específicamente considerado, el autor opina que el extender el objeto de protección jurídica de este derecho al medio natural, a la ecología y en fin al medio ampliamente considerado, es decir al entorno o ambiente humano y al medio natural o naturaleza, desvirtuaría el fin mismo del Derecho Ambiental, pues éste debería según él circunscribirse a aspectos específicos como por ejemplo el de la contaminación. Martín Mateo evidentemente restringe de manera categórica el ámbito del Derecho Ambiental y se queda muy corto al concebir la contaminación como el único problema que causa impactos negativos sobre el ambiente.

Una corriente, y quizá la que precedió al Derecho del Ambiente es la de los recursos naturales, concebida con una visión netamente economicista, los tratadistas del derecho de los recursos naturales se limitan a proteger y regular los elementos naturales en tanto estos reporten utilidad al hombre, tratando de asegurar las reservas naturales, y dotando de un carácter conservacionista a su protección jurídica, aunque carente de toda implicación de orden ambiental, es decir su enfoque es tan parcial que olvidan que los recursos, se hallan, al igual que los otros componentes del ambiente dentro de un sistema complejo de interdependencia regido por las leyes naturales de cuyos efectos ni el hombre puede prescindir.

Finalmente, está la corriente del Derecho Ecológico de reciente formulación, Stutzin, un tratadista de origen alemán estima que restringir el campo de aplicación del Derecho Ambiental a sólo un factor, o a varios pero siempre dentro del medio

en que se desenvuelve el hombre, significa fomentar una vaga discusión de lo que debería entenderse como Derecho Ambiental, causando con ello una proyección dual de lo que debería ser el objeto de este Derecho, ya que por un lado dice, se pretende proteger y regular el medio humano, y por otro al medio natural. De esta forma Stutzin propone rebautizar al Derecho Ambiental como “Derecho Ecológico”, una rama jurídica cuyo campo de aplicación se extienda tanto al medio humano o entorno y al medio natural por igual. Su planteamiento va mucho más lejos cuando propone dejar de considerar a la naturaleza como objeto de protección jurídica y sugiere dotarle de personalidad jurídica convirtiéndola en sujeto de derechos, sólo de esta forma manifiesta, será posible que su defensa sea plena. Stutzin basa esta nueva concepción del Derecho Ecológico en las leyes de la ecología, pues en modo alguno acepta la división teórica del ambiente sugerida por Cano, puesto que para él tanto el entorno como el medio natural son uno solo, considerando que dentro de la “empresa de la vida”, como el denomina a los procesos ecológicos, todos los seres y elementos naturales, incluido el hombre y su entorno, se interrelacionan, interdependen y no pueden prescindir unos de otros.

Esta visión más amplia de lo que debería considerarse como ámbito de aplicación del Derecho Ambiental o Ecológico si se quiere, es mucho más integral y parece estar corroborada por la idea de científicos como Vitale quienes afirman que los sistemas sociales deben estar sometidos a los naturales, en razón de que pese al grado de desarrollo alcanzado por el hombre, reflejado en su mito de conquista y sometimiento a la naturaleza, aquel no ha sido aún capaz de crear vida sino tan sólo de destruirla o deteriorarla.

Esta forma de interrelación del hombre con la naturaleza, sin duda, tradicionalmente ha estado tan radicada en nuestra forma de ser, de pensar y de actuar a tal punto que se ha impuesto en nuestro modo de vida. Someter a la naturaleza de la forma como ha venido haciéndolo el hombre es lo que precisamente ha causado su degradación y destrucción. Desafortunadamente el Derecho como resultado de la concepción social que ha imperado hasta el presente tampoco ha escapado de esa forma de percibir la relación hombre-naturaleza. De ahí que hasta el presente se haya limitado a velar y tutelar los intereses humanos, a tal grado que el Derecho brinda su protección al más grande depredador de la naturaleza y destructor del ambiente.

Como se ha podido apreciar la nueva rama del Derecho Ambiental o Ecológico ha venido a plantear una nueva proyección de las ramas jurídicas en lo referente a la percepción del fenómeno ambiental y sus incidencias en la calidad de la vida humana. Sin embargo bajo todo este nuevo esquema de protección jurídica que busca ampliar el ámbito de aplicación y regulación del Derecho, lo que plantean las ciencias jurídicas ambientales en el fondo es una reformulación del Derecho, ya que tanto para el Derecho Ambiental como para otras nuevas ramas jurídicas de reciente aparición, ciertas figuras e instituciones tradicionales del Derecho han quedado obsoletas.

En lo que a nuestro País se refiere, el nuevo Derecho Ambiental aún está en formación. La carencia de una política ambiental real ha incidido sobremanera en la forma del tratamiento legal a las cuestiones del ambiente. Contrariamente a lo que se ha creído, no es la inexistencia de disposiciones legales la que ha incidido en la falta de preocupación jurídica por el problema ambiental, justamente la formulación de esta legislación incipiente en materia ambiental con que cuenta el Ecuador, responde a la carencia de una conciencia ambiental de los gobiernos nacionales, lo que naturalmente refleja la falta de preocupación y educación de la sociedad ecuatoriana al respecto.

Aún cuando la reciente promulgación de la garantía constitucional de gozar de un medio sano y libre de contaminación parecería entrañar la existencia de una política ambiental, en el hecho sucede lo contrario, los antecedentes del establecimiento del numeral segundo del Art. 19, en modo alguno responden a una proyección de política ambiental en el País. Por otro lado al ser una mera copia textual de la disposición similar existente en la Constitución Chilena, carece de toda orientación doctrinaria y política. La mera existencia de esta disposición en modo alguno refleja una política y mucho menos la creación de un nuevo Derecho en esta materia.

En lo que respecta a la legislación ambiental nuestro País cuenta con un sinnúmero de disposiciones ambientales inmersas en distintos textos legales, y llevan este calificativo de ambientales no porque hayan sido directamente promulgadas con un afán de defensa, protección o gestión del ambiente ampliamente considerado, es decir medio humano y natural, o de los recursos naturales, sino porque para ello se ha tenido que trabajar en su clasificación y estudio orientado dentro de un nuevo marco filosófico jurídico, de ahí lo invalorable que resultan los estudios sobre Legislación Ambiental Ecuatoriana.

Volviendo al tema de la Legislación Ambiental Ecuatoriana, ésta dista mucho de ser calificada de ortodoxa o propiamente ambiental si se toman los parámetros del estudio sobre derecho y legislación ambientales formulados por el tratadista chileno Valenzuela Fuenzalida. Siguiendo aquellos nos atreveríamos a calificar nuestra legislación ambiental como heterodoxa de incidencia casual, y de ineficiente e ineficaz desde el punto de vista de su aplicación. En cuanto a la disposición Constitucional mal puede derivarse de ella una política ambiental, ni mucho menos un Derecho Ambiental seriamente formulado. Sin embargo, haciendo un análisis doctrinario el apareamiento de la citada norma parecería ubicar la tendencia legislativa ecuatoriana en materia ambiental en una posición dual, ya que, por un lado hace objeto de la protección jurídica al medio humano, al garantizar un medio libre de contaminación, lo cual al parecer restringe la preocupación ambiental a uno solo de los problemas que aquejan al ambiente ecuatoriano; y por otro, también garantiza la protección del medio natural.

Al carecer de un sustento doctrinario la disposición constitucional y la legislación secundaria que de ella devenga, podrían general un problema a la hora de ubi-

car específicamente el derecho y legislación ambientales ecuatorianos en una de las escuelas del nuevo Derecho Ambiental y como consecuencia, al tratar de delimitar su campo de aplicación. Sin embargo, en lo futuro, es de esperar que, tanto la legislación y el Derecho ecuatorianos en materia ambiental lleguen a definirse y demarcarse, para ello habrá que contar con políticas ambientales reales por parte de los gobiernos, y también de la legislación secundaria que se adopte para hacer efectiva la garantía que la Constitución consigna al respecto del ambiente, en favor de los ecuatorianos.

Como se ha visto aún resta mucho por cubrir en el quehacer jurídico en lo que respecta al ambiente en nuestro País, las propuestas que se presenten para la solución legal de la crisis ambiental en el Ecuador requieren de mucho estudio, coordinación de esfuerzos y concientización a todo nivel, ya que como se ha visto la crisis ambiental compete a todos por igual y requiere igual esfuerzo para su solución. Entonces tenemos una responsabilidad común para encauzar nuestras relaciones con el ambiente hacia una nueva proyección que nos permita coexistir en paz con las demás especies de nuestro Planeta.



# Aproximación a la hermenéutica jurídica

Angel Lobato Bustos

## INTRODUCCION

**E**l presente trabajo tiene por finalidad introducirnos en los diversos mecanismos valorativos aptos para llegar a la estructura vivencial de la norma jurídica, de la ley que debe llegar a los diversos casos prácticos para la implantación de la justicia en ambas partes.

Intentamos realizar una reflexión sobre interpretación de la ley, damos un concepto y una clasificación en términos generales. Elaboramos un esquema de hermenéutica jurídica enfocando sus aspectos: gramatical, lógico, histórico, sistemático. Sintetizamos conceptos sobre la equidad, el espíritu de la legislación.

Hemos encontrado un caso práctico de aplicación de hermenéutica jurídica. Se trata de una objeción que el Ejecutivo hace al Legislativo cuando expide un proyecto de ley sobre aumentos de rentas de los Municipios para establecer su autonomía económica. Presentamos todos los argumentos que intentan interpretar el alcance del art. 108 de la Constitución del tiempo aquel.

Terminamos este trabajo presentando una opinión sobre los instrumentos jurídicos que hemos encontrado durante esta investigación. Defendemos una sana epiqueya que está totalmente lejos de cualquier relativismo absoluto, pero sí a favor de una muy cristiana equidad.

## CONSIDERACIONES GENERALES

En la aplicación exacta del Derecho nuestra vida social exige la aceptación de los diversos puntos de vista que la vida práctica nos lo ofrece. No es suficiente el conocimiento de la norma jurídica considerada sólo como ente general y abstracto. La doctrina de los jurisconsultos nos obligan a dirigir nuestra atención para tener en cuenta el cómo la ley es interpretada frente a los casos prácticos que son muy numerosos.

La norma jurídica no se halla manifestada en la ley en todo su alcance y sustancialidad. No es fácil reconocerla, comprenderla y aplicarla fácilmente.

Para llegar al completo reconocimiento y a aquella expresión podrían utilizarse las siguientes maneras: Primera: por interpretación convencional de los individuos interesados. Segunda: por la interpretación del Estado en caso de desacuerdo de las partes o cuando lo normativo lo requiera interpretación bien definida. Esta interpretación lo hace la función jurisdiccional del estado mediante un acto de su voluntad que tiene lugar en la sentencia.<sup>1</sup> La voluntad estadual involucra un sentido cuando dicta la ley; otro distinto cuando dicta la sentencia.

La expresión literal de la ley tiene limitaciones provenientes del lenguaje forense, no expresa todo el contenido de la norma jurídica en sus elementos esenciales.<sup>2</sup> No puede abarcar en muchos casos la comprensión de los innumerables casos, pues no puede darles un sentido unívoco. Se trata pues, de establecer la relación del deber ser jurídico con el "ser" de la realidad existencial.

Es útil recordar los elementos esenciales integradores de la decisión jurisdiccional: 1o. La ley de la cual el Juez desciende deductivamente hasta su fallo; 2o. el hecho empírico, rodeado de todas sus circunstancias concretas, hecho que configura la sentencia, no como mero silogismo sino como dato de la experiencia jurídica; 3o. la valoración jurídica de la norma en primer término y, en segundo la valoración judicial apreciativa del caso concreto, realizadas por el juez al considerar la totalidad del caso en su relación con la ley valorada.

No parece conveniente aceptar aquel pensamiento de algunos abogados que aceptan la interpretación sólo para la obscuridades de la ley. Tanto la ley clara como la obscura son materia de interpretación. Hay que interpretar la ley al caso particular de su aplicación.

La integración de la ley cabe solo en tanto y en cuanto la ley no exista. Siempre que la ley no exista caemos en el campo de la integración.

Si existe la ley hay que aplicarla luego de interpretarla. Por eso hay que aplicarla luego de interpretarla y a falta de ley hay que integrar.

---

<sup>1</sup> Cfr. Leonardo Rivas, "Derecho Civil", tomo I, ed. Casa de la Cultura Ecuatoriana, Quito, 1974, p. 355-356.

<sup>2</sup> Cfr. Mouchet Carlos, "Introducción al Derecho, Buenos Aires, Edit. Perrot, 1970, p. 598, VII ed. |

## OBJETO E IMPORTANCIA DE LA INTERPRETACION DE LA LEY

No es posible negar que la aplicación del Derecho cada vez más se presenta muy difícil sobre todo cuando la norma jurídica, a veces confusa y contradictoria, plantea dudas respecto a la posibilidad de encuadrar en ella la cuestión que se trata de resolver. Por lo mismo resulta difícil interpretarla.

Interpretar la ley significa desentrañar su verdadero sentido y alcance, es decir, entenderla en su recto sentido y aplicarla debidamente. La interpretación de la ley tiene dimensiones creadoras aunque sea dentro de los límites establecidos por los textos normativos legales.

La importancia de interpretar la ley, constituye uno de los elementos de mayor trascendencia en la vida del Derecho. La interpretación supone elegir entre varias soluciones y escoger la que se considere más justa, conveniente o adecuada a lo dispuesto por la ley.

La interpretación da el recto sentido a la ley aquella que la dio el legislador. Cuando ella se realiza o aplica al caso particular no hace otra cosa sino hacerla vivir en el ambiente de justicia.

En tiempos pasados se creía que el Decálogo, la Declaración de los Derechos del Hombre,<sup>3</sup> el Código de Napoleón o de Don Andrés Bello, fueron para varias generaciones como algo intocable, se pensó que la suma perfección ya se había alcanzado, por lo tanto todos los casos concretos ya habían sido previstos y resueltos definitivamente.

En consecuencia parecería que los jueces no debían sino aplicar la ley a los asuntos concretos manteniendo rígido el esquema del silogismo en que la premisa menor era el principio legal, la mayor, el caso particular y la conclusión, la sentencia pronunciada por el juez.

Pero la continua evolución del mundo dinámico de cada época histórica aportaba nuevos problemas, inclusive se ha dado un nuevo cambio radical de valores en todos los campos. Esto hace que la ciencia de las diversas épocas inventaran nuevos mecanismos y métodos, nuevos procedimientos racionales que permitan la combinación de las viejas reglas con las nuevas que van apareciendo; esto mismo dice la importancia de la exégesis para poder descubrir los conceptos no contenidos en los ordenamientos jurídicos. Los jueces deben estar al día en la lectura de las doctrinas propias para poder interpretar los diversos *lexos* legales, que en los tiempos pasados pudieron haber sido claros, pero con el transcurso de los años han llegado a ser oscuros y por lo mismo necesitan ser interpretados, esto no siempre es fácil.

Tengamos presente que la ley es solo un camino que le puede conducir al Juez a la correcta sentencia a darse en cada caso.

---

<sup>3</sup> Cfr. Alfredo Pérez Guerrero, "Fundamentos del Derecho Civil Ecuatoriano", ed. Casa de la Cultura Ecuatoriana, Quito, 1953, p. 291-293.

La realidad necesita un amplio espacio por el que debe moverse, la ley no puede encerrarla rígidamente. La historia nos enseña que cuando hubo el intento de resolver todos los casos previstos por adelantado, siempre hubo el fracaso. Aquellas lagunas siempre deberán ser llenadas por la libre investigación del derecho. La misma teología católica, siempre equilibrada sin prejuicios sectaristas, proclama una saludable epiqueya, una auténtica acomodación a la realidad histórica, un ecumenismo con la situación actual.

En este sentido es justo que los jueces tengan mayor libertad de movimiento intelectual jurídico, dado que el derecho no es pasivo, desconocedor de nuevas exigencias. Es importante librarse del libre formalismo rígido, pero tampoco conviene caer en el extremo opuesto de pensar que es permitido todo relativismo radical. Recordemos que ambos extremos pueden conducirnos a un cataclismo jurídico.

He aquí, pues uno de los objetivos de la interpretación de la ley. Es arduo pero sublime. Es sagrado deber al que nos sujetamos. Se nos impone forjar lo que aún no es, pero que necesita empezar a ser ya que la justicia y la armónica convivencia entre los hombres así nos lo exige. Esto será posible si nos esforzamos por conocer profundamente la realidad que pasó, la presente y a la que nos encaminamos.

## CONCEPTO DE INTERPRETACION DE LA LEY

Interpretar la ley significa darle su recto sentido, el sentido que originariamente lo dio el legislador. Y esto se realiza cuando la interpretación viene aplicada al caso concreto. Por esto la interpretación sirve para hacer vivir la ley de la justicia.

La interpretación entonces es una parte del proceso intelectual y jurídico que tiene que realizar el juez, buscar la norma concretamente aplicable a un caso determinado y que lo resuelve.

Una vez que han sido elegidas las normas pertinentes, se debe hacer un estudio analítico de todas ellas para luego integrar el resultado obtenido. Esto ayuda a conocer adecuadamente en sus partes y globalmente lo que la ley ha querido y cual es su sentido, sus alcances y sus límites. Estos pasos ayudará a ubicar las pretensiones de las partes, para admitirlas si se adecúa con el espíritu de la ley o para rechazarlas si repugnan a una sana mente jurídica.

En general las normas pueden aparecer a primera instancia como llenas de luz, pero cuando nos enfrentamos con casos concretos y debemos aplicar aquella ley se nos hace muy complicado y dificultoso lo que impone un serio análisis e investigación.

## SISTEMAS DE INTERPRETACION

Existen dos sistemas de interpretación de la ley. El así llamado reglado, y el sistema no reglado.<sup>4</sup>

El sistema reglado es propugnado por legislaciones que puntualizan un sistema jurídico para la interpretación. Así por ejemplo, en el art. 18 de nuestro Código Civil existen las reglas para la respectiva interpretación. Debemos decir que esto puede constituir una dificultad hasta cierto punto una limitación rígida. En cambio puede ofrecernos una ventaja en cuanto que este sistema reglado puede proporcionarnos el sentido de armonía, de uniformidad.

El sistema no reglado, no considera las disposiciones jurídicas porque no las tiene. Este sistema se rige por la doctrina. Se ofrece con este sistema, mayores facilidades para los juzgadores. No es demasiado rígido, y liberan de aquellas ataduras que esclavizan al juez. Tiene también desventajas como por ejemplo: el llegar a tener criterios dispares, muy subjetivos, y que conduzcan a la extralimitación y abusos. Por otra parte puede presentarse, este sistema, con muchas ventajas una de las cuales puede ser por ejemplo, el ofrecer al juez mayor amplitud para el logro de las aplicaciones a los diversos casos concretos.

## CLASIFICACION DE LA INTERPRETACION

Los tratadistas<sup>5</sup> acostumbran a dividir la interpretación según la fuente de la que ella procede. En este sentido tenemos:

### Doctrinaria

Es la interpretación realizada científicamente, filosóficamente por los diversos tratadistas de Derecho. Es el estudio profundo de los tratadistas, de los estudiosos, quienes con sabias intuiciones llegan a dar conclusiones jurídicas que satisfacen a las exigencias del Derecho encargado de hacer justicia. Consiste en dar el exacto contenido de la ley y esto sirve para evitar el caer en la anarquía. La interpretación doctrinaria no obliga a nadie. Pero su sabiduría siempre es dada por quienes interpretan la ley para darle valor coercitivo.

Esta interpretación doctrinaria tiene inmenso valor científico y sirve para la inspiración para la nuevas creaciones de corrientes jurídicas.

A este propósito podemos decir que los muy conocidos jurisconsultos Gayo, Papiniano, Ulpiano y Modestino gozaron de mucha autoridad hasta el punto de que

---

<sup>4</sup> Cfr. Juan Larrea Holguín H. " Derecho Civil del Ecuador", I ed. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1964, p.222.

<sup>5</sup> Cfr. Enciclopedia Jurídica Omeba, I ed. Buenos Aires, 1902, T. XVI, p. 1054.

los emperadores ordenaron sujetarse a sus opiniones en materia jurídica, pues ofrecieron doctrina sana y sabia para los intereses de la justicia. <sup>5</sup>

### **Auténtica o Legislativa**

Es la interpretación hecha por el Legislador. Lo hace en forma obligatoria.

Al respecto el art. 3 del Código Civil Ecuatoriano dice:

*Solo al Legislador le toca explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que se pronunciaren.*

De lo anotado se deduce que el Poder Legislativo tiene supremacía soberana y por lo tanto sería anormal el que los jueces interpreten la ley en forma diversa o contraria a la ordenada por la ley aclaratoria.

Puede suceder a veces que la interpretación legislativa sea errónea y que viole derechos adquiridos por quienes sujetaron sus actos o contratos a la ley interpretada. Por este motivo podríamos decir que no se debiera aplicar la ley aclaratoria a los casos pendientes en que ya existen derechos adquiridos; o por lo menos, que el legislador debiera dar esas interpretaciones de una ley anterior sólo en casos excepcionalísimos y previa consulta de los tribunales de Justicia. Así se evitaría inseguridades y desconciertos en asuntos privados de carácter jurídico.

Al respecto pensamos que el art. 3 debería ser reformado ya que la Corte Suprema puede interpretar cuando la ley es oscura y puede darle por medio de una resolución.

### **Jurídica**

Es la interpretación realizada por los jueces. Es la más frecuente y se la hace a cada instante. Tiene poder coercitivo, obliga a los justiciados y justiciables, obliga solo al actor y demandado.

La obligación es solamente para el juicio. El juez se atenderá a las reglas clásicas existentes desde el tiempo de los romanos, pero sin absolutizarlas. El legislador debe limitarse a dar ley y no leyes interpretativas que a su vez sean susceptibles de interpretación y de explicación.

Hay que tener en cuenta también que el derecho penal, por ejemplo sigue normas especiales y no podría imponerse penas a un acto no previsto, debiendo proceder por analogía con otras normas que sancionan otro acto semejante. Existen normas que no son mágicas, sino que sirven como orientación al juez.

### **Administrativa**

Es aquel cuyo recto sentido de la ley es dado por los funcionarios de la admi-

nistración. Para que sea obligatoria debe ser solo en lo referente al campo administrativo.

Otra división que los tratadistas acostumbran hacer es según la naturaleza jurídica y en este caso puede ser declarativa, extensiva, restrictiva.

### **Declarativa**

Respecto a un sector de casos la interpretación justa será la interpretación declarativa. Pero la misma norma puede admitir las tres clases de interpretación según los problemas a los que haya que aplicarse.

Por ejemplo, el art. 9: si se juzga un contrato que tiene causa u objeto ilícitos, el juez lo declarará nulo como prohibido que es por la ley, y para ello tendrá que aplicar el art. 9 interpretándolo declarativamente.

No hay que creer que unas normas legales deben interpretarse para siempre en un sentido, y otras en otro, así mismo definitivamente. La clase de interpretación no depende solamente de la norma misma, ni de su obscuridad o claridad en sí; depende también, y en gran extensión, de la clase de cuestión jurídica que va a resolverse por medio de la norma.<sup>6</sup>

Teniendo en cuenta estas consideraciones podemos decir que la interpretación declarativa tiene en cuenta la forma gramatical y que corresponde al pensamiento que tuvo el legislador. Es aquella interpretación que el exégeta da según el valor idiomático, el significado de las palabras, el signo de las palabras.

### **Extensiva**

Es dada por la filosofía de la ley; es el camino para los puntos que no se han comprendido. Tiene función elástica, extensiva. Sirve para otros casos semejantes a los que se extiende la ley en misión de elasticidad. Se extiende como el resorte para unir más cantidad de casos, se trata de cubrir otros casos más. Las leyes civiles pueden ser ejemplo de estas leyes.

Cuando la forma expresa menos de lo que quiso y debió reglarse y es menester ampliar la aplicación de la ley, entonces se da la interpretación extensiva.

El título XIII del libro IV, da normas respecto a la interpretación de los contratos; las disposiciones son claras, pero también se refieren a los contratos. Sin embargo esas mismas disposiciones cabe aplicar a los contratos y a otros actos de voluntad que no son contratos, por ejemplo, el testamento. En este sentido se amplía extensivamente, la esfera de eficacia de normas dadas para un objeto determinado a otro, porque es evidente que las razones para hacerlo, en uno u otro caso son semejantes.

---

\* Cfr. Alfredo Pérez Guerrero, "Fundamentos del Derecho Civil Ecuatoriano", Ed. Casa de la Cultura Ecuatoriana, Quito, 1953, p. 293-299.

El art. 9 se lo aplica extensivamente a requisitos ordenados imperativamente por la ley, aunque no haya expresa prohibición.

### **Restrictiva**

Está en sentido opuesto a la extensiva. Sabemos que la ley no es para todos los casos. Se restringe el contenido de la ley de acuerdo a las circunstancias. Aparentan contener muchos casos, pero no es así. Es sólo para determinados casos, según las circunstancias de la ley, así por ejemplo, las leyes penales: delito de homicidio, 12 años; asesinato, 16 años. Pero hay circunstancias que reducen o agravan como por ejemplo: matar en despoblado, en el silencio de la noche. O se comete inesperadamente tal es el caso de un accidente de tránsito.

Por este motivo las leyes son también restrictivas lo que requiere la evaluación de las circunstancias.

Cuando la forma es demasiado amplia y general y es menester limitar el radio de su aplicación, entonces tenemos la interpretación restrictiva.

El art. 2340 habla de que los padres son siempre responsables de los delitos o cuasi delitos cometidos por sus hijos menores, la norma es demasiado general por comprender aún a los hijos ya emancipados, y evidentemente no fue el pensamiento del legislador el de que en ese caso hubiera responsabilidad por parte del padre; hay en consecuencia que restringir la aplicación de ese artículo al caso de los padres de familia, es decir de aquellos que tienen hijos no emancipados. (art. 259)

En derecho penal siempre que se definen los elementos característicos de una infracción punible, hay que entender aunque no lo diga la norma, que entre esos elementos hay que contarse el dolo y la necesaria inteligencia y libertad porque en nuestro sistema penal no cabe delito sin estos requisitos esenciales.

### **HERMENEUTICA JURIDICA**

Tiene por objeto interpretar la ley de un modo científico. Para que pueda darse esta interpretación es necesario que exista la ley; en caso contrario no puede hablarse de hermenéutica. Los tratadistas didácticamente introducen cuatro elementos: idiomático, lógico, histórico, sistemático. Estos elementos son herramientas para llegar al recto sentido de la ley.

### **Gramatical**

Se interpreta la ley tan solo por el significado de las palabras. Cuando el exégeta se ha valido de solo el significado de las palabras, realiza una interpretación declarativa. Ya el art. 18 CC, nos indica que cuando el sentido de la ley es claro no se desentenderá el valor literal a pretexto de examinar el contenido.

El tenor literal es el significado obvio de las palabras. <sup>7</sup> En el Derecho contemporáneo son palabras técnicas las que se refieren por ejemplo, a economía, a medicina.

Esto exige que se debe entender según el uso general y según el significado que el legislador y los que profesan la ciencia dada, utilizan en sus estudios. Esas palabras técnicas serán entendidas en la interpretación por el significado que tienen en esas materias. Hay que tener en cuenta que una palabra puede tener varios significados. En derecho prevalece el sentido gramatical. <sup>8</sup>

El espíritu de este pensamiento viene ya desde el Derecho Romano. El pensamiento se exterioriza con palabras; si aquel se hace visible claramente en éstas, debe estarse al tenor general de la ley. Lo contrario equivaldría a suponer que el legislador no sabe manifestar sus ideas, no sabe expresarse. Pero esto no podemos pensar en quien está llamado a hacer leyes. Para que el sentido de una ley se estime claro, no basta que la parte consultada, un artículo de ella, esté redactado en términos que no provocan dudas. El sentido de la ley resulta del conjunto de disposiciones y no de una aislada.

Sin embargo la claridad es un concepto muy relativo. Una ley que no provoque dudas al tiempo de promulgarse, puede hacerlas nacer después por diversas circunstancias que enturbian su primitivo sentido. Se dan también leyes que permanecen claras en su sentido abstracto pero al confrontarlas con la realidad se vuelven oscuras. Ihering ya propuso el siguiente ejemplo: supongamos tres amigos A, B y C, paseándose a orillas de un río. <sup>9</sup> De repente A ve en la orilla opuesta asomar un objeto desde el subsuelo; se lo comunica a sus tres amigos; B entonces llama al perro de C y lo envía a buscar el objeto; el animal desentierra éste, lo trae entre los dientes y se lo presenta a su amo, C. La cosa resulta ser una bolsa pequeña con monedas valiosas; se trata de un tesoro. Conforme a la ley supongamos, el tesoro corresponde al primero que lo descubre; el texto es claro, pues todos saben lo que significa "Primero" y "descubrir". Pero preguntamos quién es el descubridor?

Sentido natural y obvio es el que a las palabras da el Diccionario de la Academia Española. <sup>10</sup> Puede suceder que el mismo legislador defina una palabra y le de un sentido diverso al que tiene en el lenguaje corriente. En este caso la palabra se ha de tomar en su significación legal ya que el legislador, según el código, definiéndolo expresamente para ciertas materias, exige en éstas su significado legal.

---

<sup>7</sup> Cfr. Arturo Alessandri Rodríguez, Curso de Derecho Civil, Tomo. I, vol. I, III Edic. Edit. Nascimento, Santiago de Chile, 1961, p. 120.

<sup>8</sup> Cfr. Arturo Alessandri, o.c.p. 133-134.

<sup>9</sup> Cfr. Código Civil Ecuatoriano, 7 ed., Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1982, p.

<sup>10</sup> Cfr. Arturo Alessandri, o.c. p. 134-136.

## Lógico

Se da cuando existe obscuridad de la ley, debido a la complejidad de la materia. Con este elemento se llega a la filosofía de la ley.

Para llegar a la filosofía de la ley hay que aplicar dos procedimientos: ratio legis (razón o esencia de la ley), occasio legis (motivaciones o circunstancias que conllevan su existencia).<sup>11</sup>

Una expresión es obscura cuando no puede entenderse absolutamente o cuando se presta a la ambigüedad siendo ésta la más frecuente. Se puede suscitar debido al vicio de redacción de la ley, o por los modismos del lenguaje.

Se podría caer en el sacrificar el fondo por la forma, si por el solo hecho de existir expresiones ininteligibles o ambiguas, la ley no se aplicara o se aplicara mal. Por sobre esto hay que tener en cuenta el espíritu de la ley.

## Histórico

Mediante el elemento histórico averiguamos el establecimiento de la ley. Cuáles son los motivos justificatorios que fundamentaron; cómo se constituyó. Debemos ir a lo histórico. Por ejemplo, hay que ir a las sesiones del Congreso para inquirir su filosofía. Esto es lo que nos pide en la segunda parte de la primera regla, ir a la historia fidedigna del establecimiento de la ley.

Este contexto histórico servirá para ilustrar el sentido de cada una de las partes de manera que haya entre ellas la debida correspondencia y armonía.

## Sistemático

Se trata de tener en cuenta la ley frente a las otras leyes. La ley auxiliada por las otras leyes. Es el contenido normativo de otras leyes al servicio de la obscuridad de una ley. Se funda en el retroalcanse de una ley para alcanzar el contenido de otras leyes. La obscuridad se da también debido a la complejidad que tiene que regular. Estamos frente al derecho comparado al servicio de la norma obscura, utilizamos leyes extranjeras. Este es el sentido de la regla IV cuando manifiesta que el contexto de la ley servirá para señalar el sentido de sus partes... Se apoya sobre otras particularmente si tratan sobre el mismo asunto.<sup>12</sup>

Hay que tener en cuenta que todas las leyes de un país obedecen en un momen-

---

<sup>11</sup> Cfr. G. Cabanellas, "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Ed. Heliasta, Buenos Aires, T. IV, 1981, p. 476.

<sup>12</sup> Cfr. Arturo Alessandri, o.c. p. 137.

to histórico dado a una misma norma superior que las condiciona, y esa norma puede descubrirse analizando las diversas leyes, sobre todo las que regulan un mismo asunto. Se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural.

No es por demás advertir que el espíritu general de la legislación no puede ser conocido sino después de estudiarla toda, o al menos, aquellas partes que tengan relación con la materia de que se trate. El espíritu general puede girar alrededor de, por ejemplo, dar amplias garantías a los intereses de los menores, facilitar la circulación de los capitales, evitar que los terceros sean perjudicados por actos que no hayan conocido ni debido conocer.

## La equidad

Este término viene del latín “aequitas”, significa proporción, igualdad.<sup>13</sup> Es el sentimiento seguro y espontáneo de lo justo y lo injusto que deriva de la sola naturaleza humana, con prescindencia del derecho positivo. Puede considerarse también como el cuerpo o conjunto de principios extraídos de ese sentimiento universal.

Pablo Scholten prefiere hablar del sentimiento de la justicia. Está presente en todo ser humano; constituye una categoría determinada de nuestra vida espiritual que nos permite distinguir entre lo justo y lo injusto, en la misma forma que distinguimos entre el bien y el mal, lo verdadero y lo falso, lo hermoso y lo feo.

Podemos decir que la equidad es la justicia del caso concreto, pues, busca para éste la justicia adecuada incluso desentendiéndose de la norma general abstracta cuando su aplicación en la especie repugna a la justicia natural. En este sentido se opone al derecho rígido y estrecho. Por esto tradicionalmente se compara la equidad con la regla de Lesbos, delgada, flexible y acomodable a la forma de los objetos que medía, antítesis del legendario lecho de Procusto que atraía a los viandantes para robarles y someterles a suplicios atroces: tendíalos sobre un lecho de hierro y si sus piernas excedían los límites del mismo, cortaba de un hachazo la porción sobrante; si, por el contrario, las piernas resultaban más cortas, las estiraba hasta que dieran la longitud del lecho macabro.<sup>14</sup> La equidad no es solo un elemento de la interpretación o hermenéutica legal; también suple a la ley como norma jurídica cuando la misma ley se remite a ella.

La equidad es pues, el sentimiento de lo justo, saber dar el sentido de las proporciones. Cuando no hay ley, los jueces tendrán que hacer justicia aplicando la equidad natural. Cuando no hay ley hay que aplicar la equidad natural, también cuando está obscuro.

El art. 18, en la VII regla dice que a falta de ley se aplicará casos análogos.

<sup>13</sup> Cfr. Scholten, “Traité de Droit Civil Neerlandais”, Partie Generale, Traduit par BIE!, Wielenga, Paris-Zwoelle, 1954, No. 27, p. 173.

<sup>14</sup> Cfr. Arturo Alessandri, o.c. p. 137-139.

La regla 5 nos dice que lo odioso no se tomará para aplicar la interpretación. No hay que dejarse llevar de un contenido frío. La ley es una normatividad positiva para el bien social. Por lo tanto la odiosidad depende del sujeto que lo interpreta. Así por ejemplo, para el empresario la ley puede ser odiosa, pues no ha pagado a los trabajadores desde hace muchos años.

Odia restringi te favores convenit ampliari. Así razonaban los antiguos.

Las legislaciones contemporáneas tienden a expresarse en fórmulas amplias, elásticas, susceptibles de ulterior desenvolvimiento y adaptación a las nuevas y cambiantes circunstancias del devenir social. Por esto el juez resulta más libre para interpretar la ley. No se preocupan de establecer reglas de interpretación, dejando este trabajo a la doctrina o se limitan a imponer, en forma esquemática, dos o tres normas básicas. En el Ecuador las decisiones de los tribunales, generalmente son recogidas y conservadas en revistas especiales como por ejemplo, La Gaceta Judicial.<sup>15</sup>

## REGLAS PRACTICAS DE INTERPRETACION

Existen una serie de aforismos jurídicos, formados en la práctica del foro universal y que a menudo emplean la doctrina y la jurisprudencia. Se los cita generalmente en las fórmulas latinas que los antiguos juristas les dieron. Tengamos presente que ninguno de ellos tienen valor absoluto y exclusivo.

a. Argumento de analogía o “a pari”: Donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición. La analogía consiste en resolver conforme a las leyes que rigen casos semejantes o análogos uno no previsto por la ley en su letra o en su espíritu. Es un proceso de integración del derecho, con ella se agrega a éste soluciones que no ha formulado. La analogía puede desempeñar, pues, doble función.

Por este motivo la analogía sería el procedimiento en virtud del cual se resuelven conforme a leyes que rigen casos semejantes o análogos uno no previsto por la ley en su letra ni en su espíritu, o uno previsto pero cuya ley aplicable no tiene sentido claro a su respecto.

Existe diferencia entre analogía e interpretación extensiva. La primera busca la solución del caso concreto en otras normas, sea porque ésta no las tenga, sea porque la que tiene no presenta un sentido claro e indubitable a su respecto. La extensiva en cambio, halla la solución del caso en su norma propia que se ve en su espíritu.<sup>16</sup>

b. Argumento de contradicción, “a contrario sensu”. Parte de la voluntad expresada en el caso previsto por el legislador para suponerle en todos los otros casos una voluntad contraria. Ordinariamente se formula: “incluida una cosa se en-

---

<sup>15</sup> Cfr. Arturo Alessandri, o.c. p. 139-141.

<sup>16</sup> Cfr. Arturo Alessandri, o.c. p. 145-147.

tiende excluidas las demás”, “quien dice de uno niega de los otros”. Puede ser este argumento peligroso o falso. El silencio del legislador por sí solo nada prueba. Si la ley es una declaración de voluntad, es necesario que el legislador haya hablado para que se pueda decir que quiere alguna cosa.

c. Argumento “a fortiori”: se extiende la disposición de la ley a un caso no previsto por ella, pero en el cual ocurren razones más poderosas para aplicarla. Estas serían las fórmulas: “quien puede lo más puede lo menos” (a minore ad minus); “al que le está prohibido lo menos, con mayor razón le está prohibido lo más” (a minori ad minus).

d. Argumento de no distinción: ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus, donde la ley no distingue, tampoco nosotros debemos distinguir.

e. El absurdo: hay que rechazar toda interpretación que conduzca al absurdo, esto es, cualquiera conclusión contraria a la lógica.<sup>17</sup>

El artículo 19, que puede ser una regla del art. 18, tiene un campo trascendente. Nos indica que cuando haya obscuridad o falta de ley se deberá consultar a la Corte Suprema. El legislador piensa que si no existiera legislación al respecto, habría promiscuidad y fallos contradictorios, pues, se corre el riesgo de integrar cuando no es necesario interpretarla contradictoriamente. Para estos casos es importante la intervención del poder competente, la Corte Suprema pide una ley para estos casos.<sup>18</sup>

Así por ejemplo, en el Ecuador sucedió que en el mes de diciembre se pidió el informe de los juicios realizados durante el año. La Corte Superior del distrito envía dicho material a la Corte Suprema de Justicia. Así puede conocer el legislativo los informes dados por los informes del Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Estos fallos los podemos encontrar en las Gacetas Judiciales en las que se encuentran las resoluciones de las comisiones de juristas de la Corte Suprema.

## LAS NORMAS DEL ART. 18

Art. 18. Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por obscuridad o falta de ley. En tales casos juzgarán atendiendo a las reglas siguientes:

I. Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu claramente manifestado en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento.

---

<sup>17</sup> Cfr. Arturo Alessandri, o.c. p. 147-148.

<sup>18</sup> Cfr. Salleilles, “Ecole historique et Droit naturel d’après quelques ouvrages récentes”, en Revue Timestrielle de Droit Civil”, I, 1902, p. 80 y siguientes.

II. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.

III. Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso.

IV. El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto.<sup>19</sup>

V. Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes.

VI. En los casos en que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural.

VII. A falta de ley se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del Derecho Universal.<sup>20</sup>

## UN CASO PRACTICO SOBRE HERMENEUTICA JURIDICA

Se trata de un Proyecto de Decreto Legislativo que versa sobre la autonomía económica de las municipalidades. Dicho proyecto es objetado por el Ejecutivo apoyándose en una interpretación que realiza sobre el art. 108 de la Carta Fundamental.<sup>21</sup>

### Argumentos del Ejecutivo

El Consejo de Estado piensa que hay que llegar a través del análisis a descubrir las intenciones del legislador. Hay que reconocer que existen vacíos en la Constitución, por este motivo hay que interpretar él art. 108.

Si bien existen posibilidades para que las cámaras puedan sesionar separadamente. Por otra parte tenemos frases prohibitivas y que coinciden con la historia de la ley. A este propósito se acude a la interpretación gramatical de la palabra Congreso. Y luego se llega a la conclusión de que el Ejecutivo tiene facultad para con-

---

<sup>19</sup> Cfr. Alfredo Pérez Guerrero, "Fundamentos del Derecho Civil Ecuatoriano", Ed. Casa de la Cultura Ecuatoriana, Quito, 1953, p. 310-318.

<sup>20</sup> Cfr. Alfredo Pérez Guerrero, o.c. p. 321-332.

<sup>21</sup> Cfr. Sesión del Consejo de Estado, acta N. 158 en G.J. serie V Nros. 32 y 33, 22 de noviembre de 1930, p. 798.

vocar a Congreso Extraordinario según el art. 21 de la Constitución.

Existe una preocupación por esclarecer el interrogante: "con este solo objeto", se refiere también a las cámaras separadas? Se pregunta a qué Congreso se refiere o al Congreso en pleno o al en Cámaras. Si se acepta que cada una de las cámaras pueda funcionar para calificar a un miembro, se rompería el principio, se caería en el subjetivismo y se haría una nueva legislación.

Hay que atender al contenido de la disposición para ser objetivos en la interpretación. Si es el caso habría que reformar las leyes de la misión Kemmerer.

La ley de autonomía de los municipios que actualmente está conociendo el Consejo tiene un trámite y por eso tiene carácter inconstitucional.

Hay que preferir el sentido que conduce a la realización de ese objeto propuesto por el legislador, en ese caso se asegura que el Estado no quede sin presupuesto que es el asunto de fondo de toda discusión.

Dado que dicho proyecto se ha realizado después del 9 de octubre, aquel es inconstitucional. El Presidente Isidro Ayora se adhirió a la inconstitucionalidad del Proyecto.

### **Argumentos del Presidente de la Corte Suprema**

Se pregunta si el Presidente pudo objetar. Es necesario analizar el concepto filológico y científico. En caso de que sea inconstitucional, el Presidente puede objetarlo según el art. 161 de la Constitución.

Pero se da el caso que ningún precepto se ha violado ya que el art. 108 es dudoso y pide interpretación y en este caso no existe ley violada. Por lo tanto no hay oposición.

Hay que recordar que la ley niega la no facultad del Congreso para funcionar separadamente y ejercer las atribuciones según el art. 48 de la Constitución. En este caso la objeción del Ejecutivo es inconstitucional según el art. 161.

El Ejecutivo no debió hacer la declaratoria. En efecto: envuelve violación de los derechos de la legislatura según el art. 110 de la Constitución. El art. 117 no le concede facultades al Ejecutivo de interpretar la ley. El art. 48 dice que corresponde al Congreso interpretar la Constitución de un modo generalmente obligatorio.

### **Vista Fiscal**

A tenor del art. 163 se tiene que solo el Congreso tiene la facultad de interpretar la Constitución. Solo al Congreso le incumbe el declarar si un decreto es o no inconstitucional. Por lo tanto, no convenía enviar a la Corte Suprema, pues, no tiene competencia para declarar la interpretación.

## Resolución

No obsta, según el art. 163 de la Constitución a que los otros poderes puedan interpretarla respecto de las cuestiones concretas que les fueron sometidas. El término Congreso puede traducirse solamente por Cuerpo Legislativo que actúa en pleno.

No se puede imponer restricciones a quien no tiene facultad para ejercerlas. El contexto de la ley sirve para ilustrar cada una de sus partes.

## En Síntesis

En la objeción por inconstitucional, del Poder Ejecutivo al Proyecto de Ley expedido por el Congreso, sobre aumentos de rentas de los Municipios para establecer su autonomía económica, se resuelve: 1. Que realizados los hechos previstos en el art. 67 de la Constitución Política, la Corte Suprema tiene jurisdicción para emitir el correspondiente dictamen sobre inconstitucionalidad; 2. Que así el Consejo de Estado como el Poder Ejecutivo, pueden interpretar la Constitución para aplicarla al asunto particular que les sea sometido; 3. Que la interpretación del Congreso, produce el resultado de ser generalmente obligatoria y se ejercita en forma de ley que ha de ser acatada por todos y en todos los casos; mientras que la interpretación de los otros poderes del Estado se limitan al punto particular materia de la resolución y es obligatoria solamente en el asunto que la ha motivado; 4. Que este modo peculiar de interpretar la Constitución por los otros poderes no implica usurpación de las facultades privativas del poder Legislativo ni ataca a la interdependencia de este poder; pues, se fundamenta en las prescripciones de la misma carta política, Ley suprema y norma de acción de todos los poderes del Estado; 5. Que el término "Congreso", en el inciso segundo del art. 108, solo puede traducirse por cuerpo legislativo que actúa en Pleno por estas razones: A virtud de la regla sentada en el art. 51, es atribución privativa de las cámaras reunidas en Congreso la expedición del Presupuesto nacional, por lo que la restricción del referido inciso segundo, se refiere únicamente al funcionamiento de la Legislatura cuando debe hacerlo en cámaras reunidas. Por la regla del inciso primero del número 4 del art. 18 del Código Civil, según la cual el contexto de la ley sirve para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía; no es concebible que, mientras la prudencia del Legislador Constituyente agotaba los medios de previsión a fin de que se expidiese indefectiblemente el Presupuesto, el mismo Legislador imposibilitara, o dificultara de otro modo, el cumplimiento de sus ordenaciones, estorbando el acopio de los elementos necesarios para la formación del Presupuesto, mediante leyes especiales que, conforme al sistema de nuestra Carta Política, deben dictarse por el Congreso dividido en Cáma-

ras; 6. Que en consecuencia el Proyecto de Ley que aumenta las rentas de los Municipios para establecer su autonomía económica, no es inconstitucional, por haber el Congreso tratado de él después del 9 de octubre de este año.<sup>22</sup>

## MI CRITERIO JURIDICO SOBRE ESTE APORTE

Hemos intentado acercarnos al dinamismo de la norma jurídica. Estamos conscientes que el mundo cambia y por lo mismo exige soluciones nuevas a nuevos problemas. ¿Cómo dar respuestas jurídicas al planteamiento de cada día? He aquí el aspecto positivo de nuestro pequeño trabajo.

A lo largo de nuestra reflexión hemos podido ponernos en contacto con los grandes inventos que el pensamiento jurídico ha logrado para no negar la posibilidad de aplicar el derecho a las nuevas realidades.

Hemos llegado a la conclusión de que la ley es solo un pulsor, un camino para llegar a lo que realmente es la justicia.

El Legislador no es un todopoderoso que logra entronizar para siempre todas las exigencias de todos los tiempos de cuyo pedestal no es permitido jamás bajarlas. El mito de los juristas intocables, la superstición de la fría ley desconocedora de las exigencias particulares, tal vez ha pasado de moda.

La hermenéutica jurídica nos ha enseñado que no es suficiente el concepto lógico, tampoco aquella cadena deductiva privada de toda ética. La justicia hay que hacerla pero con abundante luz de equidad cristiana.

---

<sup>22</sup> Cfr. Alfredo Pérez Guerrero, "Fundamentos del Derecho Civil Ecuatoriano" Casa de la Cultura Ecuatoriana, Quito, 1953, p. 133-134.



# El Derecho en la Sociedad Salvaje

Benjamín Pineda Cordero

**E**ntendemos como sociedad “salvaje” a las sociedades primitivas o sociedades sin Estado y creemos que todas las ahora llamadas sociedades civilizadas tuvieron un primer momento en el que todavía no se habían organizado las instituciones estatales que son las que -según la antropología moderna- ponen en una sociedad la diferencia entre sociedades “salvajes” o sin Estado de las que no lo poseen puesto que no se han complejizado las relaciones de producción que lo posibilitan y que, por tanto, poseen un conjunto de normas e instituciones concretas que las califican como “civilizadas”. Por otro lado, el hablar de “salvajes” o de “sociedad salvaje” implica necesariamente una actitud etnocentrista, esto es, pretender que la cultura desde la cual se hace el estudio de otra es principal, más importante, o jerárquicamente superior y si bien es cierto que existen marcadas diferencias entre una y otra, nunca se podrá afirmar que la una es mejor que la otra o que una de ellas constituye el centro del universo; en la práctica el etnocentrismo de la sociedad con Estado se traduce en etnocidio, entendiendo con este término la destrucción sistemática de los modos de vida y de pensamiento de un grupo humano, la destrucción de la cultura, la muerte del espíritu de un pueblo, a diferencia del genocidio que vendría a ser la muerte de sus cuerpos.

Los pocos trabajos antropológicos que estudian el sistema normativo de los pobladores de estas “sociedades salvajes” se ven seriamente limitados ante el hecho de que éstas se encuentran en su mayoría colonizadas -y por tanto inmersas en un proceso de aculturización, fruto del etnocentrismo reinante- y los relatos sobre proce-

dimientos judiciales tribales son parciales o hacen referencia al pasado. “Los poderes “colonizadores” han suprimido las formas indígenas de autodefensa y han hecho innecesaria una total dependencia de la presión de la “opinión pública” y lazos entrecruzados para conseguir el acuerdo, por medio de sistemas establecidos de autoridad organizada, incluido su poder dominador”<sup>1</sup>. Otra seria limitación de una investigación antropológica al respecto, es la imposibilidad que señala Lucy Mair de que se intente describir la totalidad de reglas propias de estas sociedades pues esto resultaría sumamente largo. Los antropólogos no han profundizado el estudio del poder de legislar, administrar y sobre la misma ley; en general se ha descuidado el procedimiento seguido por la sociedad tribal, lo cual es motivo de sorpresas para uno de los pocos antropólogos con formación jurídica y con interés sobre el fenómeno de la Ley, nos referimos como es evidente a Max Gluckman quien cree que esto se debe a un problema general de todas las ciencias sociales que de alguna manera tienden a despreciar lo referente al mundo jurídico y sobre todo a las causas e influencias del proceso legislativo y administrativo.

Según sostienen algunos antropólogos, el “salvaje” tiene una profunda reverencia por la tradición y las costumbres, acepta la ley de la costumbre y la ley de la tradición como una cosa corriente, plegando completamente y de manera tácita a la forma -no deliberada sino más bien intuitiva- en que se regula su vida social, atravesada por un sentimiento de grupo tan fuerte que -a decir de Rivers- hace innecesaria cualquier organización social concreta para el ejercicio de la autoridad. Esta idea de que el nativo es tan esclavo de la costumbre que no tiene necesidad alguna de instituciones coactivas es desechada por Malinowski para quien esto no es así, sino que se obedece la costumbre por el detallado y elaborado funcionamiento de un sistema en el cual cada acto tiene su propio lugar y se debe ejecutar sin falta, “... En su libro “Crime and Custom in Savage Society” (1926) habrá comenzado a echar por tierra teorías contrarias de que el hombre primitivo carecía del sentido de la ley o de que se regía por la ley como un autómatas, mostrando que estos intercambios y regalos llegaban a los nativos entre sí en un sistema de obligaciones recíprocas”<sup>2</sup>

Más allá del salvaje como la criatura libre y despreocupada de Rousseau, creemos que la vida del mismo se desarrolla dentro de un complejo marco de costumbre, tradiciones y tabús que de hecho limitan su actividad y le imponen obligaciones ineludibles.

Malinowski señala que para un adecuado y verdadero análisis de una costumbre de un pueblo primitivo “el único procedimiento correcto es el de descubrir el estado de cosas jurídico a base de hechos concretos”<sup>3</sup>. Y utiliza el ejemplo de las relaciones

---

<sup>1</sup> Gluckman, Max, *Política, Derecho y Ritual en la Sociedad Tribal*, Madrid, Akal Editor, 1978, p.208

<sup>2</sup> Gluckman, Max, *Idem.*, p.47

<sup>3</sup> Malinowski, Bronislaw, *Crímen y Costumbre en la sociedad salvaje*, Barcelona, Editorial Ariel, 1982, p.33

de los nativos melanesios respecto de la canoa que usan para las necesarias faenas de pesca, donde existe un jefe de grupo que es al tiempo una especie de mago-pescador, cada uno de los demás miembros de la tripulación tiene un lugar determinado en la canoa y se establece una relación en la que se da una suma de servicios mutuos, beneficios, privilegios, derechos y deberes que es precisamente lo que cohesionan a los asociados entre sí.

**1. SOCIEDAD PRIMITIVA Y CONCEPTO DE LEY.** La cuestión del concepto de la Ley en la investigación antropológica es de gran importancia puesto que de la amplitud o estrechez del concepto dependería el establecer si una sociedad dada tiene o no tiene Ley. Hemos afirmado ya que no existe ninguna sociedad que carezca de un cierto número de normas. Sin embargo, si afirmamos que no hay sociedades sin ley, nos apartamos del concepto jurídico, de carácter estricto, el cual determina la existencia previa de un determinado número de instituciones, que serían los únicos organismos capaces de dictar o reformar una Ley, y esto mediante un cierto mecanismo o procedimiento particular, a más de que habría que diferenciar los conceptos jurídicos de norma, Ley, reglamento, etc., cuestión que hemos de prescindir puesto que de seguir este concepto resultaría que la sociedad primitiva sería una sociedad sin Ley, bárbara, salvaje, etc.

Existen otras conceptualizaciones bajo las cuales muchas sociedades primitivas se considerarían sin Ley, por ejemplo si se dice que ésta ha de emanar de autoridad superior ya que hay comunidades tribales que carecen en absoluto de una autoridad y tampoco la tendrían si se dice que ha de ser estatuida por una autoridad superior “ya que, con muy escasas excepciones, los gobernantes de las sociedades prealfabetas no promulgan leyes. Dan órdenes: “ve y recauda tributos”, “envía el ejército contra el enemigo del norte”, “dad muerte a este hombre”, pero no establecen reglas para guiar las relaciones sociales, diciendo, por ejemplo, lo que estaba permitido ayer estará prohibido mañana”, o que deben cambiarse los procedimientos para dar legalidad a un matrimonio, o las líneas por las que se trasmite la herencia”<sup>(3)</sup>. Tampoco cabe hacer una definición que haga referencia a una costumbre impuesta por un tribunal pues se encuentran sociedades donde, si bien la costumbre es generalmente tenida como Ley, esta no requiere la sanción de un tribunal para ser reconocida como tal.

La antropóloga Lucy Mair ensaya una definición amplia de Ley, para ella Ley y derecho son sinónimos: “la totalidad del proceso mediante el cual se reconoce el carácter vinculante de la regla y se mantiene y hace valer ésta, sin excluir los motivos y valores que influyen en los jueces y la multiplicidad de fuerzas sociales que impiden que la mayoría de la gente llegue siquiera ante un juez... la ley (el derecho) existe allí donde la gente está de acuerdo en que determinadas acciones lesionan los derechos de otros, y que los daños o lesiones pueden repararse...”<sup>4</sup>. Esta definición

---

<sup>4</sup> Mair, Lucy, *Introducción a la Antropología Social*, Madrid, alianza Editorial, 1981, p. 141.

si bien es amplia tiene el defecto de confundir absolutamente lo que es derecho de lo que es la Ley, nosotros nos remitiremos al concepto de Malinowski, rescatado por Gluckman de Crimen y Costumbre en la sociedad salvaje “la ley es un cuerpo de obligaciones que comprometen, consideradas como un derecho por una parte y reconocidas como un deber por la otra”.<sup>5</sup>

Existen conceptos mucho más amplios, incluso hemos encontrado uno que abarca la venganza privada, la cual forma de hecho parte de la legalidad del sistema jurídico de la sociedad primitiva: “Una regla social tiene carácter legal cuando su incumplimiento o infracción lleva consigo por lo regular, en amenaza o en hecho, la aplicación de la fuerza física por un individuo o grupo de individuos que poseen el privilegio socialmente reconocido de actuar de tal modo”.<sup>6</sup>

En verdad hemos de decir que solamente tomando en cuenta estas definiciones amplias podemos aceptar algo que en estricto sentido jurídico no existe en la sociedad primitiva: la Ley.

**2. CLASIFICACION DE NORMAS.** Bronislaw Malinowski hace un intento de clasificación de las normas y costumbres primitivas, hablándonos en primer lugar de ciertas obligaciones económicas o que son propias de la producción y distribución del producto y de su excedente, retomando el ejemplo de la canoa melanesia, cuando los pescadores llegan a la playa con su producto, se encuentran con un grupo de habitantes de tierra adentro que los esperan, con el fin de realizar un trueque -llamado kula y que implica una ceremonia particular- entre el pescado y las legumbres que los otros han traído del interior, donde se puede observar un sistema de obligaciones mutuas por el cual, ninguna de las partes puede rechazar el trueque; esta reciprocidad, que es un factor esencial en las relaciones económicas de las sociedades primitivas y en la comprensión de su funcionamiento efectivo, es respetada entre otros factores debido a que culturalmente, los nativos gustan mucho del trueque, de las formalidades que lo revisten y del ceremonial que para ellos significa, por otro lado, es propio de su carácter la vanidad y la ambición personal que sienten el momento de la exhibición de los productos, siendo la distribución de excedentes una suerte de generosidad y una forma de sobresalir entre los demás, en fin, una manifestación de poder que confiere cierto estatus. Es a través de sus estudios sobre el kula como llega a la concepción del hecho social total, que es reconocida como su principal aporte no sólo a la antropología sino a todas las ciencias sociales y al conocimiento humano y que consiste en “demostrar de manera palpable, que los hechos sociales no tienen sentido más que partiendo de su posición en el interior de una totalidad que corresponde al conjunto de las instituciones de una sociedad determina-

---

<sup>5</sup> Mair, Lucy, *Idem.*, p.142.

<sup>6</sup> Gluckman, Max, *Idem.*, p.218.

da<sup>7</sup>. Existen, además, otro tipo de reglas en la sociedad primitiva, reglas que tienen un carácter religioso y que a veces tienen que ver con las de carácter económico. Manilowski toma el ejemplo del rito de duelo por difuntos, donde aparte del contenido religioso del mismo, se observan ciertas obligaciones económicas, teniendo la viuda el deber de demostrar su dolor a los miembros del clan del marido, de manera incluso estrepitosa, encontrando reciprocidad mediante el pago considerable y espaciado por sus lágrimas. En general estas reglas se obedecen porque pertenecen a cosas sagradas, mágicas, por la fuerte convicción de que, al ser sobrenaturales su desobediencia traería también un castigo sobrenatural y es este miedo psicológico el que los conmina a obedecer.

Las obligaciones matrimoniales tienen un carácter especial en la vida de las sociedades primitivas. Por lo general el matrimonio no sólo establece obligaciones entre la pareja sino que -debido a lazos particulares de parentesco- es el hermano de la mujer quien carga con la mayor parte de las responsabilidades, una mujer debe estar bajo la protección y tutela de un hombre que es uno de sus hermanos o el pariente materno más próximo, ella se encuentra obligada a obedecerle y respetarle y él a ocuparse de su bienestar incluso cuando ésta se ha casado, siendo además el hermano quien funge como padre de sus sobrinos; y es esto mismo lo que sucede con sus propios hijos, es decir, que su cuñado los ha de cuidar al igual que a su esposa. Observamos nuevamente la importancia que tiene el principio de reciprocidad que se encuentra presente en las relaciones de los miembros de una sociedad primitiva.

Existe otro tipo de reglas que no son precisamente económicas, religiosas o familiares y son las que se refieren a juegos, diversiones, deportes y festividades no religiosas, las mismas que son obedecidas por la sencilla razón de que si no lo hacen, el juego se hecha a perder.

Siendo las reglas jurídicas las que están consideradas como obligaciones de una persona y derechos de otra, encontramos que, en la sociedad primitiva, el crimen sería el único problema legal, esto es, que el conflicto se da cuando una de las normas ha sido violada, lo cual es lógico pues el derecho no existe como tal, no hay un sistema especial o una institución donde se ventilen los conflictos ni una codificación donde se prevea su incumplimiento sino que sería el resultado específico del proceso por el que se configuran obligaciones y derechos, es más un aspecto de la estructura tribal que un sistema independiente y socialmente completo por sí, tendiendo que la "legislación" giraría alrededor del tabú, resultando en una serie de prohibiciones. "El "derecho civil", la ley positiva que gobierna todas las fases de la vida de la tribu, consiste, por lo tanto, en un cuerpo de obligaciones forzosas consideradas como justas por unos y reconocidas como un deber por los otros, cuyo cumplimiento se asegura por un mecanismo específico de reciprocidad y publicidad inherentes a la estructura

---

<sup>7</sup> Mair, Lucy, *Idem.*, p.48.

de la sociedad, estas reglas del derecho civil son elásticas y poseen una cierta laxitud. No sólo castigan el incumplimiento, sino que premian a los que cumplen con esplendidez. La rigurosidad en su cumplimiento se asegura por la apreciación racional de la causa y efecto por parte del nativo, combinada con cierto número de sentimientos sociales y personales tales como ambición, vanidad, orgullo, deseo de destacarse por la exhibición y también por el cariño, amistad, devoción y lealtad del allegado".<sup>8</sup>

El autor, al concluir su clasificación de las reglas y normas que rigen la vida en la sociedad primitiva recalca la dificultad de tomarla con rigor puesto que al estar casi todos los actos del nativo atravesados por un carácter mágico-religioso resulta complejo separar estos elementos del acto y recalca que las reglas de derecho no son otra cosa que una bien definida categoría que conforma el conjunto total de costumbres sociales.

**3. DERECHO DE PROPIEDAD.** No podemos afirmar, en honor a la verdad y a la razón, como lo hacen tan gratuitamente los marxistas, el hecho de que en la sociedad primitiva se vivía un comunismo primitivo, un paraíso terrenal ahora perdido; la propiedad primitiva existía efectivamente como una situación diversa del comunismo y diversa también del individualismo, existiendo más bien, de forma paralela, formas de propiedad individual y colectiva, respecto del bien específico y de acuerdo con su uso. Los que gusten de apreciar como la realidad ha de ser encuadrada en el molde de un dogma marxista, verticalmente, pueden remitirse por ejemplo, a la pirámide: Engels en el origen de la Familia la Propiedad Privada y el Estado, Godelier en las Sociedades Primitivas y el nacimiento de las sociedades de clases según Marx y Engels y terminar, un tanto aburrido pero terminar al fin con la economía de la sociedad "primitiva" ecuatoriana de Leonardo Mejía, en Ecuador: pasado y presente. "Los conceptos de propiedad primitiva no pueden ser definidos ni como comunismo de grupo ni como derechos de posesión individual exclusiva, sino que han de serlo en términos de derechos múltiples de grupos y de individuos"<sup>9</sup>. Es precisamente Malinowski quien habría de aclarar definitivamente el problema de la propiedad en la sociedad primitiva, con lo cual, según afirma y con razón el antropólogo Michel Panoff, se da al traste con "dos prejuicios simétricos e inversos cuyo influjo se hace notar tanto en sociología como en economía política y cuyo origen se remonta a un evolucionismo ingenuo. Se trata del postulado del "comunismo primitivo" considerado necesariamente como el destino de todos los pueblos no civilizados y, por otra parte, de la creencia según la cual el "Primitivo" sería al contrario, el más codicioso y más celosamente posesivo de todos los seres humanos"<sup>10</sup>. Al respecto,

---

<sup>8</sup> Gluckman, Max, *Idem.*, p.48.

<sup>9</sup> Malinowski, Bronislaw, *Idem.*, p. 73-74.

<sup>10</sup> Varios Autores, *Hombre y Cultura: La obra de Bronislaw Malinowski*, Madrid, Siglo Veintiuno, 1974, p.228.

Max Gluckman nos llama la atención sobre un hecho real y es que el derecho de la sociedad primitiva se preocupa más de las obligaciones que se deben entre las personas que de los derechos que éstas tengan sobre los bienes, así, “puesto que los bienes son relativamente escasos, los más importantes derechos de propiedad de que goza un hombre o una mujer consisten en demandas sobre otras personas en virtud del control sobre la tierra y los bienes muebles”<sup>11</sup>. Existe una especial concepción de la propiedad entre los miembros de una sociedad primitiva, por una razón muy sencilla: no existiendo una gran cantidad de bienes y siendo los pocos que existen más o menos de igual calidad, es claro que la relación entre los individuos de una sociedad así, con los bienes, ha de ser muy distinta de la que tenemos nosotros, sin embargo esa distinta concepción sobre los derechos de propiedad no solamente está dada por las características de los bienes sino básicamente por la diversa concepción frente al congénere, la tribu, el mundo y el universo.

En nuestra sociedad se adquiere prestigio de acuerdo a la calidad y cantidad de los bienes que se han acumulado mientras que en muchas de las sociedades primitivas el habitante que ha logrado acumular más, obtiene prestigio cuando distribuye gratuitamente entre los demás lo que tiene en exceso y a nadie se le ocurre acumular bienes sino para este fin.

Es interesante en este punto observar el valor ritual de las riquezas que se encuentra presente en la sociedad tribal, lo cual queda bien ejemplificado con la institución llamada Kula, que no es sino un sistema de trueque de carácter no comercial en el que se cambian joyas y objetos de valor, los mismos que van circulando por las islas de las diversas tribus, pudiendo demorar diez años en volver a manos de la misma persona. El intercambio se da bajo reglas muy estrictas y constituye una verdadera ceremonia.

**4. DERECHO Y CONTROL SOCIAL.** Sin duda el Derecho constituye uno de los pilares en los que se asienta lo que los sociólogos conocen con el nombre de “Control Social”; este control social estaría dado por la pedagogía, la religión, el derecho y la moral, básicamente; se trata de los medios y métodos para que los individuos miembros de una sociedad sepan cuales son sus derechos y sus deberes, hasta donde llegan y qué les sucedería en caso de incumplimiento.

En la sociedad primitiva existen mecanismos de control social, en los individuos que la forman existe una creencia básica de que de la rectitud de los actos depende el bienestar individual y colectivo y viceversa, que de un acto incorrecto individual se deriva una consecuencia perjudicial, para ellos no hay distinción alguna entre ley moral y ley natural. Según los antropólogos, este control social de carácter místico estaría dado en base a las relaciones de parentesco, que reproducirían las costumbres y leyes haciendo las veces de escuela, Iglesia y Estado, en cuanto a la trans-

---

<sup>11</sup> Panoff, Michel, *Idem.*, p. 45.

misión de las mismas; llegando a obtener una concepción del universo como un orden moral en el que la ley de compensación es total.

Es claro que si no se acataran las normas, sobrevendría un estado de inseguridad que llevaría a la disolución de la sociedad tal y como la conocemos ahora; de hecho, sin este control social no se garantiza la continuidad y estabilidad de la comunidad, que es, entonces, la finalidad de la existencia del control social. Esto es válido tanto para una sociedad primitiva como para una compleja sociedad industrializada, sin embargo este control social debe ser lo más débil posible, de lo contrario se concretaría la antiutopía visualizada por George Orwell en "1984" o la de Aldous Huxley en "Un Mundo Feliz" o, la de Wladimir Nabokov en "El Ojo", aunque no es necesario traer a la mente novelas de anticipación pues conocemos bien los excesos que se dan cuando se implantan férreos mecanismos de control social, llámense estos experimentos facismo a lo Hitler o a lo Stalin, da igual si se lo hace a nombre de la hegemonía de una pretendida raza superior o la de una pretendida clase representada. Estos mecanismos de control social se encuentran presentes, y no resulta muy difícil desentrañar su origen y su mecanismo, en nuestra sociedad occidental, sea desarrollada o sea tercermundista, a través de instituciones como la prisión, como nos hace ver Foucault, ejerciendo como una gran máquina el papel asignado en el moldeamiento, transformación, observación, enmarcación, esquematización, estigmatización, clasificación del individuo. En esta misma corriente de pensamiento se alinea Pierre Joseph Proudon cuando dice: "Ser gobernado es ser vigilado, espiado, dirigido, legislado, reglamentado, encerrado, adoctrinado, predicado, controlado, estimado, apreciado, censurado, mandado por unos seres que no poseen ni el título, ni la ciencia, ni la virtud... Ser gobernado es ser, a cada operación, a cada transacción, a cada movimiento, anotado, registrado, empadronado, tarifado, sellado, medido, acotado, impedido, reformado, enderezado y corregido. Es, bajo pretexto de utilidad pública, y en nombre de interés general, ser puesto a contribución, ejercido, despojado, explotado, monopolizado, depredado, exprimido, engañado, robado; luego a la menor resistencia, a la primera palabra de protesta, reprimido, multado, vilipendiado, vejado, perseguido, regañado, molido a golpes, desarmado, agarrotado, apriisionado, fusilado, ametrallado, juzgado, condenado, deportado, sacrificado, vendido, traicionado, y para colmo, burlado, engañado, ultrajado, deshonrado..."<sup>12</sup>

**5. OBEDIENCIA DE LA LEY.** Hemos visto ya la forma determinante en que influye el control social para el respeto del orden social. En este punto veremos cuales son los mecanismos específicos que funcionan en la sociedad primitiva para que la Ley sea obedecida, para ello nos remitiremos al precursor de la etnología, Malinowski; pues es suyo el mérito de descubrir cuales son esos mecanismos. Para él, mucho más importante que el temor al castigo de la divinidad en el respeto a la Ley,

---

<sup>12</sup> Joll, James, Los anarquistas, Barcelona, Editorial Grijalbo, 1978, p.70.

o que un cierto automatismo frente a las normas creado por la educación -tesis defendida por los antropólogos Hartland y Lowie- o aún más importante que la presencia de un representante de la Ley dispuesto a castigar al infractor, peor aún ante la rigurosidad del castigo -Mac Iver, por su parte, escribía también que la observancia de la costumbre entre los pueblos primitivos "está asegurada por sanciones rigurosas; los terribles poderes de un universo mal conocido acechan celosamente cualquier violación. Cuando la comunidad castiga al que ha incurrido en falta contra la costumbre, frecuentemente lo hace para anticiparse a la ciega intervención de esos tremendos guardianes de la costumbre social. Los actos que están prohibidos son incluso más numerosos que los que están prescritos y el tabú es el correlato invariable de la costumbre"<sup>13</sup>, sino que el factor que más importancia tiene para el cumplimiento de la Ley es el de la reciprocidad que ya hemos mencionado pero sobre el que vale la pena insistir aquí: "La ley primitiva no consiste exclusivamente, y aún ni siquiera principalmente, en sanciones negativas y que no es sólo por el temor del castigo humano o sobrenatural por lo que la gente respeta las normas sociales. Por el contrario, la vida en una comunidad primitiva ata a cada individuo a los otros con obligaciones específicas, cuya contrapartida son los deberes específicos de los otros para con él. Esas obligaciones él las cumple en parte porque su educación le ha condicionado para ello, en parte por el peso de la opinión pública y en parte por el interés propio; pues de obrar como debe hacerlo se siguen para él diversas compensaciones, y si actúa de otro modo se arriesga a perder beneficios materiales y estima social"<sup>14</sup>. Con lo cual Malinowski nos habla, aunque con distintas palabras, del principio de reciprocidad que existe como base del cumplimiento y obligatoriedad de la norma.

La concepción de que el temor a lo sobrenatural y el castigo de la divinidad constituyen la razón básica del cumplimiento de la Ley tribal es superada por Malinowski, en buena parte, debido al hallazgo de métodos y procedimientos válidos para conjurar tales fuerzas, lo cual es tomado como un indicio de que el miedo a la sanción no es permanentemente efectivo.

En general coincidimos con la idea de Malinowski de que es en parte gracias a la reciprocidad que la Ley es obedecida en la sociedad primitiva, él mismo consideraba que no puede haber un factor exclusivo que determine la razón del cumplimiento de la norma sino que son varias las causas que contribuyen a ello, siendo su aporte la introducción de la idea de la reciprocidad. Separar una de éstas de las demás sería un grave error, pues cualquiera de ellas sería insuficiente para explicar el fenómeno, cosa que lograría hacer de manera parcial y limitada. Tanto en este punto como en todos los órdenes de la vida hemos de aplicar su concepción del hecho social total.

---

<sup>13</sup> Gluckman, Max, *Idem.*, p.67

<sup>14</sup> Varios Autores, *Idem.*, p. 152-153.

**6. VIOLACION, JUZGAMIENTO Y SANCION DE LA LEY TRIBAL.** El hecho real es que, en ocasiones, el hombre primitivo quebranta la Ley de su tribu, sin embargo, Malinowski advierte que no se puede afirmar que la norma se cumple a cabalidad solamente porque este quebrantamiento no suceda sino que “en condiciones normales, cuando se respeta la ley y no se la desafía, la observancia de las normas sociales es en el mejor de los casos parcial y condicionada y está sujeta a evasiones”<sup>15</sup>, de manera igual al comportamiento de un “civilizado hombre de negocios”, el salvaje tratará de incumplir sus obligaciones si ve la oportunidad, obtiene ventaja con ello y considera que no se le descubrirá.

Existe un principio básico en la sociedad primitiva, se desprende de la reciprocidad y es aplicable a una gran parte de las violaciones de la Ley, consiste en que lo importante es la persona que ha sido perjudicada y, entonces, ésta ha de ser indemnizada pues es lo que realmente desea.

Para proceder a estudiar la violación de la norma tribal, los antropólogos suelen hacer una diferenciación entre la norma civil y la norma penal, así, consideran que se trata de una norma civil cuando la norma regula la marcha habitual del mecanismo social, y penal cuando se trata de dispositivos de seguridad tendientes a poner las cosas en el estado anterior. También se hacen diferencias según el bien jurídico que se protege; así, si el bien jurídico protegido es privado, esto es que se considera daño solamente al individuo o individuos directamente perjudicados, entonces, el daño se repara mediante el pago de daños y perjuicios y estaríamos frente a una norma civil o de derecho civil y si se considera que el perjudicado no es solamente el individuo sino que es el Estado o la sociedad misma la afectada y por tanto, no cabe la reparación mediante el pago de los daños y perjuicios sino que, pudiendo o no darse este pago e independientemente de esto, el infractor debe sujetarse a un castigo. “... ahora que los gobiernos establecen constantemente reglas contra un ciudadano privado - como introducir wiskey en el país sin pagar derechos o montar en bicicleta sin llevar luces- resulta difícil mantener el argumento de que todos los delitos se consideran tales como consecuencia de que la sociedad se siente fuertemente dañada cuando se cometen. Existe sin duda un marcado contraste a este respecto entre las sociedades de pequeña y de gran escala. En estas últimas existe un número muy elevado de infracciones que el Estado castiga, alguna de las cuales -por ejemplo el robo- dañan claramente a los individuos particulares. En el primer tipo de sociedades, incluso el homicidio se concibe como un daño causado a los parientes de la persona asesinada, por el que éstos deberán aceptar compensación si se les ofrece; y si se ejecuta al homicida, se hace como venganza de las personas directamente dañadas, no como castigo de una sociedad iracunda. Así, Radclife Brown, al tratar del derecho primitivo observaba que las sociedades simples reconocen muy pocos delitos. Los ejemplos que da son todos de delitos que se castigan con la pena de muerte o con el des-

---

<sup>15</sup> Varios Autores, Idem., p. 153.

tierra;... el incesto... la brujería...”<sup>16</sup>

Ante una infracción civil, la Ley tribal considera que con la indemnización (consecuencia de la reciprocidad de toda relación social) y la publicidad del hecho, se da por terminado el problema, en este tipo de normas no se observa el miedo a lo sobrenatural ni el estigma de la opinión pública o su condena moral, como refuerzo de la norma.

La infracción penal es castigada de acuerdo a una cierta cantidad de principios vagos y tanto el procedimiento como la sanción suelen ser fruto más de la casualidad y las pasiones personales que existiendo eso sí, una aireada reacción de indignación de la comunidad que busca satisfacción mediante el castigo. “... los dos actos criminales típicos, el robo y el asesinato, el castigo del primero es la venganza y el ridículo y el del asesinato la venganza de sangre o el pago de una indemnización”<sup>17</sup>

Los tribunales o jueces tribales no solamente se encuentran interesados en que el perjudicado sea indemnizado sino que verdaderamente se esfuerzan en la reconciliación de las partes, sólo con lo cual sienten que su labor ha terminado puesto que las cosas han regresado al estado anterior y el universo se encuentra, una vez más, en un mágico y armonioso equilibrio.

Ahora bien, estos tribunales o jueces, no siempre se encuentran conformados o constituyen la máxima autoridad de la comunidad puesto que existen de hecho sociedades que carecen de todo tipo de autoridad, tanto en ellas como en algunas que teniendo representantes de la autoridad es perfectamente posible someter la solución de la controversia a mediadores o árbitros, previo el acuerdo de las partes, de manera muy similar a nuestro arbitraje judicial, pero de uso más común entre los “salvajes”.

En lo que respecta a las sanciones penales es necesario aclarar que si bien es cierto que muchas veces se incluye la pena de muerte, el destierro o las mutilaciones, hemos de aprender un poco la gran imaginación con que resuelven otras disputas, por ejemplo, a base de la broma y burla con que se sanciona públicamente al infractor menor, mofa que de hecho acarrea el descrédito del infractor, factor al que parece ellos dan importancia; o también mediante el método utilizado por los tiv del toque de tambor a escándalo del que “Bohanam dice: era un método favorito para poner fin a las disputas... cualquiera que ganara la lucha ganaba la disputa. Desafortunadamente el lo analiza como un método para poner fina a las disputas sin identificar qué tipos de disputa y en que tipos de relaciones era apropiado”<sup>18</sup>. Parece ser que, a la distancia, cada contendor inicia una serie de toques de tambor que son respondidos inmediatamente; la discusión termina horas después con el abandono por cansancio o agotamiento. Max Gluckman hace referencia al modo particular en que los esquimales resuelven sus disputas: mediante duelos de canto.

---

<sup>16</sup> Varios Autores, *Idem.*, p. 154.

<sup>17</sup> Mair, Lucy, *Idem.*, p. 149.

<sup>18</sup> Varios Autores, *Idem.*, p. 144.

El mismo Gluckman sostiene la tesis de que el derecho de la sociedad primitiva no se diferencia sustancialmente del derecho moderno, insistiendo en que las diferencias son más bien de forma que de fondo puesto que en el pensamiento primitivo se encuentran presentes instituciones de derecho moderno y básicamente una concepción igual de la naturaleza del mismo, afirma que los jueces lozi -una de las tribus sobre las que basa sus estudios- tienen incluso un vocabulario traducible a los actuales términos jurídicos. Así, los jueces "salvajes" deducen pruebas y las evalúan basados en reglas universales y permanentes. El autor de "Política, Derecho y Ritual en la sociedad tribal" pretende demostrar de qué manera los objetivos judiciales "y su razonamiento estaban relacionados con otros elementos de la vida social", y lo que hace comparando la similitud existente entre las instituciones legales del occidente "civilizado" o perteneciente a sociedades más complejas con las propias sociedades menos complejas.

# Perfil criminológico del reo de asesinato Jaime Enrique Heredia Páez “El Greco”

Marco Vargas Zúñiga

**I.- ANALISIS JURIDICO.** El 9 de Febrero de 1977, el señor Comisario Sexto Nacional de Policía, dicta auto cabeza de proceso, e instruye el correspondiente sumario de Ley en contra de Julio Arcesio Vargas Flores, Jaime Enrique Heredia Páez, Lucía Margarita y Guadalupe Alicia Alvarez Andrade, a quienes sindicada por la muerte del Dr. Manuel Abarca Aguirre, ordenando las detenciones provicionales de los sindicatos en mención, los cuales fueron detenidos el 8 de febrero de 1977, según el informe del SICP N° 349-77, en el cual se hace constar las declaraciones recibidas a varias personas, junto con las evidencias físicas encontradas, estableciéndose que Julio Vargas Flores “El Lechero”, y Jaime Enrique Heredia Páez, “El Greco”, entablaron amistad con el Dr. Manuel Abarca en la plazoleta de Santo Domingo de la ciudad de Quito, la noche del 21 de enero de 1977, en el interior del salón “El Pacífico”, sitio en el cual se encontraban libando copiosamente, momentos en los que el Dr. Manuel Abarca trataba de conquistar a las meretrices Lucía y Guadalupe Alvarez, amigos de los individuos mencionados.

Como el Dr. Abarca, no fue aceptado en sus pretensiones, propuso a Vargas y Heredia, le acompañen a disfrutar la noche en un cabaret, para cuyo efecto tomaron unas cuantas canelas en las gradas de Santo Domingo y luego tomaron un taxi con rumbo al sitio de diversión.

Ya en el interior del vehículo decidieron pasar comiendo por el salón “Mama Miche”, del sector de la Marín, pero en el trayecto el Dr. Abarca insultó varias veces al chofer del taxi, ante lo cual el chofer del vehículo frenó y en forma enérgica pidió que se bajaran los ocupantes, esto sucedió a la altura de la calle Inclana y Silva, sector de San Marcos, cerca a una escalinata.

Una vez que se bajaron del taxi, Vargas y Heredia, trataron de despojarle del dinero y demás pertenencias al Dr. Abarca, presionándole para ello contra un muro y cuando el indicado profesional trató de escapar le pusieron una zancadilla por lo cual rodó las gradas impactándose contra el borde de una de ellas en la frente.

Vargas y Heredia, le despojaron al Dr. Abarca del dinero que llevaba, para luego rematarle a patadas. Los sindicatos se alejaron del lugar y con el dinero sustraído compraron un pollo y varias cosas de comer para disfrutar ellos y sus familiares.

Concluido el Sumario se motivó la causa penal en contra de Vargas y Heredia, por el delito previsto en el inciso final del Art. 552 del Código Penal, por no haber presunciones de participación en el delito se concedió el Auto de Sobreseimiento en favor de las meretrices Lucía y Guadalupe Alvarez.

En la etapa del Plenario, el Juez Octavo de lo Penal de Pichincha, condena a los sindicatos Vargas y Heredia a cumplir la pena de 16 años de Reclusión Mayor Extraordinaria, por considerarles autores de las violencias causadas en la persona del Dr. Manuel Abarca Aguirre, ya que se determinó que su muerte sucedió después del robo, lo que concuerda con lo dispuesto en el Art. 552 Inc. final del Código Sustantivo Penal.

**a. EL RECURSO DE APELACION.** Por apelación de la sentencia por parte de los sindicatos, el proceso penal se radica en competencia en la Honorable Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito, cuya Sala para decidir sobre la causa hace las siguientes consideraciones: PRIMERA: Que se encuentra comprobado conforme a derecho el cuerpo del delito, según el certificado médico legal, identificación y autopsia del cadáver del que en vida fue Dr. Manuel Abarca Aguirre, que fallece víctima de hemorragia cerebral por luxación de la columna vertebral, sector cervical de la misma, por traumatismo directo recibido a nivel de la tercera y cuarta vértebras, todo lo cual constituye la causa de su muerte, hecho ocurrido la madrugada del 22 de enero de 1977. SEGUNDO: Se considera que el Recurso de Apelación es pertinente, de conformidad con el Código de Procedimiento Penal. TERCERO: De las declaraciones rendidas por los sindicatos ante el SICP, los mismos que relatan la forma como cometieron el ilícito que causó la muerte del Dr. Abarca. En su declaración Indagatoria Julio Vargas señala que el día del suceso, iba con

su mujer por el sector de el Camal, en donde se encontró con su amigo Heredia, con el cual se fueron a festejar bebiendo licor en un salón del sector, para luego ir hacia Santo Domingo en donde se encontraron con sus amigas las meretrices Alvarez, las que estaban con el Dr. Abarca, quien les invitó a cabaretear, pero que con la discusión con el chofer del taxi la frenada brusca y la rápida abertura de la puerta hizo que el mencionado profesional que estaba en avanzado estado etílico se cayera al borde de la vereda quedándose tendido allí con el impacto se desprendieron los billetes los cuales los tomaron para ir a comer. En la confesión judicial se ratifica en lo relatado. CUARTO. De las antedichas versiones se establece las responsabilidades de los encausados de la comisión del delito sancionado en la parte final del Art. 552 del Código Penal, a esto se añaden los historiales delictivos de Vargas y Heredia, que dan razón del grado de peligrosidad de los sindicados.

Las circunstancias de nocturnidad, traición, ensañamiento constituyen causas agravantes en contra de los sindicados, quienes son autores del delito de robo y asesinato con violencia.

Por lo expuesto la Corte Superior de Justicia el 20 de mayo de 1985, confirmó en todas sus partes la sentencia condenatoria subida en grado.

**b. RECURSO DE TERCERA INSTANCIA.** Presentado el Recurso de Tercera Instancia, a la Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia le tocó conocer la causa, y una vez vista la misma, para resolver hace las siguientes consideraciones: "Con la variante de que Julio Vargas, manifestó no haberle golpeado, este hecho si lo declara Heredia expresando que una vez que el Dr. Abarca estaba caído, Vargas le golpeó bruscamente contra el suelo y lo pateó varias veces, variante que se explica con el ánimo de esconder la verdad para tratar de engañar a la justicia, ya que ambos han estado de acuerdo en los hechos que sucedieron antes y después de su muerte, lo último se deduce, ya que con el dinero que le robaron se fueron a comprar pollos, con lo que se concluye la participación de ambos en el ilícito por un acuerdo previo, aprovechando la noche, el ofendido se encontraba en estado de ebriedad, en despojado, con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor al ofendido.

Por estas consideraciones con fecha 19 de noviembre de 1985, la Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia confirma en todas sus partes la sentencia subida en grado.

**c. FUNDAMENTOS DE LA DEFENSA DE LOS SINDICADOS.** A partir del Recurso de Apelación el Consultorio Jurídico Gratuito de la Pontificia Universidad Católica en el Penal "García Moreno", defendió a los sindicados reos de escasos recursos económicos que no tienen dinero para contratar los caros honorarios de un profesional, vale manifestar que los sindicados en la Primera Instancia del Proceso no tuvieron defensor debido a su deficiente situación económica.

En la Corte Superior y Suprema la defensa planteó las siguientes cuestiones en derecho:

1. Sobre lo dispuesto en el Título III, capítulo I, Art. 37, numeral primero del Código Penal, que se refiere a la Imputabilidad y Responsabilidad de las infracciones a las personas, hay que considerar al respecto que los autores hablaron en estado de embriaguez, con lo cual se disminuye la capacidad inhibitoria y se anula la conciencia y voluntad, toda vez que la embriaguez se produjo no para consumir el delito sino en forma casual, por fuerza mayor, ya que después de varios años se encontraban dos viejos amigos y se pusieron a ingerir licor para festejar su vieja y recordada amistad.

2. Se planteó que las pruebas actuadas en derecho no eran suficientes para condenar a los sindicados, ya que jamás se investigó al chofer del taxi, para esclarecer la verdad, puesto que según las declaraciones indagatorias de ellos que son diferentes a las declaraciones obtenidas por la policía, indican que el chofer del taxi, frenó bruscamente, golpeándose el Dr. Abarca la frente en el tablero del carro, acto seguido el chofer abrió la puerta por la cual cayó pesadamente el profesional al suelo golpeándose la frente en el filo de la vereda lo que le ocasionó la muerte. Esta versión de no aceptación de haber ocasionado la muerte al Dr. Abarca debía haber sido investigada fehacientemente con las declaraciones del chofer el cual nunca compareció.

3. Existiendo una clara duda sobre la verdad de los hechos, los Juzgadores en ninguna de las instancias aplicaron el Principio Universal del Induvio Pro-Reo, para encasillar la conducta de los sindicados en la norma de derecho más justa.

4. En las sentencias condenatorias los Juzgadores no han considerado las circunstancias atenuantes de los Reos establecidas en el Art. 29 del Código Penal, ya que más de dos circunstancias fueron presentadas por la defensa.

5. Los reos pasaron cerca de NUEVE AÑOS, sin sentencia ejecutoriada, sin recibir rebajas por su buena conducta demostrada en prisión, incertidumbre en los sentenciados que genera entre otros motivos una inestabilidad física y emocional y la pérdida del beneficio legal establecido en el Ar. 33 del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social vigente.

## **II. ANALISIS SOCIAL.**

a. **SITUACION FAMILIAR.** El padre del Reo Jaime Heredia falleció al caerse de unas gradas cuando Jaime tenía apenas 7 años de edad, éste tuvo instrucción primaria, trabajaba como cocinero en el hotel Majestic, procreó siete hijos, tres hombres y cuatro mujeres, el reo recuerda muy pocas cosas de su padre don José Heredia.

Su madre Esther Páez, ecuatoriana, católica, de cincuenta y cinco años de edad, de instrucción primaria, se dedica a la producción casera de chocolates y caramelos.

**b. SITUACION PERSONAL.** El reo nació en la ciudad de Quito, el 15 de julio de 1952, alcanzó el Tercer año de instrucción secundaria, pero abandonó sus estudios por cuestiones de trabajo, ocupa el tercer lugar entre sus siete hermanos. Comenzó a trabajar a los 9 años en una mecánica a cambio de alimentación y de aprendizaje, desde los 14 años trabajó en la misma actividad de su madre, es decir elaborando caramelos que los vendía en las puertas de entrada de los cines de Quito.

Contrajo matrimonio a los 19 años y ha procreado tres hijos, un hombre y dos mujeres, antes de su detención se encontraba domiciliado en la ciudad de Milagro en donde trabajaba con su suegro en mantenimiento de maquinaria agrícola.

Su cónyuge, la señora Lilia Almeida Armendáriz, de nacionalidad ecuatoriana, de 30 años de edad, de instrucción secundaria completa, de religión católica, no registró ningún antecedente policial.

**c. ANTECEDENTES POLICIALES DEL REO.** Se encuentra registrado en el SICP, con el N° 2994, en la especialidad de Lanza-escapero con 22 detenciones en dichas dependencias policiales. El actual delito por el que se encuentra sentenciado se produjo cuando éste desde Milagro viajó a Quito a visitar a su madre.

En el interior del Penal se dedica a la confección de artesanías especialmente de lámparas que las vende entre 2.500 a 3.000 sucres cada una.

**d. DATOS COMPLEMENTARIOS.** El reo tuvo relaciones afectivas con una señora dedicada a la actividad de cachinera, es decir a la compra-venta de cosas robadas, a la que le conoció en interior del Penal, siendo ella la persona que le daba ayuda, puesto que sus familiares lo abandonaron y ya no le visitan.

Según versiones de varios internos del Penal, el reo se dedica mucho al consumo de drogas como absorción de fundas con isarcol o pega de zapatero, marihuana y base de cocaína, su actividad sexual ha degenerado en prácticas homosexuales con otros internos. Su conviviente se encuentra actualmente en los Estados Unidos y desde ese lugar le envía pequeñas cantidades de dinero y cartas.

El reo a pesar de su rusticidad morfológica ha realizado varias poesías que reflejan el dolor y la ansiedad por alcanzar la libertad, los cuales manifiestan el pensamiento del reo, sus frustraciones, la justificación a su conducta antisocial, en ellos se cree víctima de una pena cruel, de antemano justifica la sentencia condenatoria en su contra, ya que ve en los jueces sus enemigos amaestrados por los poderosos y ricos, se cree que se merece diferente vida y que ésta segura la obtendría en el cielo, manifiesta además la influencia negativa de su personalidad porque pertenece a una clase pobre y humilde, por último compara su situación de vida actual, peor que la de un animal.

A continuación transcribo dos poemas escritos por él:

# EL SENTENCIADO

Hoy me encuentro sentenciado  
a vivir peor que un animal  
tras las frías rejas de un penal  
como el ser más desdichado

Es la dura pena capital  
la que tengo sólo que purgar  
rodeado de todo mal  
lejos de mi querido hogar

Es verdad que he delinquido  
pero nunca fui un matón  
porque sin armas he vivido  
robando como roba un ratón

Los jueces, los estudiosos  
nunca miran sus pecados  
del pobre no son aliados  
porque del rico son amaestrados

Diosito que está en la esfera  
me cuidará con desvelo  
lo que no tuve aquí en la tierra  
me dará allá en el cielo

Se despide el sentenciado  
perdonando al humano  
que le convirtió en gusano  
pero Dios sabe que es cristiano.

En su segundo poema titulado “El Preso”, Jaime Heredia manifiesta las crueles condiciones físicas y morales a las que se ven sometidos los penados, se refiere a las frías y oscuras celdas, donde purgan sus penas los reos. Sometidos los internos a las inhumanas condiciones de vida, señala que éstos se arrepienten de sus pecados y delitos cometidos, pidiendo perdón a Dios por todas las ofensas que han realizado. Manifiesta que es mejor vivir pobre y ser honrado, que después ser mal visto y despreciado por la sociedad, porque los jueces siempre condenan a los pobres y encubren a los delincuentes de cuello blanco, que nunca van ni siquiera de visita a las frías celdas del penal.

Cabe indicar que el año de 1987, en el mes de diciembre, el recluso, ganó un concurso de poesía organizado por la Confraternidad Carcelaria.

## EL PRESO

El Preso se encontraba  
cabisbajo y arrumado  
en la celda oscura  
de un penal olvidado

Con su cabello alborotado  
y su rostro ensangrentado  
parecía de un condenado  
la imagen del desdichado

Con la sombra se cobijaba  
y el frío lo despertaba  
mientras lloraba, lloraba  
al ver su vida acabada

De pronto se arrodilló  
pidiendo perdón a Dios  
de todo lo que ha pecado  
y por haber nacido ignorado

Por la ventana enrejada  
apareció una luz plateada  
y se oyó una voz que decía  
yo, soy la cruz y tú la carnada  
para pesar a los hombres en la balanza dorada

Por tu fe te has salvado  
pronto serás venerado  
tu cuerpo ya está sanado  
de lo que ha sido estropeado

El preso ya está en libertad  
contento se reformó  
y dando gracias a Dios  
a los cielos los cantó

Es malo vivir de la nada  
y mirarle a Dios de lado  
es mejor ser honrado  
que mal visto y despreciado.

### III. ESTUDIO BIOLÓGICO.

El reo Jaime Heredia, es tipo constitucional Pícnico, sin mal formaciones ni anomalías en su crecimiento. Tiene múltiples cicatrices en sus antebrazos y tronco que se ha realizado él mismo en unos casos y en otros como fruto de peleas con armas cortantes con sus compañeros de prisión. Tiene además cicatrices en la cara, cicatrices de Laparatomía y dos cicatrices pequeñas en el flanco izquierdo, pues le hirieron internos de raza negra una ocasión que estuvo castigado en el calabozo, donde le violaron y le hirieron, por lo que tuvo que realizarse una laparatomía exploradora.

Del electro encefalograma, se observa que tiene un trazo ordinario en vigilia, demuestra un ritmo de fondos alfa de 9 a 10 cada segundo y 50 neurovoltios de amplitud, más o menos regular, en ocasiones tiende a aplanarse y da lugar a series theta esporádicas parientocidentales izquierdas.

La apertura palpebral desorganiza parcialmente el ritmo, la hiperventilación desintegra la actividad biceléctrica, especialmente de las áreas posteriores.

### IV. ANALISIS PSICOLÓGICO.

Los procesos Psicológicos de sensopercepción, memoria, atención, orientación son inferiores al nivel normal, tiene escasa disposición para captar los conjuntos y establecer sus relaciones, sobre todo porque los estímulos emocionales intensifican el curso del pensamiento, por lo que la síntesis es apresurada y muchas veces arbitraria, es incapaz de separar los preceptos condensados y definirlos.

Este déficit organizativo corresponde a una manifestación Esquizoidea, que puede ser producto de un daño orgánico. Es de naturaleza ansiosa y restringe sus posibilidades de discernimiento y le coloca en situación de no poder diferenciar hechos obvios. Hay obsesión y meticulosidad, como resultado de la ineptitud para tolerar la ansiedad, esta meticulosidad se establece como defensa contra la inseguridad del juicio.

Su capacidad de control consciente y deliberado, se encuentra alterada, al fijarse una idea ésta adquiere un carácter posesivo de la acción, es decir que todas sus manifestaciones giran al rededor de esa idea que no puede ser analizada y abstraída; por esta misma razón el auto control y pueden aparecer con facilidad conductas desvia-

das cuyo contenido tiende a la hostilidad y la agresividad.

Dentro de la esfera afectiva se puede notar que tiene restricción en el contacto social y la tipifican varios elementos anormales, hay impulsividad, cuya única finalidad es la descarga indiscriminada de afecto, es decir, se trata de un sujeto con experiencia afectiva no inhibida.

Si bien reconoce la existencia de sentimiento, no puede relacionarlos con el factor intelectual y por esto aparece ambivalencia y labilidad.

Es evidente la presencia de una tendencia hacia la oposición, por el profundo sentimiento de desconfianza y temor, los cuales junto al complejo de inferioridad no superada origina la agresión reprimida. Este es el mecanismo por el cual aparece la ansiedad, pues es el producto de una lucha interior permanente.

Se trata de un sujeto que requiere dependencia y como el medio y la situación familiar no la han introducido, aparece la inadaptación, situación en la que se ha desenvuelto negativamente, pues no ha logrado comprender peor superar.

El conflicto neurótico ansioso aparece cada vez que tiene necesidad de expresar sus emociones, razón por la cual su conducta es "impredecible".

Empaticamente tiene una deficiencia en el manejo y mantenimiento de las relaciones interpersonales, a las cuales no les da el valor sino de la gratificación inmediata de sus necesidades vitales.

No tiene un nivel de aspiraciones alcanzables, paradójicamente tiene temor a las personas cuya imagen resulta amenazadora, por eso su ubicación empática es difícil, lo cual agrava la inestabilidad y le conduce a la inadaptación.

## CONCLUSION.

Se trata de un individuo de personalidad Psicopática con estructura Esquizoidea y afectada por un comportamiento neurótico, ansioso con sociopatía inadaptativa.

Se puede apreciar una responsabilidad e imputabilidad del reo, a pesar del estado de embriaguez con que actuó. La inadaptabilidad que sufre el sujeto como consecuencia de su psicopatía determina la posibilidad de reincidencia y habitualidad delictiva, por lo que se puede determinar que es un sujeto de elevada peligrosidad y que debe ser sometido a permanente psicoterapia.

## **BIBLIOGRAFIA**

- Entrevistas con el reo.
- Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala, juicio Penal N° 42-85.
- Documentos de Archivo del Consultorio Jurídico Gratuito de la PUCE.

**Rosero Cueva Hernán, Estudio en el Instituto de Criminología de la Universidad Central, 1979.**

# EL ABOLICIONISMO PENAL

## Una invitación a reflexionar

René Larenas L.

Las tendencias abolicionistas del derecho penal, que se creían superadas tras la muerte de Tolstoy, han vuelto a surgir y con mayor énfasis a partir de la segunda guerra mundial. No sólo el concepto de sanción ha sido puesto sobre el tapete: también ideas tan sagradas como el que el Derecho Penal sea garantía indispensable para la supervivencia de la sociedad, y el concepto mismo del “ius puniendi”.

A la convicción de la mayoría de personas que han tenido alguna experiencia del sistema penal, de que el Derecho, la Ley y la Justicia no son sinónimos, es decir, no responden a una misma realidad aunque nos parezca que así debe ser, se unen hoy diversas perspectivas que conducen al abolicionismo: Reinwald, en 1948, cuestionaba los deberes del individuo frente al Estado y reivindicaba la no violencia y la participación; Michael Foucault denuncia en “Vigilar y Castigar” que en la práctica el sistema penal no tiene más finalidad que la de responder a intereses específicos del poder. Mathiesen (*The politics of abolition*, 1974), N. Christie (*Limits to Pain*, 1981), Arno Plack, Louk Hulsman, llegan a las mismas conclusiones aunque sus tendencias ideológicas cubran la amplia gama que va del liberalismo al neomarxismo. Laing y Cooper, en su libro “Razón y Violencia”, llegan incluso, partiendo de un enfoque psiquiátrico, a la conclusión de que no hay problema criminal y que no es necesaria la aplicación de ninguna sanción.

Es importante revisar algunas de las tesis que esta tendencia propone. No necesariamente se llegará a la misma conclusión, la de que el Derecho penal es absolutamente innecesario en nuestro medio. Zaffaronni se refiere a los riesgos que emanan de la abolición total de el sistema en una sociedad en la que la dignidad humana

aún tiene escasa consideración. Pero al menos se reforzará la posición de quienes consideramos que el sistema penal (que no sólo comprende a las normas penales) requiere una urgente revisión.

Como el autor más comprensible, por la posición humanista de la que parte, seguiré algunas de las pautas que Louk Hulsman (holandés) propone en su obra *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana*, sin por ello dejar de anotar las aportaciones de los otros abolicionistas.

## EL DERECHO PUNITIVO DEL ESTADO

Después de Auschwitz, la humanidad difícilmente acepta sin discusión el discurso legitimador de la violencia de Estado (léase del sistema penal). English escribe en 1963: “Los juristas, debemos darnos por satisfechos si podemos hallar para los conceptos de culpabilidad y responsabilidad, y para el mantenimiento de la fuerza penal del Estado, una justificación que haga aparecer esos conceptos y esta acción estatal como razonables y necesarios”. (Citado por Politoff en el postfacio del libro de Hulsman, p. 134). Sin embargo a nosotros se nos sigue presentando como una realidad sin discusión esa racionalidad y necesidad.

El fundamento de la facultad privativa del Estado para tipificar y perseguir las conductas humanas, para promover y dirigir los procedimientos que llevan a su sanción, y para ejecutar las condenas, se ha visto generalmente en la doctrina como un sustitución, más humana, de la venganza privada. El Estado cumple así con el deber de la defensa de la sociedad y, de paso, defiende a los ciudadanos que están a su cuidado de sus propios instintos, de su sed de venganza. Jiménez de Asúa llegará a decir que la pena “es la compensación de la renuncia al sadismo”. (La ley y el delito, p. 41) y que el Estado “canaliza así los instintos ancestrales del hombre: la retribución, la venganza y el sadismo”. (idem)

¿Es el hombre realmente así? A priori lo aceptamos. Sin más consideramos al hombre un ser vengativo y “sádico”. Negamos de plano en los seres humanos la humanidad. Hulsman alude a investigaciones realizadas por los sociólogos franceses Philippe Robert y Claude Fauregon reflejadas en el libro de éstos “Las fuerzas ocultas de la justicia”. Allí muestra algo sobre lo que también Foucault llama la atención: la población está absolutamente desinformada respecto a lo que realiza o representa el sistema penal. La justicia, a pesar de que en principio es “pública”, es sin duda desconocida por la mayoría de la comunidad. Los mensajes que a ésta llegan acerca de delincuencia y criminalidad lo hacen de tal modo que su efecto es siempre alarmar. O apologizar; los medios de comunicación social y especialmente de recreación de masas nos hace creer que la única manera de resolver los conflictos es la violencia, y que el bueno triunfa por ser más violento. La prensa busca el sensacionalismo, los abogados la figuración y los órganos de justicia... aplicar la justicia.

Hulsman considera que el momento en que la opinión pública maneje todos los

supuestos, conozca y comprenda “hasta que punto abruma a nuestras sociedades el peso de esta maquinaria de castigo y exclusión”, ese día “no se encontrará a nadie dispuesto a ser garante de aquel sistema”.

El hombre vengativo y sádico es en fin una abstracción cómoda para legitimar el sistema. Y cuando es real, cuando existe en verdad ese hombre, no es sino a causa del sistema, de la desinformación manipulada y de la violencia que en espirales crece a partir de la violencia institucionalizada. Así funciona una especie de “control social”, informal, que nos convence de la necesidad del control social formal y verticalista del sistema penal.

## LOS PRINCIPIOS

La visión que da el derecho en el área penal es desoladora. En ningún país (que yo sepa), los principios que legitiman la legislación penal se cumplen en realidad. Es visible por ejemplo que la aplicación del derecho penal no ha llevado a la disminución de la violencia y la criminalidad. Es más, donde más rígido es, en los Estados Unidos, se cometen más delitos violentos tanto absoluta como promedialmente por día y en relación a la población que en países como Holanda, que es más flexible.

Tomemos algunos de los principios del proceso penal por vía de ejemplo. El principio de presunción de inocencia es para Mancini “una declaración burdamente paradójica”, pues desde que la persona es sospechosa se le trata en la práctica como “posible condenado”, en lo cual se justifica la toma de medidas cautelares como la prisión preventiva (que es actuar al revés del proceso normal: con una semi-prueba el sindicado es privado de su libertad, en espera de una sentencia que tarda... y tarda.) La incoercibilidad del sindicado es otro mito, y las denuncias de violación de los derechos humanos en los procesos de investigación (desde el de la no violación de domicilio hasta la desaparición) es cosa de todos los días. La publicidad del juicio es otro mito. Se produce alrededor de algunos casos a través de los medios de comunicación social una avalancha de información que jamás toca siquiera el problema de fondo, y la población pocas veces sabe lo que sucede, y qué está detrás de lo que sucede.

## EL SISTEMA PENAL

Un sistema penal es un conjunto de grupos humanos que empieza a actuar ante una “notitia criminis”. Estos grupos se encuentran dentro de las instituciones legales que delimitan su actuación: en esta definición, esbozada en una conferencia de Zaffaroni en nuestra facultad, no entran los controles comunitarios ni la prevención social, que no están contempladas tampoco en nuestro esquema legal. Se circunscribe por tanto a la policía, al sistema de “justicia” (agentes fiscales, jueces,

tribunales), y el sistema penitenciario.

“Sistema” es un tecnicismo. A pesar de que la racionalidad del proceso penal pueda hacernos creer que se trabaja conjuntamente, no existe en la realidad integración alguna entre los grupos que lo conforman. Se trabaja por compartimientos: el sospechoso llega a manos de la policía, se le interroga (y atemoriza, y se tortura, y se sacan confesiones...) y pasa con el carácter de sindicado al segundo compartimiento: la administración de justicia que en base a las sospechas de que se trata del autor o cómplice de un delito, prefiere “guardarlo” en la prisión preventiva mientras es procesado. Así evita que evada la acción de la justicia, o que la estorbe. El proceso puede durar siglos, pero no es culpa de la administración de justicia: soportan un número altísimo de causas por resolver, no cuentan con los suficientes medios, la policía les manda otra “remesa”.

Mientras tanto el sindicado permanece en prisión, a veces sin juicio. Cuando termina el proceso en esta etapa puede venir la otra, más oscura, en donde (por supuesto, sin dar lugar a las caducas ideas retribucionistas del fin de la pena) el ya condenado delincuente purgará con fines rehabilitatorios su sanción (no pena), en un centro ideado especialmente para el cumplimiento de ese fin (Zaffaroni lo llamaba “la presoteca”) y de donde saldrá un ser nuevo, útil para la sociedad, (probablemente aprendiendo nuevas técnicas, especializado en su modo de vida y con un cúmulo de experiencias que lo harán regresar al centro de rehabilitación a los primeros días de haber salido).

Hablando en serio, la institución penitenciaria nunca ha mejorado a un hombre. Los índices de reincidencia en las cárceles norteamericanas va del 40 al 80% (Cruz, la pena privativa de la libertad). La última fase del sistema, la “presoteca”, es la fase que más atención ha llamado en nuestra sociedad, y en la que, todos estamos de acuerdo, se requiere un inmediato “tratamiento” (aquel que no ha podido dar a los reclusos). La pena de presidio debe abolirse por su carácter infamante. La ejecución de este tipo de penas, aún en un sistema penitenciario óptimo (con todos los recursos materiales, con personal especializado, etc.), no deja de tener consecuencias nocivas tanto para el delincuente mismo como por su medio social, nocividad que hay que evitar en la medida de lo posible.

## LA SELECCION

El criterio selectivo parece estar firmemente enraizado en todo el sistema penal. Podemos hablar y se habla de un típico policía, un típico juez y un delincuente “nato” (típico). La tipología pudo ser una ciencia penal a partir de Lombroso. Pero Lombroso no estaba descubriendo nada. Lo que hizo fue describir, al describir al criminal tipo, al tipo medio de la baja sociedad italiana de aquel entonces. En esos círculos se busca el criminal, no en otros. Y la policía, con su típica suspicacia, patrulla en los barrios bajos, donde suele estar el criminal típico. Estudios sociológicos

americanos nos demuestran que la policía encamina sus recursos a la persecución de los delitos que se cometen en las capas sociales de menores ingresos, sus barrios son patrullados y en ellos se encuentra al sospechoso. (Johnson, "the negro and the crime", "Sociology of crime and delinquency"; Chapman, "Sociology and the stereotype of the criminal").

Y los delitos de las demás clases (los de "cuello blanco") no se persiguen. El abolicionismo toma este ejemplo como muestra de la irracionalidad del sistema, de ninguna manera como trampa para crear nuevos tipos penales, como los de cuello blanco, simplemente porque la solución a un problema conductual como éste es más sencilla fuera del sistema penal que dentro de él.

## LA VICTIMA

El delito, la conducta humana tipificada como tal, rompe el esquema jurídico de una sociedad, ergo, es la sociedad la afectada por el delito, su orden y su seguridad, no el herido o el muerto ni sus familiares, no la mujer violada, ni el ser abortado. La acción penal, como medio de restablecer la paz social y la confianza de los individuos en el sistema, no puede dejarse al particular ofendido, "pues éste actuaría a lo mejor no impulsado por un sentimiento de justicia, sino por deseos de venganza para conseguir una retribución, aunque figurada por la imposición de una pena, del bien jurídico que afectó el delito" (Casares, El proceso inquisitivo...en Ruptura, 1987, 102-103).

Algunos penalistas, entre ellos Jiménez de Asua, consideran que el sujeto pasivo del delito no es realmente una víctima por cuanto siempre puede pensarse que ha provocado de alguna manera la comisión del delito.

Para Zaffaroni, al pretender el sistema penal resolver "conflictos" sin considerar a la "víctima" agrava en realidad al problema, pues no se tiene en cuenta a los involucrados. Hulsman considera que en todos los casos habría que devolver a las personas implicadas el manejo de sus conflictos.

El Instituto Vera de Nueva York que trabaja para el mejoramiento del sistema penal ha advertido el poco interés personal de las víctimas en sostener la acusación; en el Tribunal de París el servicio de recepción para las víctimas y los testigos se ha percatado de que sus consultantes no hacían diferencias entre un asunto civil y un asunto penal y no exteriorizan un ánimo vengativo sino que acuden para hablar del perjuicio que sufrieron y, si procede recuperar su dinero.

Estas experiencias nos muestran que es errónea la idea de que con la sanción al delinciente la víctima estará satisfecha; muchas veces la idea de venganza no ha cruzado por su cabeza. La víctima no siente la necesidad de un enjuiciamiento penal y a veces lo único que necesitan es alguien que les escuche y comprenda.

## SOLUCIONES HUMANAS

¿Volvería a surgir la venganza privada si desapareciera el sistema penal? Las personas que se sienten directamente amenazadas piden ayuda y protección adecuadas. Y muchos saben que el sistema represivo actual no proporciona esa ayuda ni esa protección. Las milicias y justicias privadas actúan hoy en contextos en los cuales el sistema penal funciona a plenitud. Y no es del todo sorprendente que en países como Holanda, en los que se han descriminalizado algunos delitos, y buscado medidas alternas, el índice de violencia haya decrecido.

El abolicionismo penal lo que propone es buscar soluciones alternativas, que no tengan siquiera un atisbo de la violencia que caracteriza, a pesar de todos sus defensores y de su supuesta racionalidad, al sistema penal. Las soluciones que se proponen dependen, por supuesto, de cada caso. Ello implica un análisis individual, en el que no preocupe mayormente la acción cometida sino la persona. Allí donde la puesta en acción del ineficaz sistema penal provoca daños irreparables, ya sea en relación al estigma social (imborrable en el 100% de los casos), a la manutención de la familia, al costo que el proceso significa, a la estabilidad psíquica (afectada gravemente por el sistema), la puesta en actividad de un enfoque diferente permite llegar a una solución real, y, sobre todo humana.

Para poner un ejemplo, últimamente cierta diputada buscó la criminalización en el Ecuador de ciertos “delitos contra la asistencia familiar”, que tenían que ver específicamente con el abandono del hogar. Aparte de ello, se penalizaba cierto grado de maltrato a los hijos. La intención no es mala, pero se cae en la superstición de que la penalización solucionará el problema, cuando el menor análisis de las consecuencias de ésta nos convence de que estos se agravarían. La solución alternativa propuesta ha sido probada en los Países Bajos, donde se ha institucionalizado el llamado “médico de confianza”, al cual recurren los médicos familiares, los miembros de la familia, los vecinos o la policía ante casos de maltrato, abandono, etc. Este tiene a su disposición un equipo de trabajadores sociales que visitan al hogar, no a la manera de indagación policial tradicional, sino discreta y prudentemente. La consecuencia es que la mayoría de los casos son resueltos mediante una información, un apoyo psicológico o incluso a veces una ayuda material (con el aporte que da al programa el Estado y la Comunidad). Fácil, no?

La solución de Zaffaroni es más idealista quizá pero no por ello utópica. Existe menos criminalidad cuanto más estrechos son los vínculos comunitarios, es casi un axioma cuya aplicación resolvería infinitud de problemas. Si el barrio es afectado por un grupo de personas indeseables, el barrio, unido, puede buscar una solución viable. Reiwald hablaba de no violencia y participación...

## **PALABRAS FINALES**

En un sistema democrático, en un Estado de Derecho, es justo y necesario que la ley y la “justicia” se sienten también “en el banquillo de los acusados”. Todas las ideas presentadas no tienen otra finalidad que la de invitar a la reflexión acerca de un derecho que pierde validez y requiere (solo una ceguera total intentaría negarlo), reformas urgentes. Que deje de ser “un medio para mantener el orden social”, pues ese orden social no es justo, y muchas veces no es humano. Que se ordenen más bien a la satisfacción de las necesidades básicas, a la protección de las garantías fundamentales de la persona. No niego necesidad de Derecho Penal: propongo su limitación, basada en una opción por la vida, no solo de las víctimas, sino también de las personas que cometen actos no deseables. Propongo que no en todos los casos se llegue a sanción sino que, basándose en las personas, se busquen medios de mejorarlos. Y sobre todo, que lleguemos en un futuro no lejano a la superación de nuestra sociedad que lleva en sí misma el germen de la violencia.



# 114 AÑOS DEL PENAL GARCIA MORENO

Eduardo Espinosa M.

*Sé -y bueno fuera que todos lo supiesen  
que las prisiones construídas por los hombres  
con ladrillos de infamia y vedades con rejas  
para que Cristo no vea como los hombres  
martirizan a sus hermanos.*

OSCAR WILDE

Los estrechos límites de este artículo no me permiten hacer, como desearía, un análisis profundo y pormenorizado de la historia y realidad de este Centro.

La Convención Nacional reunida en Quito, el 27 de agosto de 1869, designó al arquitecto inglés Tomas Reed, para que realice la construcción del Panóptico, el mismo que debía ser uno de los mejores del continente; para esto, Tomas Reed se inspiró en la Penitenciaría Eastern de Filadelfia, la que es el prototipo de la arquitectura penitenciaria norteamericana, conocida como tipo Bastilla, que se caracteriza por su construcción sencilla de sólida estructura.

La construcción de esta monumental obra, se inició en el límite occidental de la ciudad junto a las canteras, en los lotes que pertenecían a una señora de nombre Angela Calisto.

El 20 de agosto de 1874 se realizó la entrega formal de la obra al Gobernador de la Provincia de Pichincha señor Pablo Bustamante, cuyo costo fue de doscientos veinte y dos mil ciento cuarenta y nueve pesos, con veintinueve centavos (P222.149,29 ctvs.).

La Rehabilitación fue una de las finalidades que buscaron nuestros legisladores desde la creación de este Centro. Para la reforma del criminal, se aplicó el sistema francés, que se fundamentó en la instrucción escolar, moral y religiosa, prescribió el trabajo, los paseos y las visitas, pero de una manera individual; es decir, cada penado permanecía en su celda provisto de todo lo necesario durante el tiempo de prisión; además, no podía tener comunicación con los demás penitenciados, mas sí con personas honradas que de afuera les visitaban.

Nuestros Legisladores decían: “En nuestra penitenciaría es verdad, no puede tener cabida la individualidad del trabajo y del paseo que indica el régimen francés pero esto no afecta la esencia del sistema cuya bondad consiste en el ejercicio de todos los actos de la vida con ciertas restricciones, excluyendo la soledad y el silencio que prescribe el bárbaro régimen de Auburn y el de Filadelfia; circunstancias únicas para que con justicia, se proscribiera el primero en los Congresos de Francfort y de Bruselas el segundo...”

Es verdad que este Centro fue considerado el mejor de Sudamérica hace 114 años. Pero en la actualidad se encuentra en un completo estado de deterioro por el paso de los años y resulta totalmente inadecuado para los internos. Con el decurrir del tiempo, la población se ha ido multiplicando, por lo que en ocasiones ha llegado a sobrepasar los dos mil quinientos internos.

Las celdas presentan dimensiones extremadamente pequeñas: dos ochenta de largo, dos de ancho y dos ochenta metros de alto, con puertas de una sola hoja y con una pequeñísima ventana que impide el paso de la luz. Han llegado a ser ocupadas por cinco, seis o más internos y en épocas no muy lejanas hasta por familias de doce o más miembros. Un ex-Director afirmó: “Si no hay espacio ni para los individuos considerados como animales”, describiendo así el hacinamiento en el que se encontraban los internos.

Estas doscientas setenta celdas se encuentran repartidas en cinco pabellones o series, las mismas que convergen en un centro por el un extremo y se alejan en ángulos desiguales, dando así una forma estrellada a esta edificación.

En un principio se clasificó a los presos de acuerdo:

- a. Al crimen cometido;
- b. Caracteres de degeneración orgánica que presenta el cuerpo, así, el cráneo, los miembros, etc.
- c. Por las inclinaciones: envidiosos, indiferentes, hipócritas, indómitos, preteniosos y dóciles.
- d. Por los años de sentencia: así, sentenciados de cuatro a ocho años de sentencia, etc.
- e. En los últimos años, la división de las series se ha realizado en muchos casos no en base de un criterio técnico, sino mediante influencias o incentivos económicos.

Con dolor diré que en la mayoría de casos, la rehabilitación es una quimera ya

que no existe un Reglamento interno que regule las actividades de los internos; a continuación voy a detenerme en los únicos medios de rehabilitación que a mi modo de ver, existen y que son la escuela y los talleres.

## LA ESCUELA.

La idea de educar al preso no es nueva, ya el sistema francés buscó la instrucción escolar. El mayor aporte en esta área, se da a principios de siglo (1903-1909) gracias al apoyo eficaz de los ex-Directores Juan L. Espinosa, José Javier Andrade, Carlos López, Delfín Orellana y a la ardua labor de Emilio García Silva, quien fue el primer profesor. La escuela se llamó "Escuela de la Penitenciaría".

Emilio García Silva afrontó problemas económicos y estuvo a punto de ser linchado por los internos por su deseo de luchar contra la ignorancia. Con el transcurso del tiempo logró ganarse el respeto y creó un sistema de incentivos para los internos con muy buenos resultados (dos sures al mejor alumno). En seis años dio instrucción a 159 alumnos.

Las clases se dictaban en tres ciclos que eran ínfimo, preparatorio y medio en un horario de seis a ocho de lunes a sábado; las materias que se dictaban eran escritura, urbanidad, historia, geografía, aritmética, agricultura, gramática, lectura y estudios (en estas horas los estudiantes realizaban un repaso de las materias).

La educación fue olvidada cuando se crearon las colonias penales de Galápagos y la colonia de Mera en el oriente. Hasta que en 1983 por iniciativa de los internos y gracias a personas como Antonio Noens, se crea un Centro de Alfabetización que lleva el nombre de "Escuela Juan Montalvo", en la que se dictan tres ciclos; el primero que corresponde a primer y segundo grados; el segundo que corresponde a tercer y cuarto grado; y, el tercero a quinto y sextos grados.

La escuela carece al momento de todo tipo de material y los muebles se encuentran semidestruídos.

## LOS TALLERES.

Es una necesidad primordial crear talleres que sean adecuados e higiénicos. Además también se debe buscar fuentes de financiamiento y mercados en los cuales se paguen los precios justos, para que una vez obtenida su libertad el ex-interno, pueda fundar su propio taller artesanal.

En el pasado existían talleres que funcionaban en la planta baja de los pabellones. Eran de alpargatería, carpintería y zapatería. Existieron proyectos de talleres de sastrería, hojalatería y sombrerería, pero no se concretaron por falta de dinero.

En el Penal García Moreno podemos encontrar actualmente talleres de carpintería y artesanales (modelismo de madera) pero son muy pocos los que pueden trabajar en estos talleres, otros internos trabajan por su propia cuenta el hueso, la madera, el coral, el coco y fibras, para de esta manera tratar de solucionar y aliviar en parte la misera en la que se encuentran.

**El eterno mal de este centro ha sido, es y será la falta de apoyo eficaz por parte de los gobiernos de turno para crear escuelas, establecer talleres, y mejorar la administración de justicia (el 78% de los presos no tienen sentencia). ¿Cuándo nuestros legisladores elaborarán leyes?, en vez de perder el tiempo olvidándose de nuestros hermanos que han perdido el don más grande dado por el Creador: la Libertad.**

# SECCION LITERARIA

## **Cuento**



# Cómo cortarse las venas con una galleta

## Melodrama absurdo

Juan Fernando Jervis

A la memoria de los débiles de carácter, obsesos y pobres diablos.

*Cómo no acariciar largamente el perpetuo otoño de la paradoja  
de sentirse cerca pero no saberse  
ni pensarse  
y la estéril parsimonia gris que nos impide atisbar más allá  
de la absurda tranquilidad que fríamente adormece los ojos  
de nuestro abandono*

*oprimes tu garganta transformada  
y en la distancia sientes  
más que escuchas  
tu propia voz con amargura  
dictarte azulmente la contraseña  
que te abrirá  
otras puertas igualmente absurdas.*

Martes 28 de junio.

Es de cierta forma cómico el hecho de que me encuentre rodeado de gente y, sin embargo, no encuentro en ellos el menor indicio de calor humano, energía, o como quiera llamársele. Se me altera el sentido de... qué sé yo. A fin de cuentas, no creo que el momento se preste a elucubraciones seudo filosóficas, seudo filológicas o seudo existenciales. Sin más, me despido de todos (¿todos?, ¿cuántos?) aquellos que merecen conocer algunos detalles de mi ruin existencia, que existen dentro de lo que constituye mi pobre historia personal. Al menos se que tú, que nosotros, quisiéramos comprender hasta la médula lo inconcebible, lo que desequilibra o afecta, lo que nos rodea. A ellos va esta sarta de incoherencias verdeazules, remojadas de irracionalidad, a ratos indeglutible, pero muy mías, profundamente mías.

Jueves 30 de junio.

Desperté con el sueño aún aferrado a mis músculos, negándose a aflojar su ventosa de mis poros. Tenía el cerebro embotado por una neblina rojiza, fruto de la serie interminable de cubalibres que anoche me llevaron a comprender, como tantas veces, la necesidad casi asfixiante de envolver mi vida de tí; y, además, fruto del peculiar reingreso al nivel consciente.

Es curioso cómo la primera imagen que día a día se construye en la mente en los instantes que demora el abrir los ojos y entender lo que éstos ven, con el lento galopar de los días se convierte en algo tan tibiamente familiar, propio, diríamos, que a pedazos se incorpora al mecanismo rutinario que sostiene y rellena nuestra vaciedad interior.

Así absorbí el panorama que mi ventana contenía, con la certeza de no creer que algún hecho inusitado, de aquellos que alteran la sistematización que determina nuestra normal y aborrecible pasividad, diferenciaría éste de los 29 días pasados, vano consuelo de que no debería imprimir mayor esfuerzo en seguir tratando de entender un poco la ilógica cotidiana.

En el transcurso de la mañana noté (a veces me asombro de mi propia perspicacia) que algo fallaba. A pesar de que estrujé y tiré al cesto de basura lo poco de puntualidad que encontré en mí y concentré mi actividad en divagaciones existenciales -menos práctico pero más vivificante que enjabonarse rápidamente la espalda-, el reloj no avanzó a la velocidad acostumbrada. Su perezoso caminar de babosa, viscoso y cansado como la caída de un poco de miel del borde de los dedos, me recordó el lento pero implacable regresar del mundo idealizado a aquella etapa de vida en que nos inyectan la personalidad, las buenas costumbres, el sentido común, en fin, en que nos confinan a ser gente y no hombres. Me rayé.

Encendí el equipo y puse Pink Floyd decía welcome my son welcome to the machine y creí oír la voz de mis viejos y de la gente que había estado cerca en los pri-

meros años de mi pre-muerte y seguía where have you been it's alright we know where you've been y ¡claro! como diría el Roberto que tenía un claro preciso para cada momento preciso a la final estamos tan atados a esa prolongación estúpida del cordón umbilical que ya a estas alturas del partido...

### *PARENTESIS HISTORICO*

*(El personaje, como se intuye, ha encontrado a una mujer, se ha enamorado de ella y ha decidido compartir un poco de su monotonía subjetiva con ella. A ratos se notará una cierta depresión en su tono).*

### *FIN DEL PARENTESIS HISTORICO*

Miércoles 6 de julio.

Cansadamente me sigo aferrando a lo tuyo como si fueras la última oportunidad de salir, de protegerme y salvaguardar mi endeble felicidad, librándome a medias de enfrentarme a lo que aparentemente es mi destino. Certeza dentro del caos; incertidumbre abstracta. He vivido menos años que los que mi cédula de identidad me carga. Explicación: vivo menos, involuciono, retrocedo, la existencia se me parte en dos. Vomito.

Jueves 21 de julio.

Hoy comprendí un poco más acerca del problema de no cepillarse los dientes antes de acostarse. En realidad, no debería importarte el que se te pudra la dentadura, ni que el sarro te cuelgue como helecho de los labios, ni que tu chica te empiece a odiar y a poner cara de asco cada vez que la quieres besar, ni que el sembrío de caries a la final te perforo el cerebro. Pensarías que si eres feliz sin hacerlo, podrías obviar un tedioso ritual diario que jode al menos a la mitad más uno de...

Martes 26 de julio

Ayer se fue. Y lo peor del caso es que casi ni se despide de mí, el adiós prácticamente me llegó de rebote. Realmente apenas pensar en la forma cómo yo degeneré dentro de ella al punto de que ya no pesen, el momento de decidir wether she must or she musn't, todos aquellos detalles que me harán único en su vida.

### *PARENTESIS EXPLICATIVO*

*(Como se puede observar, el personaje se sumerge en la etapa de la obsesión, lógicamente iniciada cuando ella, muy inteligentemente, decide tomar otro rumbo)*

### *FIN DEL PARENTESIS EXPLICATIVO*

Lunes 25 de julio.

Esta noche fui triste. La congoja se me anudó en los labios y solo fui capaz de expulsar de mí dos lágrimas. La tibieza salada de una de ellas se me quedó en el ojo derecho, reacia a dejarse rodar pómulo abajo. La lágrima que nació en mi ojo izquierdo se detuvo un instante en la comisura de los párpados y lentamente fluyó hacia mi cuello. Es curioso pensar en el proceso de gestación de las lágrimas.

Te me escapabas por entre los dedos. La desesperación no me permitió encontrar un recipiente adecuado para conservarte. Quise rogar, llorar, arrodillarme y aferrarte a mí con las uñas, pero entendí que no había salida.

Corre, huye, vuela, encuentra todo aquello que siempre has buscado, que no encuentras en mí. Al final: el desencanto. Por mi lado, la muerte en la muerte. Solo y triste. Ese soy yo. El de las largas caminatas de ojos verdes de mirada perdida a cualquier hora y hacia cualquier sitio. El de los amaneceres sin sentido. El del tiempo largo y gris, tiempo quizá de espera, con la certeza de conocer lo otro y saber que siempre, tarde o temprano, se regresa al hastío. Disminuido. Desgastado. Ese.

Piérdete. Piérdete en el tiempo, piérdete de mí acariciando tu recuerdo. Piérdete en la inmensidad de mi tristeza, junto con mi otavalo nostálgico y todo, todo el resto. Con mis dos lágrimas. A mí ya no me servirá nada de eso. Regreso a mi hogar, a mis cosas, a mis muebles: a mi escondite. Después de tí, el diluvio (¿dónde he escuchado eso?);

Adiós.

Negro, negro sobre negro. Negro profundo, triste. Psicosis negra, sangre negra. Hoja de afeitar, navaja, cuchillo, tijeras, galleta. Por qué siempre regresan esas ideas suicidas. ¿Qué pasa! ¿Por qué tanto miedo? ¿Miedo a qué? Tengo ganas de destrozarme el cráneo a batazos. Telarañas me cubren, se incrustan en mi carne, pegajosas: trato de soltarme, giro, muevo los brazos, salto, me destrozo la piel del cuello en un desesperado intento por sacármelas de encima. Me arranco los párpados, la angustia me cercena las orejas. Poco a poco pierdo movilidad y escucho el lejano sisear que se aproxima lentamente -qué mierda de pesadilla-. Y allí envuelto, momia, larva de mariposa monarca, ciego, paralítico, pero sintiendo cómo la araña monstruosa se acerca. Auxilio (con cansancio), sácame de aquí (con póstuma resignación). He muerto, dudo que alguien me salve. Sólo tú, pero estás tan lejos. Y cómo hacerte llegar mi llamada si estoy incomunicado en esta maraña de seda, celda de savia de araña. Quisiera despertar de esta pesadilla; abrir los ojos y encontrarme con tu imagen.

Lunes 15 de agosto.

Es hartante (¿existe ese término?) tratar de buscar algún suceso trascendente que merezca la pena de ser contado por su valor intrínseco o por sus implicaciones

inmediatas. Reconozco que no siempre tengo el ánimo de vivir proyectándome de alguna forma hacia adelante, pero en todo caso mi intención, de manera muy general, es sacar el jugo a esta porquería de la existencia.

### *PARENTESIS EDUCATIVO*

*(El personaje, como se constató en el trozo precedente, ha perdido la noción de la realidad. A lo que viene, le habrá conducido un hecho específico. Descubra Ud. la moraleja).*

#### *FINAL DEL PARENTESIS EDUCATIVO*

Lunes 22 de agosto.

He estado meditando acerca de la manera más adecuada para “cometer suicidio”, y llegué a una primera conclusión: no debe ser en el departamento ni en casa de nadie. ¿Por qué? Imagino a mi mamá entrar a mi cuarto y encontrarme tendido en el piso bañado en sangre y con los ojos desorbitados y sin vida. Menuda impresión se llevaría. En ese caso, no sólo sería culpable del delito de autoexterminación ante el tribunal... Mejor espero a que el reloj marque las doce y miraré la luna.

Martes 23 de agosto.

El domingo escribí esto:

Ustedes se equivocan.  
Lo mío nunca fue capricho  
ni quiso serlo  
simplemente fue una forma de respirar  
peculiar, si insisten,  
de sentir y hasta entender  
agotando todos los recursos  
que mi propia mediocridad  
me confiaba.  
Por lo tanto, antes de marcharme  
creo necesario descubrirme:  
Atenazado por la locura infame  
de acercarme al fondo  
me estrello  
contra la artera corteza  
del instinto.

Y los anillos psíquicos  
entrelazados en mi garganta,  
y el sórdido horror de mis pesadillas  
inundando el paso del tiempo.  
Y el apacible remanso de mi soledad,  
guarida inexpugnable de mi desesperanza,  
contaminado ya de dolor.  
Y mi incomprendida.

radical,  
totalizadora,  
inocua  
forma de ansiar la plenitud  
compartiendo una cama,  
un sueño, un hijo,  
un jardín...

Sábado 22 de octubre.

Ya el tiempo ha aplanado la imagen de Gabriela, de todas ellas, aplastándolas contra la pared, convirtiéndolas en una fotografía más incrustada en mi pasado. Caracoles. Presiento que esta, mi nueva vida, no ofrece más que las expectativas lili-putienses a que he estado acostumbrado. He escrito la apología de mi destino:

### APOLOGIA DE MI DESTINO

*Se escucha ruido de pasos y sillas acomodándose. Alguien carraspea. Toda la escena tendrá a la Misa de Réquiem, de Fauré, que empieza a sonar muy levemente, como música de fondo. Se levanta el telón. Una habitación triangular, sobriamente amueblada. En el centro una mesa con dos sillas, una al frente de la otra, en las que los personajes se sientan. Una de las sillas está situada de espaldas al auditorio. En el fondo, un compartimiento con un inodoro blanco. Los personajes, que por cierto responden a los nombres de JV1 Y JV2, respectivamente, mantienen una conversación al parecer muy interesante. JV1 luce cansado, triste, casi natural. Por su lado, JV2 se muestra enérgico y decidido. El público hará lo posible por escuchar las palabras de ambos, pero son inteligibles (Ud. puede adquirir este diálogo, sin modificación alguna y tal como se da, a un precio módico, en el almacén situado en los bajos del teatro). En un momento dado, ambos personajes se levantan de sus respectivas sillas y caminan hacia el compartimiento situado al fondo. Se quitan los zapatos y se dan la mano. JV2 ayuda a JV1 a introducir primero un pie y luego el otro en el inodoro. A continuación, JV1 se acomoda a medida que desciende por el fondo. Una vez que todo el cuerpo ha sido introducido en el cubículo de porcelana, JV2 pre-*

*siona con la mano la cabeza de su compañero y, a su vez, coloca los pies en el interior y repite el mismo proceso, con la diferencia de que, cuando sólo queda su cabeza fuera del excusado, maniobra con su brazo derecho y finaliza la labor. Por último se observa el brazo derecho de JV2 levantarse de manera majestuosa y accionar la palanca plateada en la parte superior izquierda del inodoro. Se oye el clásico sonido que revuelve el estómago y que nos hace contener automáticamente la respiración, y desaparece el brazo en un giro gracioso y redentor. Cae el telón. Aplausos. En la platea, el único espectador de la obra, JV, sonríe, y su mirada absorta va perdiendo el brillo a medida que su respiración se detiene.*

### **PARENTESIS IN MEMORIAM**

*(El personaje ha asistido a su propia desintegración emocional y se ha quitado voluntariamente la vida. Como es de costumbre, guardemos un minuto de silencio por la paz de su alma, recemos beatíficamente, contemos unos cuantos chismes y sigamos viviendo felices para siempre. Requiescat in pace. )*

**FIN DEL PARENTESIS IN MEMORIAM**



## La fuerza de los deseos

Javier Jiménez Mosquera

*H*ace ya seis horas que nos instalamos en nuestro vivac de altura, y no puedo conciliar el sueño; es el primero que realizo; a más de eso, estamos a 6.100 metros y realmente el frío me hace castañear los dientes.

*Pasan por mi mente en este momento toda una serie de imágenes de casa: mi perro, la hora de la comida, el rostro de mis padres, ¡ si supieran dónde estoy en este momento! Es un sentimiento un tanto extraño; pues, por una parte quisiera inmortalizar los segundos que pienso en este helado refugio y, por otra, pido a Dios que adelante el amanecer, puesto que el frío ya ha comenzado a congelar mis pies.*

*Christian y Omar se hallan entretenidos preparando en la cocineta de emergencia un poco de agua dulce, ya que realmente no podría decirse que eso fuera té; el Flaco castaña sus dientes y provoca en mí un poco de risa verlo en una posición tan incómoda, sin percatarme de que yo también debo lucir cómico; en eso oigo que alguien se queja, es Mike. Christian nos llama uno a uno para que no nos quedemos dormidos; pero Mike no responde, nos asustamos pensamos que está muy mal, por fin logramos despertarlo y le rogamos que no intente dormir, todos nos callamos y el silencio de la noche sigue incesantemente provocando imágenes y pensamientos que a veces me causan inquietud.*

*Amanece, el sol parece romper la bóveda azul del cielo, ensangrentándola con diversos tonos de rojos. Me causa regocijo saber que aún estoy vivo; pero no deseo continuar hacia la cumbre. Omar, sin preguntarme nada, tan sólo con una mirada comprende que debe bajar conmigo. El Huascarán parece que nos ganó esta vez la batalla”.*

Era el verano de 1986 y Favio Vallejo, acababa de escribir estas notas en su diario, manteniendo firme en su pensamiento la convicción de que algún otro día volvería a enfrentarse con ese coloso de los Andes Sudamericanos. El Huascarán significaba ahora, más que un reto como montañero, un reto a sí mismo. Sin embargo, Favio sabía que antes de pensar en volver debía, primero encontrar el sentido que tenía la montaña para él.

*-¿Es un deporte o un medio de vida, un escape de lo mundano y de mí mismo, un egotismo o una plena realización?-* Se preguntaba incesantemente, acaso muchas veces con miedo a no poder hallar una respuesta.

Durante todo el año pasado estuvo intentando comprender cuál fue el valor de sus pensamientos esa noche en el vivac, en donde incluso llegó a pensar que moriría.

*-“Si, ya sé que fui el más débil de todos en cuanto a ánimo y deseos de pelear esa cumbre. Al bajar de nuevo al campo base, dentro de mí sentía una derrota de mis principios, lo cual me ha llevado a pensar y comprender el por qué regresé en el verano de 1987 al Perú”-* Así me escribió en una de sus últimas cartas, yo no lo comprendí hasta hoy, en que encontré en su habitación una pequeña bitácora de sus expediciones. Luego de mucho buscar, decidí extraer las notas más significativas de su “lucha consigo mismo”, como él prefería llamar a su expedición al nevado Huascarán.

En el verano de 1987, Favio con cinco de sus mejores amigos montañeros decidieron volver al Perú, para saldar una cuenta pendiente que tenían con ellos mismos; Favio jamás regresó del Perú, por una ironía del destino murió, no como siempre quiso, en el regazo de una montaña, cansado por el esfuerzo vital de llegar a la cima, sino que fue atropellado por un vehículo cuando salía de su hotel camino a celebrar su aventura.

“La aventura comenzó en agosto de este año, con tres posibles metas: teníamos pensado ir a la Pirámide de Garcilaso, Artesonraju y como fin de nuestra ambiciosa expedición, el coloso Huascarán. Las dos primeras cumbres fueron consideradas en cierto modo como un pequeño entrenamiento para abrimos con éxito a la conquista de la preciosa meta; pero, en cada una de esas cumbres dejé tanto de mí, en cada paso, tornillo y aseguramiento que sentí que comenzaba realmente a comprender el valor del andinismo: no tanto en poder bajar a la ciudad y contar nuestros éxitos ni fracasos, que generalmente no deberían ser denominados así, pues en montaña hablar de éxitos y fracasos es muy relativo, sino en llegar a casa sintiendo que había muerto un poco en la montaña y que, asimismo, volvía a nacer, sintiéndome pleno de vida.”  
*-Me acordaba de la obsesión que tenía Favio de vivir, de hacer las cosas que realmente le inspirarán ese sentimiento de plenitud, de vida-* Continué leyendo.

“Desde Musho, pueblo considerado como el de base para emprender cualquier acercamiento al Huascarán, me daba cuenta que esa montaña era verdaderamente

una escuela de vida para todos los que participábamos de esta aventura.

El organizar los pesos, cargar las acémilas y caminar por esos serpenteantes y pedregosos caminos, en los cuales tantas personas habían marcado sus pasos en el polvo del camino para la conquista de esta cumbre, me daba una sensación extraña, si bien un andinista sueña siempre con abrir rutas y el tratar de ir por donde nunca nadie antes ha pisado, el hecho de caminar sobre el mismo sendero en donde tantas ideas, sentimientos e imágenes habían nacido me daba una sensación de compartir un mismo ideal, una misma idea, sentimiento.

Hemos pasado las primeras quebradas y vencido el primer valle, comienza un pedregoso sendero que nos lleva a las lomas bajas de la morrena del nevado. Caminar bajo la espectacular masa de granito del Huascarán era algo tan sublime que trataba de atrasarme o adelantarme, según el caso, para poder asimilar en soledad esa portentosa fortaleza pétreo. Ya en el campo base de la morrena descargamos de las mulas todo el equipo, y nos preparamos para la marcha; nos despedimos del arriero y sentí ganas de darle un abrazo, y decirle gracias, pues él también era parte de nuestro universo aislado!" -*¡tu ansia de soledad Favio, tu ansia de soledad, para buscar en el silencio de tu pensamiento las respuestas a todo!*- Prosigo en la lectura con un nudo en mi garganta.

"La mochila pesa y me hace sudar la camisa; paro para acomodarme el suéter en la cintura y veo hacia el valle; ahí las personas deben continuar en sus labores, arando, cosechando, limpiando, vendiendo, y nosotros aquí arriba cansados y hambrientos, ¿todo por qué? Doy otro paso con miedo a contestar la pregunta e intento olvidar. Vamos subiendo y cada vez siento más a mis hombros estrujados y maltratados. Quisiera dejar la mochila en el suelo y continuar sin ella, pero sé que es sólo un deseo que no se convertirá en realidad, debo aguantar.

Sigo caminando ensimismado en mis pensamientos y compartiendo con todos el sufrimiento del cansancio... cinco pasos más y ¡ya!, por fin estamos en el sitio donde acamparemos esta noche, tenemos que descansar un poco ya que la aventura continuará mañana ¡más y más arriba!

Tomo una taza de mi mochila y vierto el contenido de la humeante olla que el Flaco me facilita, el café está muy bueno y mejor aún, si es compartido por todos en las mismas condiciones, frío y cansancio. Esa noche apenas si puedo dormir. Raúl ronca a pleno pulmón, el sleeping está mojado y siento un hormigueo en el estómago. ¡Caramba, sólo de pensar en salir de la carpa a buscar un lugar donde pueda "meditar" en paz me hace tiritar! Creo que me quedé dormido cerca de las 2 de la madrugada y cuando me despierto, a mi lado sólo escucho los ronquidos de Raúl y de Arturo. Comienzo a pensar en lo hermoso que fue escalar con ellos el Artesonraju, hace ya dos semanas, y las sensaciones nuevas que tuve en plena pared. Fue la primera vez que me enfrentaba a una pared de tanta altura; y, el haber vencido mi miedo me daba una tranquilidad tan absoluta... Oigo ruidos en la carpa vecina, deben estar preparando el desayuno, me hago un poco el dormido; pues definitivamente no me sien-

to con ganas de prepararlo yo”.

*-Me acuerdo cuando Favio me contó sobre la conquista del Artesonraju y cuan fastidiado estaba por no haber podido tomar una sola fotografía de esa montaña para enseñármela. Pero, a pesar de todo, yo también viví esa aventura Favio... A través de tí-*

“Es alrededor del medio día y hace un par de horas que empezamos la marcha. Camino alrededor de una hora, paro y me siento para descansar. Hace un par de minutos que llegué al filo del glaciar, y frente a mí se extiende uno de los más largos y bellos glaciares de la Cordillera Blanca: el Raimondi, puesto en honor a ese gran hombre que, a principios de siglo, exploró esta portentosa región del planeta. Me estoy sacando la mochila cuando escucho voces detrás mío:

-¡Oye macho de dónde eres!- Inconfundible acento de un par de Iberos pienso para mí mismo. Me río para mis adentros y entablamos un poco de conversación.

-¡Hostia, que la nieve está floja y por joder que me he congelado los c...nes!. Me piden un poco de agua y continúan su marcha- ¡Me c...o en diez! Saco los crampones de la mochila -por suerte ajustan bien en las botas-, doy un par de sorbos a la cantimplora sintiéndome satisfecho de que aún queda un poco de jugo.

Han llegado los otros una media hora después. Cada uno se prepara y me pongo a contemplarlos uno por uno. ¡Si pudiera meterme en sus pensamientos por un segundo! Apuesto a que todos pensamos en lo mismo este rato ¡llegar!

Estoy encordado al final del grupo, tengo ganas de llegar al campamento y tomar unas cuantas fotos. Sergio va delante de mí, para a cada momento para descansar y eso, en cierto modo, me molesta. Le pido que continúe y le recomiendo que intente establecer un ritmo, ya que así no se fatigará tanto. Sin embargo no me hace caso, y me entra un poco de coraje. Siento que, si no se esfuerza, todo lo que hemos luchado en el año para llegar hasta aquí habrá sido en vano; le exijo que intente superarse, pero no me hace caso. Le llego incluso a gritar, luego me entra un poco de vergüenza de mi actuación y me pongo a pensar qué es lo que me llevó a perder la paciencia, ¿el miedo a no cumplir con nuestro objetivo o el hecho de ver que una persona no se ha preparado para esta empresa y por su culpa toda la expedición estaría expuesta a sucumbir?

Hace rato que el sol se ocultó. Es de noche e intento dormir, sin embargo la temperatura debe estar por los 10º bajo cero, lo cual provoca escalofríos en mi cuerpo.

Sólo de pensar en que mañana debemos levantarnos temprano, me provoca una sensación de pereza, lo cual ruego a Dios me ayude a superar en la mañana.

Con el sol, se levantan nuevamente las esperanzas y las ilusiones de acometer al nevado. Hace frío y, para colmo, soy el encargado de preparar el desayuno. Refunfuñeo un poco, pero en seguida se me pasa; siento una mórbida satisfacción interior de pensar que soy responsable de la alimentación de mis compañeros. Preparo chocolate caliente y llamo a desayunar. Levantar el campamento nos toma más tiempo

del que suponíamos, con lo cual la marcha glaciara arriba comienza casi a las 10 de la mañana.

Atravesar el glaciar, supone una experiencia increíble para quien lo hace por vez primera o para quién anteriormente ya la ha realizado; los enormes bloques de séracs, material resultante del desgaste y fuerzas de la montaña, son testigos de nuestro solitario esfuerzo; las profundas y azuladas paredes de las grietas se hunden amenazadoras en las entrañas de la montaña, haciéndonos sentir una mayor necesidad de seguridad de grupo; los grisáceos muros de granito recubiertos de nieve nos despiertan la codicia de intentar nuevas rutas. En fin éste es un mundo en el cual cada elemento encaja perfectamente para brindarnos un perfecto sentimiento de plenitud.

En la marcha, cuando pasamos una profunda grieta, Raúl sufre una luxación en su tobillo derecho, lo cual no le impide que continúe caminando, aunque vemos en su expresión todo el dolor que está soportando, -¿y para qué...?- Me pregunto, ¿por qué ese deseo de luchar si le duele el pie?- Tratando de alejar esos pensamientos recuerdo una frase que algún día leí, pero que no recuerdo quién la escribió: *"Son estos los momentos en los cuales realmente se entiende el sentido de lucha de una persona, no dejarse vencer por el miedo, y lo que es más es saber aceptar las limitaciones de cada uno, nos llevan a una completa visión de nuestro hombre interior, desperdiciar estos minutos significarla no dar trascendencia a lo que realmente somos"*.

Son cerca de las 4 de la tarde y encontramos la última cresta, donde deberemos instalar el campamento de altura; sin embargo, es lamentable la visión que tenemos, todo es un basural. Increpo a todas las madres de los andinistas que estuvieron antes que nosotros. Me da rabia que no se tomen la molestia de dejar limpio el glaciar. Haciéndonos a la idea de esta vista, montamos todo el campo y nos repartimos tareas. Cada carpa está situada en un lugar privilegiado, y el día termina con una bendición: un rojizo atardecer que torna irreal este blanco mundo donde nos hallamos, palpita dentro de mí una pregunta que no dejo de cuestionarme siempre: ¿y después de esa visión... necesito algo más?

Raúl ha pasado mala noche a consecuencia de la luxación, por eso el mismo decide no escalar. Sé que, tras sus palabras de conformación, esconde el deseo de llorar y la frustración de estar tan cerca, pero al mismo tiempo tan lejos. -Evoco mi vivac del año pasado, las circunstancias fueron diferentes, me sentía tan débil anímicamente que no me dolió el haber "fallado", sabiendo que dentro de mí estaba la solución, es decir era una cuestión muy subjetiva, que sólo podría remediarse cambiando mi actitud hacia la montaña- "En cambio, Raúl se sentía perfectamente pero un hecho externo le privó de esa aventura; sea como sea, él también hizo cumbre...pues, su presencia estaba con nosotros.

Todos los demás, Vinicio, Arturo, Irene, Menotti y Raúl decidieron descender al campamento base al día siguiente, puesto que, no se hallaban en condiciones para "intentar la cumbre". Irónicamente el Huascarán habría de ser atacado por los mismos a quienes el año pasado negó un "triumfo"; ese es uno de los mayores encantos

de “hacer montaña”: la indeterminación de las circunstancias. Uno puede imaginarse tantas cosas, pero finalmente todo es un sueño.” -*Cuanto dependemos de la fuerza interior que pongamos para conseguir nuestros objetivos; pero no nos damos cuenta de ello, sino cuando ya es muy tarde*-. Evoco esta frase que Favio solía repetirme en nuestras inacabables charlas sobre el sentido de la vida. ¡Qué pena que tuviera que pasar tanto tiempo para entenderla!

“Soy el primero en salir de la carpa. Christian todavía está poniéndose su atuendo. La nieve está helada y brilla con el resplandor de la tenue luz que se levanta sobre el horizonte; siento profundas ganas de estallar en risas de alegría y el cosquilleo de la barriga por la emoción no me deja tranquilo. La cumbre norte está iluminada de tal forma, que la vertiente oriental se encuentra sumido en una misteriosa oscuridad. -Otra vez la sabiduría del Creador me deja maravillado.-

Nos adelantamos con Omar y Miguel. En este solitario paraje, el único ruido que nos acompaña es el monótono “cric, cric” de los crampones hundiéndose en la nieve. Aún no se levanta totalmente el sol por el oriente, a pesar de que deseo con toda mi alma que se apure, pues tengo entumecidos los pies.

Llegamos al comienzo de la ladera y nos decidimos a esperar a la cordada de atrás, -Christian y el Flaco- ellos están lejos ahí abajo en la garganta, les veo caminar bordeando grietas, lentos y silenciosos, asimilando también el cansancio y la ansiedad de llegar arriba. No puedo dejar de admirar la cumbre norte en frente mío, tan imponente, tan serena, de repente Omar interrumpe mis pensamientos y me da una punta de la cuerda para encordarnos; de aquí en adelante la escalada comienza a ponerse más difícil, lo cual requiere que todos trabajemos con nuestros sentidos al máximo. ¡Ah!, me olvidaba agradecer que por fin el astro rey salió y mis pies dejaron de dolerme.

Superamos la primera pared y desembocamos debajo de una grieta inmensa, requiere un poco de tiempo el alcanzar el otro lado de dicha grieta; del lado de oriente comienza a distinguirse, con diáfana nitidez, la espectacular silueta del nevado Chacraraju. Sus escarpadas paredes son razón más que suficiente para entender por qué tan pocos y privilegiados escaladores han hollado su puntiaguda y estrecha cumbre; él está ahí siempre dispuesto a ser escalado, pero ¿nosotros lo estamos?

En este momento estoy contemplando todo el esplendor de la aserrada cordillera y al mismo tiempo debajo de una resbaladiza rampa de hielo, voy asegurando a Omar y Miguel, aunque no se les puede ver, ya que un sérac los oculta una vez que terminan la pared, en eso escucho un estruendo detrás de mí y alcanzo a voltearme; por las paredes del Huascarán corre un alud provocado por el desprendimiento de un gigantesco bloque de nieve y hielo. ¡Es tal la impotencia que me quedo tenso y sin saber qué hacer! Estoy más helado que la propia superficie que me rodea, este es un signo de que aún el Huascarán se defiende...

“Pomp, pomp, pomp”, el corazón parece que se me sale del pecho cada paso aquí es un verdadero suplicio, pero trato de desviar mis pensamientos hacia otras

ideas,- ¡qué difícil resulta!- Vuelvo nuevamente a pensar que me estoy cansando - un paso más; descanso; paso; descanso! Miguel dice que ya no puede más que se quiere quedar sentado y que a la vuelta de la cumbre le busquemos. Obviamente estamos en total desacuerdo con él y le exigimos que intente superarse un poco más, que ya falta poco. No sé como se lo dijimos si aún nosotros estamos tan extenuados que estoy por pedir clemencia. Christian y Guillermo hace rato se quedaron atrás de nosotros, entre ellos se desata la misma historia con distinta envoltura; oigo a Chris decir a Guillermo: -40 pasos y descanso-, pero imposible, aquí no se camina en razón de pasos sino de espíritu y deseo. Me martiriza el sinfín de crestas que atravesamos y la cumbre aún no asoma. Estoy sintiéndome impotente, para colmo el día está extremadamente caliente y sudo como si estuviera en un sauna.

Veo a Omar que se detiene y se sienta: la cumbre está a 20 metros de él. Siento un alivio inmenso y a la vez de continuar de una vez, pero mi cuerpo me pide descanso; esta vez es Miguel quien tiene apuro de continuar lo cual me molesta, cuando él estaba extenuado le dábamos el suficiente descanso, ahora él no nos deja ni tomar un respiro, pero bueno nos levantamos con las piernas doloridas y el pecho a reventar y comenzamos a dar otra vez lentamente pequeños pasos que nos acercan a nuestra ansiada cumbre.- *“Si piensas que has perdido, entonces ya estás vencido; si dices que no vale la pena seguir luchando es que nunca quisiste ganar; todo está en tu mente y en la convicción de lo que deseas conseguir”*. Otra vez mis pensamientos se me adelantan.

12:14 minutos de la mañana: la bóveda dilatada del cielo se extiende en todas direcciones, ya no hay más crestas infinitas ni grietas que cruzar. Ante mí se extiende la plenitud del horizonte; siento como si mis deseos y esperanzas se acaban de expandir. Tengo ganas de hablar pero sé que en este momento, el silencio es lo más elocuente que se puede expresar. Estoy tan ensimismado contemplando la impresionante vista que se proyecta ante mis ojos, que olvido sacarme la mochila la cual hace rato me resultaba insoportable. Me desabrocho el cinturón y me desprendo de ella para luego sentarme e intentar respirar y respirar. Mi mente no quiere pensar es demasiado lo que en estos momentos contemplo y deseo asimilar...

El Huascarán nuevamente me ha enseñado, pero esta vez con otra tónica, “ella” me llamó para materializar mis ilusiones y yo estuve ahí, en su cumbre, luchando para vencer mis miedos y mis errores; cuando de ellos me percató y no les doy la espalda entonces ya estoy ganando; pero si pretendo dejarlos dentro de mí sin exteriorizarlos, entonces sé que no volveré... y por eso volví para sentir que vencí el temor de no poder exteriorizarme”.

*Cierro el diario de Favio, y no puedo contener una lágrima y una sonrisa al mismo tiempo. Ahora él ya no está con nosotros, pero dejó entre nosotros esa inquietud de vida que siempre tuvo, que siempre le acompañó: la fuerza de los deseos dependen de uno mismo.*

*Me doy la vuelta y abro la puerta para salir de su solitaria habitación; pero fijo*

*mi vista en una foto colgada de la pared, y como para soslayar lo que acaba de pasar por mi mente leo escrito con su letra:*

***Allá a lo lejos brillan mis ilusiones...  
quizá no las alcance pero aún son bellas...***

# El humano retoño del ébano

Patricio Carpio Mendieta

*Desnudo vine a este mundo,  
y desnudo saldré de él.  
JOB*

Aquella mañana con olor a azahares el cuerpo apareció en la pantanosa orilla del estero.

Los primeros curiosos que avistaron el despojo al comienzo presumieron que no se trataba precisamente de un cadáver, sino de un tronco incinerado de caprichosa forma arrastrado por olas del mar añil. Cuando los acuciosos escrutadores se acercaron un poco más hacia el extraño objeto se percataron absortos que en verdad se trataba de un ser humano yerto. Los rasgos anatómicos de aquel tributo marino correspondían a los de un niño de raza negra. Idelfonso Quimbal, un viejo pescador con fama de curandero, fue quien tras una meticulosa observación del pequeño cuerpo inerte, logró identificar a esa especie de proscrito ángel moreno caído del cielo y arrojado a tierra firme por el agua salina del oceano ilimitado.

“¡Si es el diablillo de Cincinnati!” exclamó Micaela Quiñónez, una negra retinta célebre por su voz de trueno y sus abultadas caderas de yegua azabache. Los raídos flecos del pantalón adheridos al cuerpo del muchacho no eran otra cosa que ridículos muestrarios de pequeñas algas marinas, pedazos de crustáceos, conchas diminutas y arena calcárea. No obstante la rigidez que prosigue a la muerte, el rostro de Cincinnati aún mantenía cautiva una picaresca sonrisa de perla tierna, como burlándose del fatal destino que truncó su existencia incipiente. La inútil desesperación por afe-

rrarse al azaroso mundo tampoco había logrado borrar la inquieta voracidad de sus inmensos ojos de melcocha.

Producido el luctuoso hallazgo, en pocos minutos una procesión de cuerpos cimbreantes, con sus torsos desnudos, se encaminó en pos de atestiguar el triste suceso. Las lodosas callejuelas del mísero poblado pronto quedaron desiertas, mientras los gallinazos y los albatros hambrientos con torpes aletazos destrozaban las frágiles mallas de las ventanas y devoraban todo cuanto encontraban a su paso por las homillas y los toldos de los camastros en algunos de los cuales dormían dos o tres infantes de piel de ébano. ¡Fue un grotesco festín de carne tierna!

Al filo de la playa, ajenos a su propia tragedia, los negros adultos colocaban apresuradamente hojas de palmera sobre el lodoso lecho, edificando una improvisada capilla vegetal, mecida cadenciosamente por el viento que iba a morir en el cercano acantilado. Esa misma brisa traía de rato en rato un penetrante olor de peces muertos y plátanos podridos.

Y con el viento vinieron también las evocaciones obligadas, rememorando las traviesas hazañas del infeliz Cincinati, quieto para siempre y por siempre. Nadie supo con exactitud el por qué de aquel extraño nombre.

Pero no faltó quien se atreva a hilvanar una historieta para saciar la curiosidad de los lugareños y otorgar una supuesta identidad al zambito muerto. La historia narrada era una agri dulce mezcla de fantasía, folclor y realidad.

Decíase que era hijo de un apuesto marino italiano cuyo barco de alto calado, dedicado a la pesca de atún, encalló frente a las costas de Muisne una noche de tormenta tropical, coincidentalmente una oscura noche en que arribaron a aquel pueblo costanero varias ramerías prestas a desflorar a los castos y hacer probar de su potaje erótico a los maridos infieles.

Fue por aquella fecha cuando el timonel Cincinati Fiordello, tras una larga y obligada abstinencia en mar abierto, desembarcó y acudió al rústico centro del placer para saciar su lascivia reprimida a bordo. Allí conoció a Olga, la de la sonrisa de conchaperla tierna, la más hermosa y voluptuosa de las mulatas que integraban aquel nó-mada harem administrado por El Califa, un corpulento y malencarado montubio pró-fugo de la justicia.

El italiano se quedó prendado de aquella chiquilla de ébano. Pero su permanencia en aquellas tierras del Litoral fue efímera, como efímero fue el amor que sintió por la que él llamaba "mía bambina". Fiordello se marchó irremediamente para jamás volver, llevándose su herramienta de amor. Mas, su semilla no cayó en vientre estéril. Nueve meses después, a este lado del océano vital, un nuevo ser lloraba por vez primera bajo una maltratada y descolorida carpa. ¡Era el humano retoño del ébano!"

En memoria de quien le hizo conocer la esquiva felicidad, la Bambina decidió hincar su paso itinerante en aquel trozo de suelo exótico y salvaje y se negó a continuar la senda interminable de sus compañeras de erranza e infortunio. Se quedó a

vivir en Muisne, enterrando bajo la arena calcinada y dorada de la playa su oprobioso pasado. La Bambina murió cuatro años más tarde víctima del paludismo y la demencial obsesión de la espera, soñando en el retorno de aquel que nunca volvió.

Filemón Cangá, vagabundo solitario y alcohólico consuetudinario, siempre llevó auestas el indeleble inri de sus desafueros que lo marginaron de la comunidad casi primitiva en la que merodeaba. Estibador de ocasión, cuando esporádicamente una barcaza de cabotaje atrancaba en el estrecho muelle trayendo queroseno, dedeté y salmuera para secar el bacalao, era el encargado de desembarcar la mercadería a cambio de unos cuantos cientos de sucres que en menos de un suspiro se diluían en la espuma de la cerveza helada.

El morocho Cangá se embriagaba de tal manera que pronto era una piltrafa humana tendida en el lodazal de la calle, mientras las cucarachas y los cangrejos se aseaban sobre su ulcerada espalda. Pero fue Filemón quien se dolió del desamparo del minúsculo Cincinati, acogiénolo en su mísera covacha. Mas, la protección del estibador antes que ser un consuelo para el pequeño se convirtió en un martirio con el pasar del tiempo.

Fueron múltiples las veces que el niño debió arrastrar con agotador esfuerzo el pesado fardo del beodo para que no permanezca a la intemperie, acosado por los zancudos y los bichos tropicales. La ingratitud fue siempre la recompensa: maltratos, hambre y maldiciones. Víctima de la resaca y convertido en una fiera sedienta de aguardiente, Filemón descargaba sus resentimientos sobre la famélica humanidad de Cincinati, obligado a mendigar para que su neurótico protector se financie unas cuantas copas de trago.

Fue en la casa de Caupolicán Campoverde, un serrano adinerado dedicado a explotar las camaroneras que se extendían como parches líquidos en la extensa sabana verde y tropical, donde Cincinati sintió por vez primera el calor de un hogar y el afecto humano. Caupolicán era padre de dos hijos de cabellos de alfeñique y ojos de canicas azules, cuyas edades eran similares a la del negrito huérfano.

Los instantes de fraternidad y alegría compartidos de los que disfrutaba en aquel cómodo hogar, eran el mejor alivio a sus penas y sinsabores, a su sufrida existencia. Con el pasar de los días, los tres niños conformaron y solidificaron una trilogía inseparable.

Caupolicán fue siempre un aficionado práctico de la pesca deportiva. Sentía una idolatría fetichista por su caña de pescar traída desde Canadá. Tres días antes de que Cincinati emerja del fondo del mar, el anzuelo había desaparecido misteriosamente del lugar donde siempre permanecía guardado. El dueño estalló en cólera y maldijo a las diez mil vírgenes por la pérdida de su preciado artefacto. ¿Quién pudo sustraerse la caña de pescar? ¿Acaso el negro travieso de Cincinati? Caupolicán no descartó tal posibilidad. Por primera vez dudó de la honradez de aquel huérfano que se había convertido en un miembro más de la casa. Sus sospechas no se ajustaban a la verdad.

En el remanso de la bahía tres niños navegaban en una frágil canoa. Buscaban

algo afansamente. Sus miradas escrutadoras se sumergían reiteradamente en el fondo del agua turbia, en un rastreo vehemente, como si estuvieran cerca de encontrar un tesoro marino abandonado por algún ignoto pirata. Los hermanos Campoverde estaban casi seguros que, de fracasar su misteriosa empresa, la vida se les complicaría ya mismo. Era más posible que a esa hora su padre haya ya detectado la pérdida. Escudriñaban el área en una fatigosa lucha contra el tiempo, que avanzaba implacable hacia la tarde. Estaban ciertamente temerosos por la suerte que les deparaba en casa de no descubrir el objeto buscado.

Habían transcurrido veinticuatro horas desde que la caña de pescar, tomada furtivamente, cayó y desapareció en el líquido vientre del agua, sin aparente posibilidad de rescate. Para Cincinati era la hora de las definiciones. Solidario con sus amigos, pensó que se le había presentado la oportunidad más propicia para evidenciar y retribuir la generosidad y el afecto con los que sus compañeros habían logrado mitigar su infortunio, llenar su soledad. Ese momento crucial ponía en sus manos la intangible pero preciada moneda de la gratitud para entregarla, como muestra plena de su impercedero agradecimiento, a los amigos que tanto amaba. Era un buen nadador, un magnífico buceador, no obstante su corta edad. Podía evitar el castigo que con seguridad les esperaba a sus compañeros venidos de la sierra fría, de no recobrar el anzuelo canadiense.

No había tiempo que perder. Decidió ir en pos del extraviado objeto. Con la agilidad de un delfín saltó hacia el agua y se sumergió en la profundidad del estuario. Pronto alcanzó el arrecife de coral. Se sintió libre dentro de aquel líquido paraje. Un cardumen de pececillos multicolores se desintegró ante la presencia del advenedizo.

El anzuelo no asomaba por ningún lado. Sólo los extraños habitantes marinos merodeaban por el lecho del mar azul. A unos cuantos metros divisó un pequeño bosque de algas sumergidas. Presumió que allí podía encontrar lo buscado. Nadó en esa dirección. Lo menos en que podía pensar aquel momento era en el peligro que representaba el estar demasiado tiempo sumergido en el agua. Disponía de escaso oxígeno en sus pequeños pulmones. Tenía que arriesgarse. Se propuso husmear en aquel laberinto vegetal. No saldría vivo de aquella trampa mortal. Los tentaculares tallos de las algas lo atraparon férreamente. No tenía escapatoria. Cincinati se ahogó, solo y en silencio. Desnudo como hacía diez años había venido al mundo, desnudo salía de él. Pronto quedó yerto en el fondo del oceano ilimitado, como una inmensa ostra negra arrastrada por una misteriosa corriente submarina desde algún remoto lugar.

Poesía



# Contactos en blanco y negro (Conmigo, con vos, con papá)

## I (Conmigo)

**E**ste es mi lado malo

Así es

peré y me quedo  
acurrucada en churo  
descifrando debajo del ombligo  
las veces que valía la pena

amenazar de llovizna en martes 12  
dejando con los ojos  
en posición de loto a los transeúntes

Añejando los colores

Así

hasta el blanco  
me quedo  
para indicarle a mi oreja cuál es el sur  
y contarle luego  
por qué me resfrié hace un año

o

para negarle que llegamos puntuales  
y pellizcándole en el cerro  
jo  
hacer que me reconozca

## II (Con vos)

Deshabitado

el botón

la costilla

los oídos

te quejas

entre tú y vos mismo

para bullir y dar

te

me

Anfibio

describes el conjuro

que ha de producir la humedad

recorres las costuras

el cielo a

b

a

j

o

La tierra girando sobre su eje

y esa afonía nuestra

que entonces somos los dos

conseguirá alguna vez los cardinales cuatro puntos?

## III (Con papá)

No te reconocí a los diez

y vos

en tanto

soñabas con un fusil

que poeme

tu gaznate

las rayas del casimir en otro lado

las suelas de tus zapatos con hambre

o con risa

No te reconocí a los dieciocho  
entonces  
danzante  
muerto casi  
entre hilos y papeles  
blasfemabas  
un libro de Camus conmigo  
y yo sin reconocerte aún  
sin soñarte

De sólo ver tu sombrero  
en ese mismo jueves  
tantas veces  
sobre la almohada  
tuya  
ambulante

¿Por qué me convertí en estatua de sal?  
Vos en los túneles  
amarillo  
y platónico  
yo  
sin reconocerte  
todo el tiempo  
aquí

No voy a dejarte  
hasta que cumplas  
la afirmación  
esa  
de convertirte  
por fin  
en el gran laberinto ciego  
y te toque

Silvia del Pilar Guachamín



## Zoológico negro

**L**a lluvia late en el aire,  
todo lo transparente y difumina en su textura.  
Así abre el silencio;  
el gran silencio de los picos y de las alas.

La madera en la espuma oscura  
duerme su apacible vida,  
pindales y guaduales cencerrean.

Gigantes líquidos  
conversan acuosamente en las orillas de arena.  
No se sabe si los ríos aun tiemblan  
fruteciendo  
inmensas boas  
del color de la piedra.

Las canoas sobre los ríos  
como leves espectros proyectan sombras largas  
de belleza inhabitada.  
El parpindo se nutre de humedad  
y las hormigas  
en línea que ondula  
transportan follaje a su laberinto subterráneo.

Todo tiene vida  
por donde sangra  
el hombre que descansa  
con su mujer y sus hijos:  
desnudos los pies, bajo una luz funeral.  
La vida late en la compleja urdimbre de la selva:  
en los labios  
que se nutren con la yerba leve,  
en los miembros armoniosos de la cotomica  
y calices de yutso o chontacaspi.  
Allí hasta el tiempo huele a limón descascarado  
y el corazón se anega de calma.

De los árboles cuelgan hebras de sombra,  
somniaientos pájaros  
y mariposas de acuarela azul, o fuccia.  
Otras amarillean  
e imbricando sus alas triangulares  
caen sobre el dosel.  
Los arcoiris copulan tamburos,  
la voz es vital  
en los esbeltos animales  
y la luna derrama su untura  
sobre el tiempo detenido de los grillos.

La selva es útero encendido para los escarabajos,  
nido feraz del ushupoto y la guambula,  
multiforme tapiz de vegetales y sangre.  
¿En qué nocturno pólem suyo habrá muerto el hastío?

Ella retrotrae a la nebulosa originaria  
a lo larval  
y germinal.  
Su comunicación magnética lleva al origen,  
a la huida  
hacia  
lo desmesuradamente cósmico y cercano.  
Silenciosamente preña de oxígeno a la atmósfera.

Así resiste la metalización que crispa.  
Así resiste la deshumanización que mata  
y bebe las estrellas  
de la noche  
Como un pozo de agua.  
Entonces la vida es dulce,  
el alma grácil se aniquila en aromas  
y los selváticos hombres siguen el rumbo de la estrella:  
cuando el sol columbra en el cenit  
les afloran rojos deseos.

Selva de láudicos bageles  
poseedora de yaramíes y loras picuri,  
urdimbre de ungurahua e inayo,  
maternal temperatura para los hombres desnudos  
de Quillu Yacu y Pumpuents.  
Su misterio aleonado es apacible,  
amable  
con las etnias  
que desde antiguo borbotean libres  
y vivificándose en devenir mutuo,  
en el perfecto equilibrio natural  
de las unidades bióticas.

Hombres y selva erigidos en un centro mágico  
procrean colibríes  
en la onírica sustancia  
de inmanentes culturas.  
Subsumiéndose al despertar y al anochecer  
adoran y se dejan adorar  
en la mitad del aroma  
que sufre la canela.

En Runashito y Sasaim,  
en Bangujo y Mulino Grande,  
en Rucullacta y Kuzutka  
se nutren con pulpa de caimito.

En Sarayacu las mujeres descubren  
los secretos de la arcilla  
y decoran sus mucahuas con tinturas propias.  
Todos gritan como pájaros sin alas su palabra:  
en los oídos de los vivos  
y en los oídos de los muertos  
y lucen en el rostro los colores  
que les hicieron perfecta el alma.

Indios piel de kua,  
de labios edurcolados con pardindo  
y pelo obscurecido con wito  
paladean la embriaguez de la yuca  
masticada  
fermentada  
con pulpa de arasá;  
hacen el amor entre sábanas vegetales  
y comparten la nuez  
con el machín y pucacique.  
Reductores de cabezas trepan el pambil  
hasta los pájaros  
y amarillo algodón de la papaya.  
Selváticos de amplia carcajada:  
shuaras y achuaras con rojos listones en la cara,  
quichuas y cofanes de shinchi shungo,  
huoranis y secoyas en el filo del tiempo,  
masticadores de ishpingo  
y tomadores de hayauashca;  
son un signo universal  
recuperándose  
en su hondo lagrimal disminuido.

Así es la selva;  
su muerte despierta el deseo de la muerte  
com su vida despierta el deseo de vivir.

## II

Sorpresivamente la sociedad opulenta  
obscureció la esbeltez selvática y polícroma.  
El Oriente no fue más que un mito  
porque escondía hidrocarburos en su negridez geológica.

El oficialismo implementó  
el levantamiento aerofotogramétrico  
de 400.000 Has. del área Conambo Bobonaza.  
Otro proyecto comprendía realizar  
trabajos de prospección geofísica aerotransportada  
en el Centro de Levantamientos Integrados

de Recursos Naturales por Sensores Remotos.

Preveía el levantamiento aeromagnetométrico  
de alta sensibilidad en la zona del litoral  
y plataforma continental  
en un área aproximada de 46.000 Km<sup>2</sup>  
en el frente submarino y la Región Amazónica.

Después llegó el águila imperial  
convertida en voraz tecnología.

Llegaron la:      British Petroleum  
                         Shell  
                         Texaco  
                         Gulf  
                         City Investing Company.

La ocupación violenta del territorio y etnias  
por extraños  
portadores  
de una cultura neocolonialista  
creó conflictos  
que se manifiestan en la práctica social,  
consolidó las brutales relaciones de explotación  
establecidas  
en un ambiente de antagonismo de clases.

Y llegaron buitres blancos,  
largas peregrinaciones de lingüistas de Oklahoma  
a decir que Dios  
no eran los árboles  
ni los ríos,  
sino aquel depredador  
en forma de águila.

Llegó el ILV  
a hacer cumplir los designios de Dios y el imperio.  
Llegó con Psicotecnólogos  
testigos de Jehová y mormones  
                  luteranos  
                  presbíteros  
                  metodistas  
y santos apóstoles de los últimos días.

Frailes propios y frailes extraños  
obligan a los indios  
a abandonar su visión politeísta  
y a creer en sotanas y santos  
que para ellos no son  
intermediarios entre Dios y los hombres,  
sino un panteón  
de deidades antropomórficas.  
Ellos y su tribu asociada nos han canibalizado  
durante demasiado tiempo  
y de la forma perversa de engordarnos  
para el matadero,  
con grandes cantidades de neurolépticos,  
con interpretaciones en su voz de maestros  
y con sus proyecciones  
y su miedo a su locura,  
su envidia de la locura de otros  
y su odio hacia la realidad  
de la diferencia humana  
y nuestra autonomía.

Es falso que lo terrible ya ha sucedido.

Nos enseñan a mentir y fingir convivencia con ellos,  
a traicionar nuestra experiencia  
y asesinar nuestra realidad.  
A decir la verdad para ser destruidos  
por atrevernos a decir cosas  
que exceden los miserables límites  
del lenguaje impuesto  
por el imperio y sus psicoagentes.  
Y nos protegen de tal desafío suicida, asesinándonos.

Nos enseñan a permanecer en silencio  
para obligarnos a pronunciar algún sinsentido.  
Nos declaran locos  
y a la locura subversión universal  
que amerita represión y vigilancia.

Desde entonces nuestra historia  
no es más  
una verdad indecible  
de una situación inexplicable.

Dictaron leyes de seguridad nacional,  
reforma agraria  
y declararon al Oriente espacio restringido.  
Payloaders y Wouldosers  
acémilas y hombres  
abren arterias hacia el pulmón de la selva.  
Fusiles y escopetas  
irrumper la mansedumbre,  
motores fuera de borda convulsionan el agua.  
Inconmensurables dientes de metal  
trepanan el vientre de la tierra  
hasta el magma  
hasta lo ígneo  
y allí estaba el quemante, sorprendente y negro  
-excremento del diablo- como los nativos llaman  
al petróleo.

Con él vinieron:  
la muerte, viscosa y lenta.  
Necesidades extrañas y enfermedades venéreas,  
turistas ataviadas con hot pants  
y blusas de macramé bordado con encaje de chantilly  
a frutecer con los indios  
y las indias bajitas.  
-indias guanto embriagador  
-indias lengua de ishpingo  
sobreviven al servicio de clérigos  
gringos y gobernantes  
que engordando su codicia  
con la búsqueda del excremento,  
a la hora de la adversidad se animan  
y engendran su violencia  
y crueldad ilimitadas.

Así accedieron a los campos petrolíferos.  
Abrieron pozos los gringos  
y al primero lo llamaron Lago Agrío.  
Fue perforado por el consorcio TEXACO-GULF  
entre el 19 de febrero y 29 de marzo de 1967.  
Su producción inicial fue de 3.300 b/d.  
Al pozo le dieron ese nombre  
en recuerdo al famoso campo Sour Lake,  
de inicios de esta CIA en Texas, 1904.

A otros les pusieron los nombres de sus putas:  
Fanny I, Fanny a la n...  
Marian I, Mariann a la n...

A otros nombres de etnias:  
Secoya 1, Shuara 2, Auca 3, Alama 1.  
A otros nombres de animales:  
Yulebra, Culebra, Charapa, Guanta.  
Y descubrieron más campos petrolíferos:  
campos: shusuqui, Sacha, Yuca, Sansahuari.

En un solo año la TEXACO bebió  
74'938.281 barriles de petróleo, de petróleo...  
Mientras amablemente vaciaba en nuestras manos  
toda la fetidez del mundo acumulada.

Ahora el tiempo rumia en sus entrañas  
selváticos dolores,  
la extinción de tucanes y charapas antiguas  
que la negridez de la tierra.  
Rumia el canto de los pucasiques y crisálidas  
envenenadas con envolturas de brea.

Los pindales ya no cencerrean  
y los bocachicos no afloran sobre la espuma  
cuando la luna es plúmbea.

Una lágrima que no cabe en la atmósfera  
circunda la garganta de los sionas  
arrojados a la desnudez.  
Los cofanes viven en resignación  
y transitan los meandros del Aguarico  
como extraños  
buscando loros para colecciones extranjeras  
y viendo que la dignidad de su sangre  
empieza a arrodillarse  
a la cultura occidental y cristiana...

Sombras diseminadas que retrotraen la historia  
son los huaoranis de Ahuemuro  
y Yasuní, de Toñampari o Quihuaro,  
Dayuno o Taparón Anamení.  
Jóvenes como Araba  
Amaento  
y Bainca  
venden su fuerza de trabajo a la CGG.  
Otros merodean los campos petroleros  
con el fin de intercambiar  
animales por alimentos,  
aves y cerbatanas  
aljabas y carcaj.

Como vientos y lluvias defienden su pueblo  
de los grupos que ejercen poder transnacional  
y etnocida  
y que entregan su territorio  
a los invasores extraños.

Los indígenas gritan como ríos sin cauce,  
como árbol sin hojas o aves sin alas.  
Pero están llegando a los oídos de los vivos  
y a los oídos de los muertos.

### III

Cascadas, cálices, huaoranis,  
unidades bióticas, murmullos,  
en potros de agua  
recorrerán  
el último espacio que les pertenece.

El comportamiento del aire y los peces  
se hará en los términos  
que establezcan los pájaros.  
La sangre de la gravidez geológica  
ha de volver en forma de alfabeto  
para que los árboles aprendan a escribir  
la historia de paz  
que milenariamente  
viven los hombres de la selva.

Cada fusil que irrumpa la conversación de las hojas  
y perturbe el sueño vegetal  
de los niños,  
será encarcelado en el silencio  
hasta que aprenda a cantar el himno de los ríos.

El vientre de las madres será precautelado  
con humo de canela  
para que los párvulos indígenas  
penetren el futuro,  
hermanados con los monos,  
tucanes y loras picuri.

No habrá perdón para los depredadores:  
plaguicidas  
mormonicidas  
jehovicidas  
ieraccidas,  
militares o transnacionales,  
que comparando a la selva con mujer abierta  
le destruyeron su cuerpo de manzana.

La esperanza a costas de las etnias  
florece en el vuelo de los quindes  
y en clorofila de yutso  
las hormigas frutecerán el alma de las piedras.

Todos, de todas partes juntos,  
en grandes peregrinaciones  
y espina dorsal del sacrificio  
custodiarán el hábitat,  
la dimensión material y espiritual de la cultura  
y en mucahuas de luz  
o búcaros de arcilla  
beberán la chicha, la ayauashca,  
a la sombra de la allpa mama y los guarumos.

Así se digitalará el episodio próximo  
de los hermanos selváticos.  
Se arpegiará con fibras de pambil la fiesta  
y los extraños deberán compartir la miel  
del ritual purificador.

Todos retornarán a su origen larvario  
y antiguo misterio de humanas luciérnagas.  
Miriadas de mariposas blancas  
vigilarán el crecimiento de los cedrillos y crotos  
para que la selva naturalice lo humano  
y el hombre humanice la naturaleza.

Sólo entonces los chupaflores librarán el sufrimiento  
de las algas, de nuestros ojos  
y la razón cósmica del hombre

Iván Narváez Quiñonez



# La desnuda geografía de la noche

*Mil años de silencio en una copa  
de azul calcáreo, de distancia y luna,  
labran la geografía desnuda de la noche*  
PABLO NERUDA

1

Termina el día:

El sol cae, ¡roja hoguera quemante!  
en el agujero de la noche tiritante.  
Levanto la mirada sedienta de distancia,  
escrutadora, llena de desencantos,  
quiero ser testigo del místico relevo  
de la luz que va y la tiniebla que llega  
en el crepúsculo ritual de las montañas.

2

La noche comienza:

En el claroscuro del ocaso agonizante  
los cónicos volcanes exponen sus cráteres  
cual labios cobrizos aspirando el aire  
que se deshila en la cúspide del Ande.  
La sierra, ¡músculo de metal y barro!  
parece una inmensa pestaña descalza.

3

La noche avanza:

Allá en la marina lejanía del oceano  
la oscuridad se encrespa, amenazante,  
armada de olas y tormentas tropicales.  
Abajo, en la tierra del fuego y la pampa  
la Cruz del Sur se expande, se dibuja,  
en la congelada faz del altiplano.  
La estrella polar en el recto norte  
guía el viaje sideral de algún astro.

4

La noche sigue:

Aquí, en el ombligo de la tierra  
la trágica comedia da comienzo.  
Cubro mi corazón de cruda arcilla  
con un traje de células irredentas.  
Engalano mi vieja piel andina  
con madre selvas, arupos y tilos  
y lleno mi voz de silencios blancos.  
Mis puños se contraen, estallan,  
y golpeo el vacío esternón del aire.

5

La noche continúa:

Afuera está la sombra triste  
con su vientre desnudo, opaco.  
Las luces han fugado apresuradas.  
La negrura estalla. El abismo resalta.  
Un hombre armado de audacia y coraje  
emprende viaje en nocturna erranza.  
La luna recostada, pálido astro,  
corta de un tajo la tenue atmósfera.

6

La noche es ya grande:

Es aparente la soledad de la calle.  
El silencio que impera en la calzada  
es sólo prelude de un burdo acto  
con que empieza el cruel espectáculo.  
Los fantasmales actores surgen de pronto  
como flotando en un estercolero urbano,  
cargados de ansias, buscando esperanzas.

7

La noche es más ancha:

Recorro su geografía de hembra azabache  
doblando esquinas sinuosas, empinadas.

Todo es penumbra, frío, desencanto.

Por doquier hay sendas peligrosas,

recodos siniestros, sifones, cloacas,

fosas insondables, fétidos pantanos.

¡La noche se desviste en mi delante!

8

La noche estalla:

Ahí está la ciudad sumida en el llanto,  
sembrada de niños haraposos, abandonados,

retazos de tierna piel despellejada,

raquíticos trozos de carne deshilada,

rostros humildes, bocas hambrientas,

tirados en la silente calle del espanto.

Minúsculas anatomías humanas

estirando las manos en pos de monedas.

9

La noche se dilata:

En las gradas de un empedrado atrio

la empobrecida madre proletaria

cubre con su raído paño de soledades

el famélico cuerpecito que desfallece

en una cuna de huesos descalcificados.

En la noche parece un fantasma errante

tras el mendrugo de pan que le fue negado.

10

La noche se expande:

Al pie del portal de una catedral labrada

un menesteroso anciano baraja los años

en un rito senil de frustración y engaños.

Pies desollados, vejez mancillada.

La muerte es para él la ansiada espera.

El tiempo ha orillado en sus arrugas

de viejo árbol ya sin raíces, sin ramas.

11

La noche es muy grande:  
Las reprimidas pasiones se desbocan  
cual briosos corceles libres de freno.  
En ellos cabalga la lujuria, la farsa.  
Los bares abren su bullente garganta,  
y entre copas de vino y charlatanería  
los cobardes hacen alarde de valentía,  
ahogando sus penas, escapando del día.  
Pintarrajeadas mujeres en erótica danza  
inician la subasta de su carne flácida.  
Los cafiches vigilan cual hienas voraces.

12

La noche llega a su clímax:  
Impúdicos, morbosos, los infieles caen  
en la telaraña tejido en un barrio rojo  
Pronto el hombre es un mísero despojo.  
La cómplice sábana de la noche ardiente  
encubre las obscenas pasiones carnales.  
Las moscas se agitan en torno a la mesa  
y, repugnantes, inician su nocturno vuelo.  
Trémula, temerosa, ingenua y confiada  
en la casa triste la esposa fiel espera  
el retorno de aquel que la ha traicionado.

13

La noche se inflama:  
Los instintos viles se liberan de golpe.  
El desdoblamiento llega. Irrumpe la bestia.  
Se mezcla el aguardiente con el falso escape  
y un ebrio tambaleante se desploma mareado.  
Se fermentan traiciones, odios, infamias.  
Se planifican asaltos, acciones rapaces.  
Cae herido en la esquina un sucio borracho.  
En las sombras flota el vapor de la orina,  
el humo del tabaco, de la marihuana.  
Hierros retorcidos, hilos de tibia sangre,  
se riegan en la negra piel del asfalto.  
¡La vida se queda dormida en la calle!

14

La noche desmaya:

Queda en la cantina, el burdel y el antro  
un fétido cargamento de basura humana.  
Noctámbulas miradas, nervios exaltados,  
promesas incumplidas, debilidades del alma,  
agitados corazones rotos en mil pedazos.  
Arrepentimientos inútiles, delirios grises,  
hombres mancillados, dignidades pisoteadas,  
frágiles triunfadores que terminan derrotados.  
Placeres fugaces dispersos en el aire,  
romances efímeros jamás reeditables,  
frustraciones guardadas en prohibida cama,  
temores al mañana, miedo a la alborada.

15

La noche acaba:

El frío asoma al rayar la madrugada  
congelando el aliento, entumeciendo la mano.  
Lamentos inútiles, enmiendas tardías,  
quedan vagando en la vereda solitaria.  
La noche acaba, cansada y violada,  
envuelta en silencio y neblina blanca.  
La noche ha pasado, febril y agitada,  
dejando huellas que borrará el alba.

El día comienza.

Patricio Carpio Mendieta



# ACTIVIDADES ESTUDIANTILES



# Informe de Labores de la Asociación Escuela de Derecho 1987 - 1988

A PARTIR DEL 8 DE DICIEMBRE DE 1987

HASTA EL 8 DE MAYO DE 1988

**S**in perder tiempo, y en base al Plan de Trabajo trazado, empezamos a trabajar en distintas tareas inherentes a la labor que desarrollaríamos durante este período de un año.

Como primera acción, y durante la primera semana de actividades, juzgué oportuno presentarme como nuevo Presidente de la A.E.D. ante todas las autoridades de la Universidad y de la Facultad. Es así como me entrevisté con el Padre Rector, con el Vicerrector y demás autoridades de las distintas unidades Académicas, Estudiantiles y Administrativo -Financieras, y a quienes manifesté mi interés de trabajar no sólo en beneficio de los estudiantes de Jurisprudencia, sino en beneficio de la Universidad Católica en general, lo cual fue acogido de muy buen agrado. En la Facultad me dirigí al Sr. Decano y al personal de Secretaría, a quienes también manifesté el interés de la Asociación que presido de ayudar en todo lo referente a la labor administrativa, académica y, por supuesto, de extensión social, ahora a cargo del Decanato.

Estoy convencido de que los proyectos estudiantiles de cualquier índole deben estar sustentados no sólo en el apoyo de los propios estudiantes, sino de las autoridades universitarias y, de igual manera, los grandes proyectos que pretende llevar adelante la Universidad, no serán plenamente ejecutados sin el concurso de todos quienes conformamos el conglomerado universitario.

En estos doce meses de labores hemos mantenido cruciales reuniones de Directorio, en las cuales se ha tratado temas de vital importancia para el desarrollo de la Facultad, tanto en los aspectos académicos como de funcionamiento y extensión de la A.E.D., los cuales han redundado en obras de beneficio para los estudiantes. En este sentido, un aspecto muy importante para llevar adelante la labor de la A.E.D. ha sido la estructuración y funcionamiento de las distintas Comisiones de Trabajo, sin cuya existencia los objetivos planteados hubieran sido prácticamente imposibles.

## COMISION DE LO JURIDICO-ESTUDIANTIL

La constante preocupación por la situación académica de la Facultad llevó a la Asociación Escuela de Derecho a organizar la Comisión de lo Jurídico-Estudiantil, la misma que bajo la valiosa Coordinación de Juan Carlos González, representante de los estudiantes a Consejo de Facultad, ha realizado propuestas concretas y eficaces para elevar el nivel académico de Jurisprudencia. Esta Comisión se organizó desde el inicio de labores de la presente A.E.D., a través de las siguientes Sub-Comisiones:

- 1) Reglamento General de Títulos y Grados: Ximena Avilés, Sara Jijón, Iván Pineda.
- 2) Pénsum de Jurisprudencia: Gina Cabezas, Ana Patricia Guerrero, Giussepe Jiménez, Hipatia Ortiz.
- 3) Proyecto de Reglamento de Profesores: Rodrigo Estefan, Héctor Olivo, Andrés Páez.
- 4) Relaciones Profesores-Estudiantes: Héctor Olivo, Fabián Ponce.

Entre las actividades realizadas hasta la presente fecha, debemos destacar las siguientes:

- Realización de la Evaluación de Profesores en concordancia con el Decanato de la Facultad.
- Organización de Cursos de Nivelación correspondientes a: II semestre 87-88 y I de 88-89, dirigidos a los aspirantes a ingresar a nuestra Facultad, los mismos que contaron con la presencia de destacados panelistas y más de 150 estudiantes en el primer curso y más de 240 en el segundo.

Quiero destacar el despliegue de fuerzas y trabajo evidenciado especialmente en el Segundo Curso, cuando los que componemos la A.E.D. determinamos que los contenidos de los exámenes de práctica, la orientación misma del curso y las conferencias brindadas a los aspirantes merecían un severo reenfoque, toda vez que los resultados obtenidos en el primero no eran del todo satisfactorios. Es así como se elaboró nuevos formatos actualizando los exámenes, entregando más y mejores materiales de apoyo, conferencias íntimamente vinculadas a los exámenes, etc. Los re-

sultados fueron evidentes: más del 54% de los aspirantes que ingresaron a la Facultad provenían del Curso organizado por la A.E.D.

- Elaboración de una propuesta alternativa sobre Materias Optativas a tomarse en otras Facultades de la P.U.C.E. y que fueron puestas a consideración de los compañeros oportunamente, al abrirse las inscripciones y matrículas para el presente semestre.
- Colaboración en la elaboración del Pensum de Materias Optativas de Jurisprudencia para el presente semestre.
- Colaboración en la elaboración del Programa de Investigación Jurídica, materia optativa a dictarse a partir del próximo semestre.
- Desarrollo del programa de "Seminario para Tesis".
- Examen del Proyecto para el Nuevo Reglamento de Profesores, proponiendo observaciones al mismo, las que serán conocidas en un documento de próxima aparición.
- Recepción de copias de las solicitudes presentadas a la Secretaría de la Facultad (Notas, exámenes atrasados, kárdex, recalificaciones, etc.), para agilizar su trámite por parte de este organismo.
- Luego del proceso de inscripción y matrículas en Jurisprudencia, se solicitó al Presidente de la Asociación Escuela de Derecho que convoque a una reunión de Directorio Ampliado de la A.E.D., para tratar sobre diversos problemas académicos y administrativos de Derecho, para lo cual se invitó a todos los compañeros de la Facultad y al Secretario de la misma, Dr. Arturo Donoso. Luego de un enriquecedor diálogo, se arribó a las siguientes soluciones:

- \* Dirigirse al Decano para pedirle que solicite a las autoridades respectivas dos semanas de prórroga para que los estudiantes podamos tramitar las solicitudes a que nos vemos obligados por los cambios realizados en los horarios.
- \* Proponer la creación de nuevas materias optativas y exhortar a Consejo de Facultad para que prolongue el plazo para realizar extensión de créditos.
- \* Demandar de Consejo de Facultad la información debida sobre qué estudiantes deben tomar como materias obligatorias: cuatro niveles de Idiomas, 6 créditos en materias religiosas y Derecho Canónico.
- \* Pedir al Consejo de Facultad que se dirija a la instancia correspondiente de la Universidad solicitando la justa devolución del valor cancelado por créditos, cuando por razones ajenas a la voluntad de los estudiantes se cambian horarios o eliminan materias.
- \* Demandar la creación de un nuevo paralelo de Economía III.

El Presidente de la A.E.D., a pedido de esta Comisión, y recogiendo el clamor de varios sectores estudiantiles, se dirigió al Decano de la Facultad con el propósito de solicitarle que, a nombre de todos los que conformamos la Asociación Escuela

de Derecho, mantenga en el seno del Consejo Académico una actitud abierta y jurídicamente equitativa, acerca del problema surgido con dos dirigentes estudiantiles de la Facultad de Teología.

Se llevó a cabo la recolección de material y edición del cuaderno de Pedagogía Jurídica No. 8 el mismo que recogiendo numeración anterior, ofrece a los estudiantes nuevos, una perspectiva más clara de lo que es el estudio de la jurisprudencia a través del extracto "El Derecho como saber Científico" de la obra del Dr. Jesús López Medel.

A nivel de Movimiento Estudiantil Universitario, esta comisión, recogiendo los planteamientos del Directorio de la A.E.D., se ha pronunciado jurídicamente y cuando la situación lo ameritó, hizo presencia física con otros miembros de la A.E.D. en actos, marchas pacíficas, diálogos directos con autoridades. etc.

Específicamente: a) Pronunciamientos varios frente al Proceso Electoral Nacional último; b) Pronunciamientos varios frente al alza de aranceles universitarios; c) Pronunciamientos acerca del problema de los dirigentes estudiantiles en la Facultad de Teología; d) Pronunciamientos frente a la difícil situación de algunos Profesores de la Universidad, en torno a la libertad de cátedra, estabilidad laboral, etc. e) Pronunciamientos varios frente a distintos aspectos de la vida nacional e internacional que han ameritado una respuesta jurídica concreta de la Facultad de Jurisprudencia: Impases entre poderes del estado, situación del sistema carcelario, caso Luis Robles Plaza, presupuesto de universidades, violaciones a los Derechos Humanos, Deuda externa, situación Centroamericana, entre otros. f) Marcha Universitaria por los patios de la Universidad fruto de la decisión de Consejo General de FEUCE-Q en torno a una serie de situaciones negativas para distintos estamentos ocurridas en la PUCE y mencionadas arriba. g) Marcha estudiantil reclamando respeto a la autonomía universitaria (caso Escuela Politécnica Nacional), entre otros.

Finalmente esta comisión se encargó de mantener las buenas relaciones con las demás Facultades de la Universidad así como con autoridades y profesores de P.U.C.E.

## COMISION ARTISTICA CULTURAL

Esta Comisión se trazó como principales metas, dentro del ideal de brindar una educación integral a los universitarios, las de difundir la cultura y promoverla a través de mecanismos que ya han sido puestos en práctica:

### 1. DIFUSION

1.1 Contactos con Galerías y Centros de Arte: Hemos solicitado de estos organismos una oportuna información de todas las actividades culturales, de tal manera que las publicitemos, como efectivamente lo hemos hecho, a través de carteleras y demás medios de difusión de la A.E.D.

## 2. *CONTACTO CON EL BANCO CENTRAL*

2.1 El Departamento de Difusión Cultural del Banco Central se ha interesado en promover la presentación de diversos actos culturales en la Universidad Católica, con el fin de que haya, a nivel universitario, una mejor compenetración de lo que es la ciencia que recibimos en la aulas de clase con lo que es el Arte; se llegó a un acuerdo por medio del cual se haría una presentación mensual de algún grupo artístico en la Facultad.

La principal concreción en este sentido, fue el PRIMER ENCUENTRO DE TEATRO QUITO, el mismo que se realizó en el Aula Magna de la P.U.C.E. del 16 al 20 de mayo de 1988 en cinco días consecutivos y contó con la presencia de los siguientes grupos y obras: Malayerba (Doña Rosita La Soltera), Ilonka Vargas (Ha llegado un Inspector), Compañía Ecuatoriana de Teatro (El Burgués Gentil hombre), Carlos Michelena (Teatro de la Calle), y Mario Ojeda (Taller de Mimo Contemporáneo). Se reunieron de esta manera varios géneros teatrales y por ende la posibilidad concreta de presentarlos al conglomerado universitario.

## 3. *ORGANIZACION DEL TALLER DE CINE Y VIDEO*

3.1 Mantuvieron su primera reunión el día 3 de febrero de los corrientes y se trazaron varios objetivos dentro de su plan de trabajo, los mismos que incluyeron:

3.1.1 Incrementar la participación de los estudiantes en el taller mediante la proyección de películas escogidas de la Cinemateca Nacional;

3.1.2 La realización de un cursillo de cámaras y edición para concluir, si es que los medios lo permiten, con la elaboración de un pequeño documental o corto cinematográfico.

Existió manifiesta dificultad de llevar estos objetivos a la práctica, toda vez que los mismos dependen directamente de una infraestructura difícil de conseguir en nuestro medio universitario.

## 4. *SEMANA CULTURAL*

4.1 Se organizó una Semana Cultural, que se desarrolló a partir del 16 de mayo hasta el 20 inclusive, la misma que, tomando elementos de todos los acápite antes expuestos, se constituyó en uno de los mejores logros de la Comisión. La presentación en al Aula Magna de los cinco grupos de teatro antes mencionados; la exposición colectiva de obras de arte realizadas por los alumnos de la Facultad y la Feria del Libro, constituyeron dos históricos y fundamentales aportes de Jurisprudencia para el fomento del arte y la cultura dentro de los patios universitarios. Esta comisión fue pre-

sidida por Serena Pérez quien trabajó duro en beneficio de la cultura y por ende, er el de los estudiantes universitarios en general.

## **COMISION DEPORTIVA**

Su labor, aunque limitada al principio por la escasa actividad deportiva, ahora se ha visto como ha colaborado esta comisión para la organización de los deportes en la Facultad.

### *1. JUEGOS INTERFACULTADES*

En primer término se encargó esta comisión (compuesta por Fernando León y Geovanny Cárdenas), de la organización de los equipos para los Juegos Interfacultades en donde con más de un mes y medio de anticipación, sacaron las listas para que los distintos equipos se conformen. Esta comisión se encargó además de coordinar lo relativo a la entrega de uniformes a los deportistas, los mismos que llegaron a los deportistas de manera oportuna. Además conjuntamente con los mismos participantes organizaron la comparsa de Derecho y la presentación de nuestras marinas.

### *2. JUEGOS INTERNOS*

Esta comisión organizó los juegos deportivos internos en el ámbito de Fiestas de la Facultad en el mes de junio de 1988, en estos juegos en los que se incluyó Fútbol, Béisbol, Volley, Pulso y "40", se puso en evidencia la gran unión que se ha hecho presente en los últimos dos años en la Facultad.

### *3. JUEGOS DE LOS NOVATOS*

Hay que destacar la preparación del equipo de Derecho para los juegos de los Novatos, realizado en el mes de noviembre, donde el compañero Giovanni Cárdenas como coordinador deportivo de la A.E.D. no sólo preparó los equipos, sino se encargó de conseguir auspicio para los uniformes, los mismos que salieron a un precio módico. Hay que destacar la elección de la compañera propedéutica Belem Jácome como Reina de los Juegos del Novato 1988.

## **COMISION EXTENSION SOCIAL**

Es la Comisión que ha coordinado las actividades de extensión social de la A.E.D. Ha tenido una labor productiva en cuanto al cumplimiento de los objetivos que tienden, principalmente, a lograr canalizar ayuda en beneficio de los más nece-

sitados y, por otro lado, incentivar la unión de todos los estudiantes mediante actos y actividades sociales.

## 1. FIESTAS DE QUITO

Conjuntamente con la Facultad de Economía, realizamos dos fiestas de Integración en los años 88 y 89 tanto en el Bar de la Sra. Bertha como en los patios de ambas facultades. Hubo mucha alegría, buenos canelazos, fuegos pirotécnicos, globos y por supuesto la participación de la Banda Municipal y grupos estudiantiles, los mismos que dieron el toque musical al evento. Mis agradecimientos a los compañeros de Economía por su constante interés de integración.

## 2. AGASAJO NAVIDEÑO

Un éxito, muy buena organización y participación de la gente especialmente de Isabel Oviedo, Directora del Consultorio Jurídico Gratuito de la Cárcel de Mujeres; miembros del Comité Pro Ayuda; Integrantes de Transformación Universitaria y colaboradores constantes de la A.E.D., a todos ellos mis agradecimientos.

### 2.1 Síntesis de la ayuda lograda:

#### 2.1.2 Cárcel de Mujeres:

- a) La cartelera de vidrio
- b) 150 cortes de tela para faldas
- c) 200 juguetes (donados por Verónica Arias, a través del Comité Pro Ayuda)
- d) 150 fundas de caramelos
- e) 150 sánduches
- f) 150 colas

#### 2.1.2 Casa de la Madre Soltera:

- a) Dos estereras para los pisos
- b) 50 refrescos
- c) 30 cortes de tela y prendas de vestir
- d) 30 pares de zapatos (Comité Pro Ayuda)

#### 2.1.3 Hospital Geriátrico:

- a) 150 cortes de tela para sábanas
- b) 75 cortes de tela para camisas
- c) 75 cortes de tela para faldas
- d) 30 libras de dulces

#### 2.1.4 Hospedería Campesina

- a) 20 estereras para pisos
- b) 200 refrescos

### 2.1.5 Facultad de Jurisprudencia

a) 32 fundas de dulces, ropa usada y refrescos a niños pobres que acudieron hasta la A.E.D.

### 2.1.6 P.U.C.E.

a) S/. 2.000,00 entregados a la FEUCE-Q para el agasajo de los trabajadores de la universidad.

## 3. *NOVENA DEL NIÑO Y MISA DE ANTORCHAS*

Ambas realizadas en los patios de la Facultad por iniciativa de la Asociación Escuela, las mismas que contaron con la presencia no sólo de estudiantes de Derecho, sino de otras Facultades, y contribuyeron a que el espíritu navideño sea sentido profundamente.

## 4. *MINGAS A.E.D.*

La primera de ellas realizada el 10 de enero de 1988, la misma que tuvo por objeto la limpieza, organización y adecuación física del local de la Asociación para un mejor servicio a los estudiantes. Hubo una parrillada a la que también asistieron trabajadores de la P.U.C.E. Así mismo durante todo el año de labores se ha mantenido un sistema de trabajo comunitario entre los estrechamente vinculados a la A.E.D. para realizar trabajos de pintura, limpieza y orden. El deterioro de los elementos en el local de la Asociación es alto, toda vez que el flujo de estudiantes al mismo es inmenso y requiere constantes mantenimiento.

## 5. *FIESTAS POR FIN DE SEMESTRE Y DESPEDIDA A LOS 9os. NIVELES*

Realizada la primera el jueves 18 de enero de 1988, en el aula No. 12, y la segunda realizada con el mismo propósito el día jueves 7 de julio de 1988. Ambas contaron con la presencia de compañeros que estaban por egresar esos días; hubo también la asistencia de compañeros de Economía, quienes gozaron de buenas anécdotas, canelazos, en compañía de los de Derecho.

## 6. *PASEO DE BAUTIZO A LOS COMPAÑEROS PROPEDEUTICOS*

Por dos ocasiones que tuvimos nuevos compañeros propedéuticos, esto es en los meses de marzo y octubre pudimos comprobar que el espíritu de los estudiantes de Jurisprudencia busca la integración y la unidad de todos quienes conformamos la Facultad. La asistencia a ambos eventos fue casi total por parte del propedéutico y de los cursos mayores hubo varios compañeros que conjuntamente con el directorio de la A.E.D. pasamos un muy buen rato.

El apoyo brindado por los compañeros César Torres para conseguir el Complejo Deportivo del IETEL, en la primera ocasión y del compañero Juan Carlos Solines la segunda ocasión, permitieron la realización de este importante evento de integración.

#### *7. VISITA DEL PROPEDEUTICO AL PENAL GARCIA MORENO Y CARCEL DE LA CALLE AMBATO*

Con el apoyo de los Consultorios Jurídicos Gratuitos se llevó a cabo la visita al Penal, la misma que no tuvo los éxitos deseados debido a que no todos los compañeros Propedéuticos pudieron ingresar por las extremas medidas de seguridad que se habían adoptado para la época por problemas internos y de administración. En la segunda visita esta vez a la cárcel de la calle Ambato, realizado por el curso Propedéutico que ingresó el mes de octubre, fue mucho más exitosa, toda vez que la asistencia fue masiva y la colaboración de las autoridades carcelarias como la efectiva organización del Vice-presidente de la A.E.D. Sr. Gustavo Jalkh, permitieron que la misma sea un éxito en el campo académico.

#### *8. VISITA A LAS FUNCIONES JURISDICCIONAL Y LEGISLATIVA DEL CURSO PROPEDEUTICO*

Realizada el jueves 12 de mayo, tuvo como objeto familiarizar a los compañeros propedéuticos con la realidad de lo que a futuro será su campo de trabajo profesional. En la Corte Superior de Justicia, tuvieron la valiosísima conferencia de Derecho Procesal Civil dictada por un Ministro y Catedrático de nuestra Facultad, Dr. Fernando Casares a quien la A.E.D. agradece profundamente.

#### *9. COCKTAIL EX PRESIDENTES A.E.D.*

Lo realizaron por la semana conmemorativa por los 40 años de la Asociación por supuesto fue todo un éxito.

#### *10. FIESTA EN NUCLEUX*

Realizada como preámbulo a las fiestas de Jurisprudencia y como reconocimiento a los deportistas que participaron exitosamente en los Juegos Interfacultades.

#### *11. FIESTA DE GALA*

Realizada en el Salón Los Shyris del Hotel Colón Internacional, solemnizó y dio el toque de unidad, compañerismo en las Fiestas de la Facultad. Sirvió de marco para la premiación de los deportistas campeones de las diferentes disciplinas deportivas

de los juegos internos.

## *12. PEÑA DE INTEGRACION DE LOS NOVATOS*

Con la participación de los mismos novatos y con la grata intervención del grupo “UMBRAL” y de la Sra. Bertita administradora del local de cafetería. Una mención especialísima a los señores encargados del sonido, quienes para este sencillo acto trajeron inclusive una consola de 16 canales.

## *13. APOYO A LOS CONSULTORIOS JURIDICOS GRATUITOS*

Labor que jamás puede ser excluida de las actividades de la A.E.D. y que con mayor fuerza debe ser orientada a que cada vez más estudiantes practiquen y colaboren en la gran cruzada por los Consultorios. Este año el Presidente de la A.E.D. buscó por todos los medios colaborar en el aspecto físico de los Consultorios a través de distintas actividades. En resumen esta colaboración se puede puntualizar de la siguiente manera:

- Consultorio del Penal García Moreno: a) Apertura de una Cuenta de Ahorros por S/.80.000,00 en el Banco Continental, como producto del convenio cultural establecido con la Gerencia de Difusión Cultural del Banco Central y del Primer Encuentro de Teatro Quito. b) Compra de un escritorio nuevo para el local del Consultorio.
- Consultorio de la Cárcel de Mujeres: a) Entrega de una máquina de escribir eléctrica, b) Colaboración en el agasajo organizado por el compañero Mario Melo Coordinador de este Consultorio, a los hijos de las detenidas.
- Consultorio de la P.U.C.E.: a) Un reloj electrónico de pared, b) renovación de Códigos y Leyes con textos actualizados, c) entrega de material de oficina, d) Apertura de una cuenta de ahorros con S/.15.000,00 para realizar gastos de oficina.
- Consultorio de la Calle Ambato: a) Colaboración con la Escuela Juan Montalvo No. 2 con la entrega de un pizarrón grande para la misma. Este hecho fue coordinado por parte del Sr. Vice-Presidente de la A.E.D.-(y coordinador de este consultorio) Sr. Gustavo Jalkh.
- Consultorio del Virgilio Guerrero: a) En coordinación con el Comité Pro Ayuda de los Centros de Rehabilitación Social se hizo la entrega de implementos deportivos para que sean utilizados por estos jóvenes.

No se puede dejar de lado la labor del Vice-Presidente de la Asociación, quien haciendo un verdadero sacrificio, sacó adelante el consultorio jurídico gratuito de la Calle Ambato, constituyéndose en uno de los logros más importantes dentro de la gestión de la presente A.E.D.

Un último aspecto que no se puede dejar de lado es el reciente contacto en el mes de noviembre, establecido con la Sra. Sonia de Vallejo esposa del Ministro de Gobierno y Policía, quien ha ofrecido su aporte directo para seguir dotando a los Con-

sultorios de material y equipos necesarios.

Así mismo hemos mantenido un reciente contacto con los personeros de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social, especialmente con la Sra. Inés Garzón de Bustamante con quienes se ha expresado la necesidad de realizar un Censo Carcelario como punto de partida para cualquier tipo de ayuda sea jurídica, médica, de servicios básicos y cualquier otra que necesite este sector tan desatendido por la sociedad.

Mis felicitaciones a la buena labor de la Comisión de Extensión Social, la misma que estuvo a cargo principalmente de la compañera Evelyn Aliaga quien contó con el apoyo de Cielo Ramírez, Susana Terán, Alexandra Vallejo, Diego Aliaga, Xavier Izurieta, Rodrigo Estefan entre otros.

## **COMISION DE PUBLICIDAD Y CARTELERAS**

Su labor básicamente ha sido la de difundir lo realizado por la A.E.D. y en este sentido los estudiantes vieron con agrado la implementación de una cartelera móvil, la misma que ha podido ser convenientemente ubicada en distintos sectores estratégicos de la Facultad.

Ha existido una constante renovación de carteleras, recogiendo tanto las labores propias de A.E.D., como inquietudes y escritos de estudiantes interesados en publicarlos y difundirlos. Se ha encargado esta Comisión también de publicar toda la actividad cultural que ha sido enviada por los distintos centros culturales de Quito.

Entre sus logros concretos tenemos:

### **1. FERIAS DEL LIBRO JURIDICO**

La primera de estas ferias se llevó a cabo del 4 al 15 de enero y durante la cual los estudiantes podían adquirir libros jurídicos hasta con un 15% de descuento en sus compras; de igual manera, por la semana conmemorativa por los 40 años de la A.E.D. y por las Fiestas de la Facultad, se llevaron a cabo sendas ferias del libro con las mismas facilidades para los estudiantes.

### **2. DIFUSION DE LA LABOR DEL CENTRO DE PUBLICACIONES**

Se ha encargado de dar a conocer a los estudiantes y a través de carteleras, los distintos copiados académicos que ha sacado el Centro de Publicaciones de la A.E.D.

### **3. ENCUESTA ELECTORAL**

Con el propósito de lograr una mejor orientación del electorado de Jurisprudencia para los comicios nacionales, la Comisión organizó una encuesta, la misma que cu-

brió 393 estudiantes de Jurisprudencia en la primera vuelta electoral y, 524 encuestados en la segunda vuelta. Los resultados fueron tabulados y procesados en la computadora de la A.E.D. por el compañero del curso de Informática Jurídica Ricardo Naranjo y por Juan Fernando Jervis, Secretario de la A.E.D. quienes realizaron las proyecciones y cuadros explicativos que salieron expuestos en toda la Facultad.

#### 4. *REVISTA INFORMATIVA A.E.D.*

La misma que demandó gran trabajo y tiempo para su diagramación, corrección e impresión, labor realizada básicamente por el Sr. Secretario de la Asociación Juan Fernando Jervis.

#### 5. *MURAL DE JURISPRUDENCIA*

Realizado con la intención de identificar plenamente la locación física de nuestra Facultad y generar de esta manera un espíritu de cuerpo entre los estudiantes.

#### 6. *PRONOSTICO ELECTORAL NACIONAL*

Se efectuó la Polla Electoral, la cual arrojó dos ganadores, quienes se partieron el premio mayor de S/.15.000,00 por haber acertado en todos y cada uno de los pronósticos propuestos.

### **CENTRO DE PUBLICACIONES**

Una labor histórica la del Centro de Publicaciones, el mismo que estuvo los primeros cuatro meses a cargo de dos entusiastas colaboradores: Tomás Paredes y Mario Flor. Lo realizado por ellos, especialmente por el compañero Flor quien se encargó de dirigir y ejecutar el trabajo en lo que restó del año, ha roto cualquier expectativa, ya que han logrado imprimir en beneficio de los estudiantes, nada menos que 27.710 hojas en copiaditos, textos, folletos, programas para seminarios, cursos y otros que han sido de gran utilidad tanto para aspirantes a ingresar a la Facultad como para profesores y alumnos de las materias de: Obligaciones, Finanzas, Romano, Penal, Mercantil, Constitucional e Internacional Público. Prepararon, además, las pruebas de práctica y material de apoyo para los 160 inscritos en el I Curso de Nivelación para el examen de ingreso y para 240 inscritos en el II Curso.

Han colaborado en la impresión de cientos de hojas necesarias para distintas investigaciones que se están realizando por parte de profesores de la Facultad.

Han colaborado además en distintas impresiones de tipo académico, solicitadas por alumnos de otras facultades y otros organismos estudiantiles y deportivos de la P.U.C.E.

Su labor específicamente es la siguiente:

1. Metodología Padre Nieto: 60 copiados, empastados, 56 páginas c/u TOTAL: 3.710 pgs.
2. Encuesta de Elecciones: TOTAL: 1.200 pgs.
3. Derecho Mercantil: TOTAL: 1.000 pgs.
4. Derecho Penal II: TOTAL: 1.000 pgs.
5. Proyecto de Reglamento de Profesores: TOTAL: 1050 pgs.
6. Riesgos de Trabajo: TOTAL: 100 pgs.
7. Investigación Dr. Alberto Wray: TOTAL: 8.800 pgs.
8. Curso de Nivelación I: TOTAL 3.000 pgs.
9. Derecho Constitucional: TOTAL: 2.100 pgs.
10. Derecho Internacional Público: TOTAL: 1.120 pgs.
11. Contratos: TOTAL: 2.740 pgs.
12. Obligaciones I: TOTAL: 2.240 pgs.
13. Obligaciones II: TOTAL: 1.340 pgs.
14. Derecho Romano I: TOTAL: 4.300 pgs.
15. Curso de Nivelación II: TOTAL: 8.400 pgs.
16. Hojas membretadas: TOTAL: 500 pgs.
17. Hojas de apoyo a la A.E.D.: TOTAL: 2.400 pgs.
18. Hojas examen de Penal I: TOTAL: 80 pgs.
19. Hojas de apoyo al Seminario de Política Internacional: TOTAL: 2.800 pgs.
20. Hojas de apoyo de organización de Fiestas y eventos en la Facultad: TOTAL: 5.000 pgs.
21. Hojas de apoyo Seminario Italo-Ecuatoriano de Derecho Romano: TOTAL: 2.500 pgs.

TOTAL GENERAL: 55.420 pgs.= 27.710 hojas

Si a esta labor, agregamos todos los copiados académicos que para varias materias y profesores han sido sacados en la copiadora del Centro de Publicaciones cuyo servicio es importantísimo para los estudiantes, fácilmente podríamos sumar al total anterior, la cantidad de DIEZ MIL HOJAS más, realizadas por este servicio de la Asociación.

En definitiva, si bien han tenido una serie de escollos propios de cualquier organización interesada en dar un buen servicio estudiantil, su labor trasciende y estoy seguro que al continuar con Pablo Egas, trascenderá en beneficio de amplios sectores universitarios.

## BIBLIOTECA

La labor de atender la Biblioteca es ardua sobre todo porque necesita de mucho cuidado y atención. Hay la necesidad de organizar constantemente los libros y tesis de grado que en un número considerable reposan en las repisas de la Biblioteca.

Si bien en un principio la labor de la Biblioteca fue un tanto irregular, marchó luego con paso firme al mando de tres personas entusiastas: Amparo Luna (coordinadora principal), Wilson Peñafiel y Marcelo Rivera.

Se consiguió entre otras cosas:

- a) Editar una recopilación en la que constan todos y cada uno de los libros con los que se cuentan.
- b) Establecer mejores horarios de atención para optimizarlas.
- c) Ampliar y obtener mayores suscripciones y donaciones para incrementar y actualizar las existencias.

## **DONACION DE LIBROS DE DERECHO ROMANO**

A través de la excelente gestión del Dr. Manuel Romero Gross, Profesor de Derecho Romano de la Facultad, se consiguió la donación de más de 135 libros de esta especialidad, traídos directamente desde Italia por los profesores Dr. Giovanni Lo-brano, Dr. Sandro Schippiani y Dr. Esitzia, a propósito del primer encuentro Italo-Ecuatoriano de Derecho Romano y a todos quienes les damos nuestro agradecimiento.

Contamos de esta manera con una de las Bibliotecas más completas del país en torno a esta importante rama del Derecho.

## **COMISION DE RADIODIFUSION**

Su importancia como medio de extensión social es única, por lo que su coordinadora Isabel Albornoz y todos los compañeros que trabajan en él, merecen un especial reconocimiento al continuar con el programa "El abogado en su casa" ahora "Consultorio Jurídico" que sale al aire en Radio Católica Nacional, el mismo que tiene una gran acogida, e importante como servicio de extensión social para el pueblo de Quito.

Se consiguió este espacio en Radio Católica del Ecuador y se hicieron todos los esfuerzos necesarios para cumplir con todos los objetivos de esta Comisión.

En la presente Asociación, especialmente en los últimos meses se ha colaborado en la elaboración de programas, locución y con la entrega de algún material magnetofónico indispensable para el funcionamiento de esta Comisión que debe ser mucho más impulsada y apoyada de lo que es.

## **SEMANA POR LOS 40 AÑOS DE LA A.E.D. Y REUNION DE EX-PRESIDENTES**

Conmemoración fundamental para el movimiento estudiantil de Jurisprudencia, la misma que no se había realizado desde 1984. Esta idea fue actualizada por el

Directorio de la A.E.D. el cual planteó como objetivo principal el recordar la época de creación de este organismo que cumple cuatro décadas.

El compañero Carlos Aguinaga fue el magnífico coordinador de la semana, la que contó con los siguientes actos: Mesas redondas, Teatro, Feria del Libro, Conferencias y dos actos fundamentales: La reunión de los ex-presidentes de la A.E.D. y la Sesión Solemne de Directorio en la que se resaltó la importancia de la fecha y se agasajó a profesores, alumnos y personal administrativo de la Facultad.

## **SERVICIOS GENERALES Y DE INFRAESTRUCTURA**

Con fondos propios, la habilitación e implementación de infraestructura es muy limitada, por lo que hemos acudido a la empresa privada, de la cual hemos obtenido lo siguiente:

- a) **BANCO DEL TRABAJO:** Se suscribió este Convenio con el Colegio de Abogados de Quito, por medio del cual ellos por su lado se encargaron de recopilar de abogados y estudios jurídicos sus necesidades de asistencia laboral; de nuestra parte, recogimos listados de estudiantes aspirantes a trabajar con aquellos que lo solicitaban. Han sido beneficiarios del proyecto 12 compañeros de Jurisprudencia de los 17 que solicitaron el servicio. Contribuimos de esta manera a solucionar en una pequeña parte pero significativa, el problema de las prácticas jurídicas para los estudiantes, a través de una relación de dependencia laboral.
- b) **CHEQUERA ESTUDIANTIL:** Un importante servicio de la Asociación Escuela fue el de la Chequera Estudiantil, por medio del cual, pagando una cantidad de dinero en la Secretaría de la A.E.D., se les otorgó una tarjeta con la que se acercaron hasta la sucursal del Banco Popular de la Av. González Suárez para abrir así una cuenta corriente con el depósito de tan sólo S/. 10.000,00. Se obtuvo así una chequera, que fue de gran importancia para los actuales momentos económicos del Ecuador. La importancia del servicio se incrementó si consideramos que el depósito mínimo requerido para abrir una cuenta corriente en cualquier Banco del país es de S/ .35.000,00. Han sido beneficiarios del proyecto, más de 45 compañeros tanto de la Facultad como de la Universidad en general.
- c) **BAÑOS DE LA FACULTAD:** Cerámicos para pisos y paredes donados por Ecuatoriana de Cerámica, con el objeto de readecuar los baños de la Facultad, que estaban destruidos. Tuvimos la efectiva colaboración de las autoridades tanto de la Facultad como de la Universidad, especialmente la del Arq. Gonzalo Domínguez, Jefe de Mantenimiento de la P.U.C.E., para concluir este proyecto.
- d) **TELEFONO PUBLICO:** Instalado en el mes de agosto, gracias a una gestión del compañero Alejandro Ferrín ante los personeros del IETEL, el mismo que ha sido colocado contiguo al local de la Asociación para poder cuidarlo y que sirva también para los propósitos de la A.E.D.
- e) **MAQUINA DE ESCRIBIR ELECTRICA PARA LA A.E.D.:** Luego de gestio-

nes ante el Consorcio CEPE-Texaco, hemos obtenido la autorización para que se nos done una máquina IBM, la misma que será utilizada para las labores diarias de Secretaría de la Asociación, y que agilizará de gran manera el servicio a los estudiantes.

- f) RELOJ ELECTRONICO DE PARED PARA EL LOCAL DE LA A.E.D.
- g) MAMPARA PROTECTORA PARA LA COMPUTADORA
- h) NUEVOS PROGRAMAS Y DISKETTES PARA LA COMPUTADORA
- i) SEGURO PARA TODOS LOS EQUIPOS ELECTRONICOS Y BIENES DE LA A.E.D. Y DEL CENTRO DE PUBLICACIONES.

## **ACTIVIDADES ACADEMICAS**

Todos ellos de altísimo nivel y con la constante colaboración del Decanato han merecido extraordinarias críticas, tanto por la organización como por el buen nivel de los participantes. Un agradecimiento especial al compañero Arturo Cabrera, miembro de la Unidad Coordinadora del grupo Transformación Universitaria quien ha sido el magnífico coordinador de la mayoría de los Seminarios realizados.

1. SEMINARIO DE POLITICA INTERNACIONAL: Realizado del 13 al 17 de junio de 1988 con la participación de destacados internacionalistas, miembros de la O.N.U., miembros de misiones diplomáticas acreditadas en nuestro país y miembros de la cancillería ecuatoriana. Actuó como coordinador académico del evento el Embajador Horacio Sevilla como representante del Ministro de Relaciones Exteriores.

2. SEMINARIO CONMEMORATIVO POR LOS 50 AÑOS DEL CODIGO PENAL: Realizado del 24 al 28 de octubre, evento en el que participaron todos los profesores de Derecho Penal de la Facultad, de la Universidad Central y otros destacados juriconsultos, destacándose la participación directa del Dr. Arturo Donoso C. como coordinador académico del evento.

3. SEMINARIO ITALO-ECUATORIANO DE DERECHO ROMANO: Hay que destacar la presencia en Quito de los profesores italianos que vinieron para el Primer Congreso Italo-Ecuatoriano de Derecho Romano realizado los días 24 y 25 de noviembre, organizado conjuntamente con el Instituto Ecuatoriano de Derecho Romano y la A.E.D. fruto del cual se obtuvo un legado importantísimo de libros para la Biblioteca de Derecho, tuvimos la participación de panelistas de Loja y Guayaquil y de otros catedráticos de Derecho Romano de la capital. Destacada actuación tuvo el Dr. Manuel Romero Gross, catedrático de la Facultad y excelente mentalizador del proyecto.

4. CONFERENCIAS ACADEMICAS: COLEGIO ANDINO, HISPANOAMERICA, FRENTE JOSE PERALTA DEL COMITE DEL PUEBLO: En las que el Presidente de la A.E.D. se refirió fundamentalmente al problema universitario, al examen de ingreso y a otros tópicos de interés a nivel secundario.

5. APOYO A ASOCIACION DE INDIGENAS ALEJO SAEZ: Para la elaboración de un periódico informativo que lo realizan ocasionalmente.

No puedo terminar sin agradecer a todas las personas que han colaborado con todas las gestiones que hemos planeado y que seguirá ejecutando la nueva directiva los próximos semestres. Debo destacar la fructífera actividad desarrollada por el Taller de Periodismo de Jurisprudencia, por su efectiva labor y por su fabulosa publicación TRIBUNA, que ha recibido elogios de varios sectores, así como por la preparación del próximo número que ya circulará.

Al Comité Pro Ayuda a los Centros de Rehabilitación Social, cuya labor positiva fue apoyada por la A.E.D. y seguirá siéndolo, en todos sus matices. Vale recordar la Gymkana de Solidaridad, el Concurso de recolección de ropa y libros, y la Rifa de los premios obtenidos en el programa Sábados y Cía., la entrega de artículos deportivos para el Centro de Menores "Virgilio Guerrero" actividades organizadas por el Comité, y apoyadas íntegramente por la A.E.D.

Al Secretario de la Asociación, mi buen amigo Sr. Juan Fernando Jervis para quien las palabras y los agradecimientos resultarían pocos. El personalmente ha sido una Institución dentro de la A.E.D. y por cuya gestión han sido posibles la mayoría de los actos mencionados en el presente informe.

A la Tesorera de la Asociación, Ximena Avilés, quien pacientemente y por el lapso de dos años se ha encargado de mantener con exactitud las cuentas de la Asociación. Mis agradecimientos y felicitaciones por su excelente, silenciosa y sacrificada labor.

Al movimiento Transformación Universitaria (T.U.), eje propulsor de todo lo mencionado, el compromiso permanente de continuar en la lucha estudiantil, logrando siempre mejores días para la Facultad, nuestra Universidad y nuestra sociedad.

Lo realizado es una pequeñísima parte de lo que nos debemos trazar como metas. Por eso hago un llamado a la conciencia de los estudiantes para que, deponiendo actitudes políticas o de simple apatía, nos pongamos a trabajar por el engrandecimiento de la Asociación Escuela de Derecho, Facultad de Jurisprudencia y de nuestra Universidad Católica, Institución a la que nos debemos.

**ROBERTO TROYA VILLACORTA**

*PRESIDENTE DE LA ASOCIACION ESCUELA DE DERECHO.*

