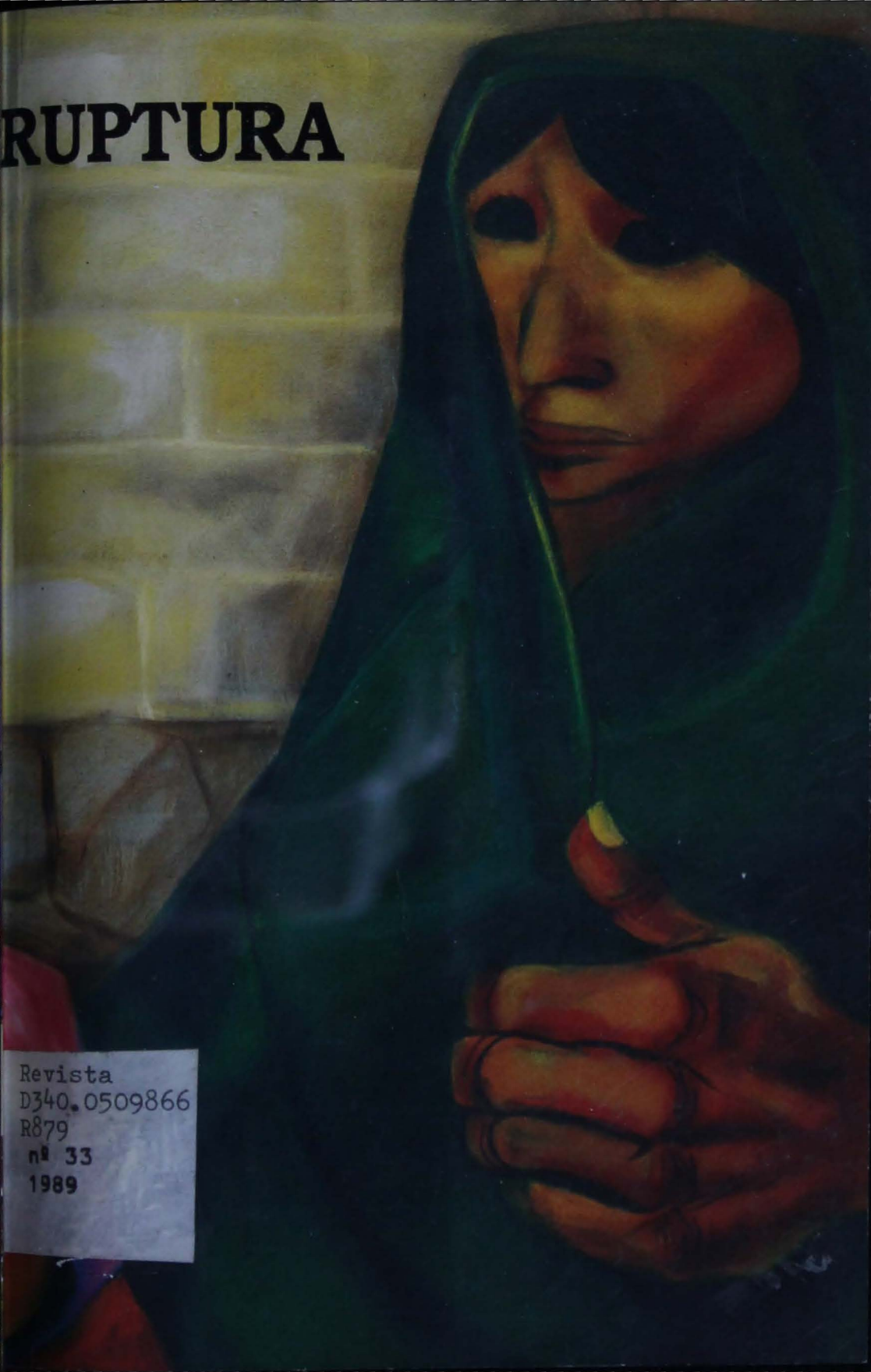


RUPTURA



Revista
D340.0509866
R879
nº 33
1989

REVISTA ANUAL DE LA
ASOCIACION ESCUELA DE DERECHO

RUPTURA

AÑO XL

NUMERO: 33

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL ECUADOR

**QUITO, ECUADOR
1989**

RUPTURA

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

Año XL Número: 33
noviembre 1989
Registro SENAC: S.P.I. 401

DIRECTOR:
Pablo Espinosa

CONSEJO EDITORIAL:
Rosa Elena De la Torre
Lucía Valdivieso
Alfredo Larrea
Bruno Pineda
José Gustavo Gortaire
Byron Silva

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

Pueden reproducirse los artículos citando la fuente
Aceptamos canje

Impresión: Graficsa S. A.

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

CONTENIDO

EDITORIAL	
<i>Pablo Espinosa Quiroz</i>	5
ESTUDIOS JURIDICOS	
DERECHO CIVIL	7
Sugerencias para reformar el Derecho de la Familia	
<i>Ilmo. Mons. Dr. Juan Larrea Holguín</i>	9
La problemática del Derecho de Menores en el Ecuador	
<i>Dr. Héctor Orbe</i>	19
Apertura y Delación	
<i>Dr. Alejandro Ponce Carbo</i>	29
Concurso de acreedores, solución del concurso, deuda externa	
Ecuatoriana y posición de la Iglesia Católica	
<i>P. Angel Lobato Bustos, SDB</i>	49
DERECHO LABORAL	81
La aproximación de las legislaciones	
laborales en el Grupo Andino	
<i>Dr. Julio César Trujillo</i>	83
Proyecciones del Código del Trabajo. Posibles reformas	
<i>Dr. Santiago Crespo</i>	107
DERECHO TRIBUTARIO	119
La retención de impuestos bajo la teoría	
de las presunciones en el Derecho Tributario	
<i>Dr. Diego Almeida Guzmán</i>	121
El Impuesto al Valor Agregado planteado en la Reforma Tributaria	
<i>Camilo Pazmiño Valencia</i>	127

DERECHO ADMINISTRATIVO	135
La sentencia en el proceso contencioso administrativo	
Dr. Gonzalo Muñoz Sánchez	137
DERECHO ROMANO	145
El vínculo de la obligación jurídica en el Derecho Romano	
Dr. Manuel Romero Gross	147
El amparo jurídico del deudor de mutuo y su aplicación a la deuda externa del Tercer Mundo	
Dr. René Bustamante Muñoz	155
El Instituto Ecuatoriano de Derecho Romano	
Dr. Manuel Romero Gross	169
DERECHO MERCANTIL	
Naturaleza de la cesión de acciones de las compañías anónimas en nuestro derecho	
Dr. Carlos Jiménez Salazar	177
HISTORIA DEL DERECHO	187
Actividad mercantil en el Reino de Quito. (Siglo XVII hasta Independencia)	
Dr. José Reig Satorres	189
FILOSOFIA Y DERECHO	213
El hombre latinoamericano frente al europeo	
Dr. Julio Terán Dutari, S. J.	215
El hombre como sujeto de derechos y deberes	
P. Jaime Fernández	225
Filosofía y Derecho	
José Gustavo Gortaire	229
ECONOMIA Y DERECHO	239
Estado activo vs. Estado eficiente:	
La privatización de las empresas públicas	
Eco. Alfredo Mancero Samán	241
La Actividad Financiera	
Dr. José Vicente Troya	257
Iglesia, Economía y Ética	
Olga Muñoz Reyes	287

DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO 295

Una crítica a la Carta de la ONU
Byron Silva 295

ECOLOGIA Y DERECHO 307

Los problemas legales de los parques nacionales
Vladimir Serrano P. 309

Naturaleza y Etica
Bruno Pineda Cordero 321

ACTIVIDAD ESTUDIANTIL 329

Discurso de posesión de la presidencia de la A.E.D.
Pablo Egas Reyes 331

Informe de Labores de la A.E.D.
Pablo Egas Reyes 335

EDITORIAL

Te hablo a ti, estudiante de Derecho de la PUCE. Te hablo de lo que nos une a ti y a mí: una carrera. Las motivaciones que nos impulsaron a seguir esta carrera son tantas cuantas personas han pasado por esta Facultad. Los resultados...muy diversos. Estos "resultados" son los abogados que se gradúan en nuestra Universidad. Sobre estos abogados quiero hacer algunas consideraciones.

Por lo general, sienten miedo e incertidumbre al salir con el título bajo el brazo. Algunos no saben qué harán. Otros sí. Unos y otros están asaltados por dudas y no faltan quienes se cuestionan: ¿será posible que yo haya querido ser abogado?

Unos salen a servir al sistema con el firme propósito de mantenerlo e impedir el debilitamiento de occidente. Otros salen decididos a hacer la revolución. Algunos salen a forjar el hombre nuevo inundando el mundo con el agua fresca de su entrega. No faltan quienes salen a lucrar inmisericordemente de su profesión.

Unos salen satisfechos de lo que aprendieron, decididos a no volver a tomar un libro de derecho en el resto de sus días. Otros salen inconformes por lo poco que les enseñaron. Algunos, agradecen a la Universidad por todo lo que les brindó y salen con la firme convicción que el hombre es un ser que se va haciendo día a día y aprende algo a cada instante. Nunca faltan aquellos que ni siquiera se han cuestionado sobre este punto.

Unos salen dispuestos a no regresar jamás. Otros, aspiran a regresar como catedráticos. Algunos se llevan un "grato recuerdo" y otros creerán que es "mejor no acordarse". No faltarán quienes, no sintiéndose conformes con haberla atacado desde dentro, la continúen atacando desde fuera.

A todos quienes se cuestionan sobre sí mismos, a los que creen en el

hombre nuevo, a los que buscan aprender algo a cada instante, a los que guardan gratitud a quienes les formaron, a ellos va dedicada esta revista. Nuestros esfuerzos por mejorarla —en contenido, volumen y presentación— tendrán su recompensa en el provecho que obtengas de su lectura.

Pablo Espinosa Quiroz

ESTUDIOS JURIDICOS

DERECHO CIVIL

Sugerencias para reformar el Derecho de la Familia

Mons. Dr. Juan Larrea H.

1. Orientación general

Cualquier reforma legal ha de propender a un efectivo mejoramiento del orden jurídico para beneficio de la sociedad. Esto solamente se logra si se busca una mayor justicia: un reconocimiento más perfecto de lo que corresponde a cada uno, individual y colectivamente.

Por tanto hay que respetar la naturaleza del hombre y de las instituciones, su dignidad y el correcto desenvolvimiento de su personalidad.

De allí se deriva el necesario respeto y tutela de la libertad. Pero no la libertad de uno sólo o de unos pocos, sino de todos, y la libertad no como valor único del individuo o de la sociedad, sino como uno de los más altos valores, que debe resguardarse a la par que otros valores también, importantes, como la honestidad, el orden, la paz, la seguridad, el trabajo, etc. Un equilibrio adecuado en la consideración de estos valores evitará excesos dañinos e injustos.

Todo cuanto conduzca a garantizar por medio de las leyes la dignidad del hombre, el ejercicio razonable de su libertad, el despliegue de sus capacidades para el trabajo, para el servicio de la sociedad, dentro de un ámbito de paz y de respeto a los demás, será realmente un progreso; mientras que todo cuanto desconozca o rebaje la dignidad humana no puede considerarse como progreso, aunque aparezca como prometedora de ventajas materiales.

Tratándose específicamente de la familia, se impone la necesidad de respetarla y garantizarla como célula fundamental de toda otra sociedad, como servidora de la vida, primera educadora del hombre y centro de vida íntima, garantía a su vez de la verdadera libertad.

La familia tiene unas características naturales que el derecho debe respetar y que debe proteger cada vez más perfectamente, con la seguridad de que al hacerlo, se contribuye al bienestar general del Estado, mientras que, cuando se desconocen o se atacan esas características naturales de la familia, se contribuye a la corrupción social, a la degradación de la cultura y a la infelicidad de las personas.

Entre esas características naturales de la familia —que el Derecho debe resguardar—, se destacan la estabilidad, la organización, la solidaridad.

La familia asume las tareas trascendentalísimas de transmitir la vida y con ella, la cultura, los grandes valores morales, patrióticos, sociales, etc., y por lo mismo exige el ejercicio de una autoridad, impregnada de amor y sabiduría: la autoridad de los padres.

La familia afronta las más variadas necesidades de la vida, desde el mantenimiento hasta la relación interpersonal con los extraños, y esa variadísima gama de tareas vitales, impone a sus miembros unos vínculos de solidaridad y de servicio recíproco, que asimismo debe respaldar el Derecho.

Estas grandes líneas de lo que debe ser la protección legal a la Familia han llegado a trascender del ámbito del Derecho Estatal, y se recogen aún en la Declaración de Derechos Humanos de la ONU y en la Carta de los Derechos de la Familia, elaborada por la Santa Sede. En estos instrumentos supranacionales se reconocen los principios fundamentales del Derecho Familiar, que deben iluminar cualquier reforma del Derecho positivo de los Estados.

Por otra parte, tratándose de una materia que afecta profundamente a la estructura de la sociedad y a los derechos de la persona humana, desde su origen biológico hasta su desarrollo intelectual y moral, las reformas deben realizarse con extremada prudencia y guiándose por un acatamiento delicado del Derecho Natural. Ambas cosas se han descuidado en nuestra Patria con frecuencia, y se han causado verdaderos destrozos en la sociedad y perjuicios a los individuos, que solamente con el tiempo se aprecian en toda su magnitud. Hay que evitar en absoluto volver a incurrir en tales errores perjudiciales.

Aunque la historia contemporánea tiene un ritmo más acelerado que en otros tiempos, no se debe renunciar a la pausada meditación cuando se trata de innovar en materias que han sido elaboradas a lo largo de milenios.

Tampoco se puede soslayar el aspecto religioso que tan profunda-

mente penetra la organización y desenvolvimiento de la vida familiar. Todos los pueblos del universo y en cualquier tiempo han considerado el matrimonio, base de la familia bien organizada, como algo de carácter sagrado.

El acatamiento del alma nacional, de las convicciones del pueblo, no permite desconocer ese carácter sagrado del matrimonio, y más bien debe asumirse tal como las convicciones concretas de una sociedad lo conciben. En nuestro país, de inmensa mayoría cristiana y en el cual la cultura toda se halla inspirada en el sentido cristiano de modo que aún quienes no practican la religión piensan con valores cristianos, el matrimonio debe perfeccionarse legalmente dentro de esta convicción cristiana, que sería absurdo desconocer o contradecir.

Para el católico, las características naturales del matrimonio: unidad, indisolubilidad, finalidad de servicio a la vida y de solidaridad, se encuentran reforzadas por el carácter sacramental de la unión conyugal. Lo que pertenece al Derecho Natural, encuentra una mayor solidez por la elevación del matrimonio a la dignidad de sacramento. El Derecho debe, pues, respetar estas convicciones y reflejarlas en sus disposiciones positivas.

Al mismo tiempo, el concepto cristiano de la familia implica una gran comprensión y respeto a las convicciones diferentes que otros puedan tener, y como consecuencia, un ámbito de libertad debidamente encauzada, que no destruya la sociedad ni implique el sacrificio de los derechos de unos por el presunto respeto a los derechos de otros. Por ejemplo, en un pueblo cristiano no cabe extremar la libertad hasta el punto de admitir la poligamia o la imposición totalitaria del Estado en materia de educación, desconociendo el derecho primario de los padres de dar a los hijos la educación que consideren más adecuada.

Tampoco se deben olvidar otros datos de índole social que el legislador debe tener muy presentes al momento de hacer leyes o al reformarlas. Esos otros datos —como es un dato social de primerísima importancia el de las convicciones religiosas—, deben tomarse en cuenta. Entre éstos están, las costumbres y tradiciones, las modalidades culturales, las formas de trabajo y organización económica, la mayor o menor estabilidad en el domicilio (arraigo o tendencias migratorias), las aspiraciones políticas, etc.

Se desea razonablemente que las leyes sean claras, bien coordinadas, sin contradicciones, de fácil y sencilla aplicación; para lograr estos extremos, que podríamos llamar técnicos, se requiere la debida cautela y meditación en las reformas, sin despreciar ni lo nuevo ni lo antiguo, y procurando aprovechar la experiencia de lo que se ha vivido en la propia nación, antes de adaptar imprudentemente lo que en otros países puede haber sido más o menos acertado.

No se olvide que en un Estado como el nuestro, de reducidas dimen-

siones humanas —menos de diez millones de habitantes— y de escasa producción científica, no se puede despreciar lo que se ha logrado en el campo de la codificación, de la interpretación y de la jurisprudencia. Reformas, a veces poco sustanciales y menos adecuadas, suelen traer el inconveniente de anular la utilidad de los trabajos y estudios realizados por Magistrados, Catedráticos y escritores. No podemos darnos ligeramente el lujo de desperdiciar una producción cultural, todavía incipiente en nuestro medio, para realizar meros cambios formales que no significan una mejor consecución del bien común.

Por esto, personalmente pienso que no traería mayor ventaja la formulación de un Código de la Familia. El Código Civil ha sido y es el Código que tiene por principal sujeto de sus disposiciones a la Familia, que regula con sabiduría sus derechos y que forma un conjunto orgánico de estructura firme pero también delicada, conectando la institución hogareña con otras importantes instituciones de la vida civilizada como son la herencia, los contratos, la propiedad, los otros derechos reales, las diversas formas de asociación etc.

Sacar el Derecho de Familia para constituir un nuevo cuerpo legal, significaría por una parte, mutilar al Código Civil de su parte más importante y desquiciar su sistema, dejando también en el campo de lo inservible una jurisprudencia y una doctrina elaboradas con esfuerzo en nuestro país. Por otra parte, el nuevo Código difícilmente podría contener todos los principios necesarios para la completa organización de la complejísima vida familiar, ya que ésta se relaciona estrechamente con la propiedad, las sucesiones, las obligaciones y contratos, y, entonces, o bien habría que reproducir casi todo el Código Civil, o bien habría que remitirse a él, con lo cual la dislocación legal sería solamente un expediente formal sin ninguna ventaja, tal vez solamente una especie de vanidad legislativa, además de peligrosa, inútil.

Muy preferible resulta la labor más modesta, pero más efectiva y provechosa de reformar el Código Civil, guardando moderación y prudencia, procurando hacerlo dentro de los principios antes expuestos: respeto al Derecho Natural, respeto a las convicciones religiosas de los ciudadanos, respeto a sus costumbres y cultura, y anhelo de perfeccionar la sociedad haciéndola más libre, más solidaria, más capaz de forjar el bien común.

Inspirándome en estos principios, me atrevo a proponer algunas reformas que he meditado largamente, que he propuesto ya en libros escritos hace diez y veinte años; reformas que no se inspiran en la imitación del derecho de otros países pero que sí han sido contrastadas en algunos casos con efectivas reformas introducidas en otras naciones. Estas reformas tienden a consolidar la institución familiar sobre las bases de su estabilidad y unidad; de su correcta organización, y mirando siempre el cumplimiento

de las finalidades propias de la familia: un servicio a la vida, un servicio a la educación y la cultura, un servicio a la construcción de la sociedad.

2. Constitución de la familia

El acto constitutivo normal de la familia es el matrimonio. El matrimonio, por la naturaleza misma del hombre, por sus sentimientos e ideales, no es algo vanal, momentáneo, inconsistente, sino que refleja las características del verdadero amor humano: exclusivo y permanente, capaz de superar los simples caprichos y tendencias; generoso, entregado, susceptible de perfeccionarse con la ayuda de los grandes ideales, principalmente de carácter religioso.

No es lógico que en un país de inmensa mayoría católica el matrimonio sacramental, con honda raigambre en las costumbres, con larguísima tradición histórica, con un sistema jurídico de indudable perfección —el Derecho Canónico—, sea totalmente marginado y desconocido por la ley civil.

La Constitución Política de 1978 reconoció la unión libre y monogámica, sin matrimonio, como otra manera de dar principio a una familia que también tiene la protección legal, y esto en términos de una equiparación con la familia formada a base del matrimonio. Sin discutir aquí el mayor o menor acierto en esta legislación, cabe preguntarse, ¿cómo es posible que se proteja a los concubinos y no se reconozca ningún derecho a los que han contraído matrimonio según sus convicciones religiosas, dándole la suprema dignidad de sacramento? No hay ninguna lógica en el sistema de reconocer prácticamente los mismos efectos al concubinato y al matrimonio civil, mientras que se desconoce todo efecto civil al matrimonio religioso. Solamente tienen efectos civiles los matrimonios religiosos celebrados en nación extranjera, por ecuatorianos o extranjeros: he aquí otra anomalía: el ecuatoriano no puede casarse según sus convicciones religiosas en su Patria, para hacerlo tendría que salir a Colombia o a otra nación.

Pero no solamente no se reconocen efectos civiles al matrimonio celebrado ante una autoridad religiosa, sino que, además, se lo prohíbe, mientras no se haya contraído el matrimonio civil. Esto constituye un atropello a la libertad de religión. No hay justificación alguna para que el Estado ponga ninguna traba, ninguna exigencia civil para la celebración de un sacramento. Si el Estado es laico debe consecuentemente desentenderse totalmente de los actos de carácter religioso y no poner ningún obstáculo para ellos. La libertad religiosa, reconocida por la Declaración Universal de Derechos Humanos y por nuestra Constitución, exigen la derogatoria de las disposiciones que traban la celebración del matrimonio religioso.

Además de dejar absoluta libertad para que cualquier ciudadano, de

cualquier religión, contraiga el matrimonio religioso que a bien tuviere, antes o después de haber contraído el vínculo civil, si se quiere dar facilidades a los ciudadanos para organizar su familia, se puede pensar más bien en reconocer efectos civiles al matrimonio religioso.

Sería facilitar la constitución regular de la familia el permitir que se inscriban en el Registro Civil los matrimonios celebrados ante una autoridad religiosa, sobre todo ante la autoridad religiosa católica que, con sujeción al más antiguo Derecho vigente, el Derecho Canónico, recibe el consentimiento libre de los contrayentes y santifica su unión de acuerdo a sus convicciones religiosas. Al asumir esta realidad social de altísimo valor ético, el Estado estaría respetando la libertad de conciencia y estaría dando unos efectos civiles al sacramento del matrimonio, como ya está dando efectos civiles aún al concubinato.

Sobre todo para nuestros campesinos la celebración del matrimonio civil resulta a veces complicada y aún imposible por la incomunicación y la distancia entre sus moradas y los centros urbanos. En favor de una población campesina que suma más de la mitad de la población total del país, se deberían dejar abiertas varias maneras de contraer matrimonio con los mismos efectos civiles, multiplicando aún las formas jurídicas civiles (por ejemplo permitiendo hacerlo por escrito ante testigos o ante otras autoridades civiles aún sin delegación), y permitiendo también que el matrimonio eclesiástico pueda inscribirse en el Registro Civil y surtir efectos desde el momento en que se celebró.

3. El régimen de bienes

El sistema de sociedad conyugal tiene indiscutible arraigo entre nosotros, pero también ha probado la historia que la flexibilidad del sistema resulta altamente conveniente, y que la multiplicidad de modalidades y aún de excepciones al sistema general, trae indudables ventajas.

Las reformas introducidas en los últimos años tienden, además, a lograr una mayor equiparación de derechos de ambos cónyuges, lo cual es muy laudable, pero no se ha conseguido en plenitud. Hay que encontrar una fórmula que, sin destruir la organización asegure un mayor ámbito de libertad y de disposición por parte de cada cónyuge.

Tal vez, en el momento actual, lo más eficaz podría ser una clara tipificación de los actos y contratos en que deben necesariamente intervenir ambos cónyuges, y los correspondientes efectos jurídicos cuando falta ese doble consentimiento. Así se podría ampliar la intervención de la mujer en la administración de la sociedad conyugal y, en los casos ordinarios se tendría una igualdad de derechos de los cónyuges.

También haría falta restituir la institución de la exclusión de bienes,

que inadecuadamente fue suprimida en 1970. Con la exclusión de bienes se atiende razonablemente a muchas situaciones en que resulta inconveniente la intervención del marido en la administración de bienes que corresponden a la mujer. Actualmente para solucionar esos conflictos hay que recurrir a la terminación y liquidación de la sociedad conyugal, pero la solución que proporciona la exclusión de bienes es más ágil y moderada. Se deberían conservar ambas instituciones, ya que ambas son necesarias y ambas han sido debidamente experimentadas en largos periodos de nuestra historia jurídica, con resultados complementarios y favorables: no se opone la una a la otra, sino que representan remedios jurídicos adecuados para diversas circunstancias.

Por otra parte, aunque ya la jurisprudencia ha ido precisando algunos aspectos de la terminación y de la liquidación de la sociedad conyugal, este es un asunto que requeriría una mayor normatividad legislativa, consagrando y perfeccionando lo ya hecho por la jurisprudencia. He aquí otro asunto digno de reforma de la ley, sin necesidad de crear un nuevo Código.

4. La estabilidad de la familia

La estabilidad de la familia se halla seriamente comprometida por el divorcio, que nuestra ley admite por numerosísimas causales, como en pocos lugares del mundo se dan. De ningún modo se puede hacer depender la indisolubilidad del vínculo exclusivamente de disposiciones legales; más influyen las convicciones religiosas, las costumbres sociales, la educación de las personas; pero también corresponde a la ley una parte de responsabilidad —y muy seria— en esta tutela de la estabilidad familiar. Para ser consecuentes con los principios afirmados en la Constitución, se requeriría una revisión de las causales de divorcio y de los trámites del mismo, para reforzar la permanencia del vínculo y evitar el fenómeno —que es universal—, de un progresivo derrumbamiento de la familia por la multiplicación de los divorcios.

Por otra parte, no es razonable que se prive a todo ciudadano de la posibilidad de dar, siquiera, mayor solidez a su vínculo civil. Una sociedad moderna y pluralista, por lo menos debería permitir que quienes por la madurez de su personalidad y de su amor o por sus convicciones éticas quieran dar un carácter indisoluble a su matrimonio, encuentren una institución civil adecuada para satisfacer su ideal.

Sería razonable permitir que quien quiera celebrar un matrimonio civil realmente indisoluble pueda hacerlo, y que quien ya hubiere celebrado matrimonio, en cualquier tiempo pueda reforzar igualmente la estabilidad de su familia. Esto se lograría suprimiendo la actual prohibición de renunciar a la acción de divorcio. No se trata, con esto, de imponer a todos la

indisolubilidad del matrimonio, aunque los católicos tengamos la convicción de que todo verdadero matrimonio es indisoluble, por Derecho Natural, y con mayor razón si se trata de un matrimonio canónico, sacramental. Simplemente se sugiere dejar que cada uno obre según sus convicciones, pero que la ley provea de un instrumento civil adecuado para dar eficacia a la voluntad del ciudadano.

La doctrina sobre la renuncia de derechos es por demás conocida, y está magníficamente expresada en nuestro Código, en el art. 11: “podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal de que solamente miren al interés individual del renunciante y que su renuncia no esté prohibida”.

Se justifica que la ley prohíba la renuncia de derechos o de una acción judicial, cuando hay un motivo de orden público para ello. De otro modo, la prohibición resulta arbitraria: sería una injusta restricción de la libertad.

Por esto, es justo que se prohíba la renuncia de la nulidad del matrimonio, ya que la acción para declarar nulo un matrimonio, interesa al orden público puesto que la nulidad depende de la existencia de impedimentos o vicios del consentimiento y todo ello se regula no en consideración del solo interés individual sino por razones éticas de orden social.

En cambio, la acción de divorcio, la acción que tiende a disolver el vínculo matrimonial, no puede interesar a toda la sociedad que siempre se conserve. Por el contrario, a la sociedad le interesa la estabilidad de la familia, y verá siempre en la acción de divorcio un peligro para la estabilidad. El orden público está de parte de la estabilidad de la familia y no de parte de su inestabilidad; lo que perfecciona a la sociedad, al bien general, es que la familia se mantenga unida, no el que se disuelva. Por esto, el orden público imperaría más bien la supresión del divorcio o por lo menos, limitarlo a casos muy extremados. Pero con la solución propuesta, de que simplemente quien desee pueda renunciar a la acción de divorcio y consolidar la estabilidad de su matrimonio, no se está imponiendo a nadie esa solución, sino solamente dejando el ejercicio de una justa libertad, y de una libertad que coincide con el interés general del orden público y del beneficio social.

Nótese que, si se suprime la actual prohibición de renunciar ambos cónyuges o uno de ellos. Si ambos hicieran uso de esa libertad, darían la mayor estabilidad a su vínculo matrimonial, porque así lo han querido; y si solamente uno de los cónyuges renunciara a la acción de divorcio, solamente él habría hecho uso de su libertad y en nada afectaría al otro cónyuge, quien podría a su vez renunciar o ejercitar la acción de divorcio. Se trata, pues, de una renuncia que “sólo mira al interés individual del renunciante”, que a nadie causa perjuicio, pero que más bien interesa y causa

beneficio a la sociedad toda, en cuanto contribuiría a dar estabilidad a las familias.

Hay otro aspecto por el que resalta que la prohibición de renunciar a la acción de divorcio no es conforme con los principios jurídicos y va contra el orden público. Me refiero a que la Constitución de la República garantiza la libertad de conciencia y de religión (art. 19 No. 6); ahora bien, hay muchos ciudadanos, católicos y no católicos, que creemos en la absoluta indisolubilidad del vínculo matrimonial. La ley debería permitir y aún propugnar que estos ciudadanos, obrando conforme a sus convicciones, puedan dar a su matrimonio civil el carácter de vínculo indisoluble; en esta forma se respetaría adecuadamente la libertad de conciencia, y de ello no se seguiría ningún mal para la sociedad, sino el bien de una mayor estabilidad matrimonial.

Tal vez entre quienes, usando de su legítima libertad, hicieran renuncia de la posibilidad de divorciarse, habría algunos que más adelante se arrepintieran de haber hecho tal renuncia; pero, tampoco en este caso habría ningún perjuicio ni para la sociedad ni para terceras personas. El propio arrepentido, tomó una decisión que luego, subjetivamente le puede parecer mala, pero, aunque le cause dolor, solamente le constriñe a ajustar su conducta a lo que resolvió libremente. En todo caso, a nadie se obligaría a que renuncie a la acción de divorcio, solamente se permitirá hacerlo a quien lo quiera hacer, y cuando lo desee, sin plazos ni premuras, de modo que una resolución así, sea seria y racionalmente adoptada.

Reformas como las propuestas, considero que requieren valentía para afrontar cambios, pero todas ellas se inspiran en principios de progreso, de mejoramiento de la institución matrimonial y familiar, y no se deberían desechar simplemente porque van contra corrientes puestas en boga por la literatura y la propaganda que circulan hoy abundantemente. Toda obra de real progreso y beneficio social, requiere de coraje. Que se introduzcan estas reformas en el actual Código o que se forme un cuerpo de leyes autónomo, tiene poca importancia, lo trascendental será el contenido de la reforma.

La problemática del Derecho de Menores en el Ecuador

Dr. Héctor Orbe

El mundo de la menor edad en el estado contemporáneo, sobre todo, en el estado tercer mundista, realmente es conflictivo. Muchos factores han contribuido para que el estado desestime la importancia que debe darse a la menor edad, teniendo, como así se tiene un conocimiento muy claro que si atendemos a la menor edad, estaríamos sembrando el bienestar y la tranquilidad para la sociedad futura.

Nosotros pensamos, colegas, que no es el camino tormentoso de la represión el que va a solucionar los graves problemas de la delincuencia que, sobre todo actualmente ha puesto un índice sumamente elevado; son las medidas preventivas las que tendrán que reducir este renglón crecido de la delincuencia.

Nuestra legislación de Menores de 1976 tiene una filosofía que se armoniza con las nuevas corrientes tuitivas actuales; sin embargo, notamos que en ciertos aspectos protectores de esta Legislación el legislador ecuatoriano es, en cierto modo, indeciso, temeroso, y, en otras, hasta incompleto y contradictorio.

Vamos a dar un ejemplo: Entre los preceptos fundamentales del actual Código de Menores se destaca la función prioritaria del estado ecuatoriano hacia los menores en conflicto, y, nos contradecimos, cuando, quemeimportantemente, no llevamos a su realización pragmática. Decir y no hacer. Puntualizar en la ley y dejar de observar.

Hace pocos días con estudiantes de esta materia universitaria, inves-

tigábamos esta cruda realidad. Nos encontramos con datos curiosos como estos: los hogares de tránsito, los hogares de prevención y los de rehabilitación son pocos en nuestro país que se los puede contar en los dedos de las manos. Y, en éstos, no existe una programación adecuada al menor descarriado para adaptarlo al medio social.

Sucede en el campo de menores lo que en los mal llamados Centros de Reahabilitación Social para infractores que han llegado a los perniciosos predios del delito. Estos siguen siendo las mismas inmundas cárceles de siempre en las que la sociedad se olvida de estos “guarismos”. En los llamados Hogares de rehabilitación de Menores, no existe una política conveniente para readaptar al menor delincuente o al de conducta irregular.

Las casas cunas no llegan en todo el país a 16. Los establecimientos de formación de la conducta del menor abandonado apenas si existen, y, por la valiosa iniciativa de Comunidades Religiosas como la Salesiana.

Los datos consignados últimamente por la prensa arroja una cifra elevada, más de cuatro millones de menores ecuatorianos en conflicto; de éstos, dos millones menores de catorce años requieren necesidades primarias.

Por consiguiente, señores, hay una contradicción, entre el principio fundamental consignado por el Art. 2 del Código de Menores que dice:

“El estado Ecuatoriano asume la responsabilidad de proteger de manera especial a los menores abandonados material, moral o jurídicamente, y de fomentar, por todos los medios, la estabilidad y el bienestar de la familia.”

Y, la realidad social. Esta realidad que la vivimos de espaldas a esenciales preceptos que no se cumplen por estado de indiferencia de quienes, debiendo cívicamente entregar toda su preocupación gubernamental a este objeto, mira, más bien, como asuntos de poca o ninguna importancia. Mientras aconsejan —eso sí— la represión brutal de la delincuencia, mal social que tanto daño nos hace, como nos hace este quemeimportismo estatal.

Citamos otro ejemplo: Tenemos nosotros aquí la fundamental declaración prevista por el Art. 7 del Código de Menores:

Los casos de menores sujetos a conocimiento y resolución del Servicio Judicial de Menores, serán tratados como problemas humanos y no como litigios; primará en ellos el interés moral, social y biológico sobre cualquier otra consideración.”

Y, en el mismo Código tenemos disposiciones normativas que contradicen este Precepto Fundamental que quintaesencia toda la filosofía tutelar de menores. Nos es suficiente referirnos al Art. 123 que dispone:

“Art. 123.- En todo lo que no estuviere previsto en este Código, se aplicarán, en lo que fuere pertinente, las disposiciones establecidas en el Có-

digo Civil, de Procedimiento Civil, Penal, de Trabajo y en la Ley Orgánica de la Función Judicial.”

O sea, el Precepto Fundamental tuitivo prevenido por el Art. 7 queda, virtualmente, desnaturalizado. Es por ello que en los Tribunales de Menores antes que el derecho de defensa biológica que tiene el menor, tiene prelación el del renuente padre que para la fijación de una pensión alimenticia tiene que esgrimir todos los recursos de estos códigos, naufragando así, tan esencial sabiduría de la ley y, lo que es más, los grados intereses biológicos de un niño que tiene que esperar, resignado, con el hambre en sus labios y en sus miradas pedigüeñas, la terminación de un procedimiento que debió ser inmediato y oportuno.

En lugar del artículo 123 que hemos leído debería ponerse este:

“ Art. 123.- En todo lo que no estuviere previsto en este Código, se aplicarán los fundamentos esenciales del Art. 7.”

Y con toda delicadeza pedimos a vuestra benevolencia, nos permitáis referirnos a otro ejemplo que sólo queremos destacar lo antes afirmado, esto es, que nuestro Código de Menores tiene algunas disposiciones normativas tutelares en las que se descubre el estado de indecisión, temores y hasta contradicción de nuestro legislador.

Hemos investigado y hemos descubierto que la cabeza generatriz; la parte responsable de la política tuitiva de menores; el Consejo Nacional, no funciona ni ha funcionado. Es este órgano del Estado el encargado para mantener, desarrollar o implementar un programa tutelar en esacala nacional.

Si este importante Departamento de Estado no funciona, ¿Qué se puede esperar?

¿Habrà una planificación acorde con las actuales exigencias sociales, primordialmente para la menor edad?

Simplemente, No. Por ello, los graves problemas surgidos en la justicia tutelar y en la rehabilitación de menores.

Sin duda, esta puede ser una de las razones que conlleva la existencia ahora de varios proyectos de ley que esperan en el Congreso Nacional, un tratamiento inmediato.

Además, queda clara la inquietud que tiene el actual legislador ecuatoriano por mejorar esta Legislación porque no está satisfecho, ni tampoco está satisfecho el pueblo ecuatoriano con el actual Código de Menores que insinúa una revisión a su ordenamiento jurídico, y, por supuesto, no sólo de él sino también del mismo Código Civil.

En esta legislación sustantiva tenemos una Institución tan importante que en otras partes del mundo le han llamado, “RESPONSABILIDAD PATERNA”, nosotros continuamos llamándola con la vieja designación del Derecho Romano, “PATRIA POTESTAD”.

El Art. 300 del Código Civil aún sigue manteniendo el viejo criterio romanista “conjunto de derechos del padre de familia respecto de los hijos no emancipados”.

Señores, tenemos que cambiar rápidamente el antiguo criterio romanista. No es cierto que esta Institución Civilista siga en el mundo con la misma concepción jurídica. Las legislaciones contemporáneas que aún la conservan a esta institución con esta denominación, o sea, “PATRIA POTESTAD”, la identifican como un conjunto de DEBERES y DERECHOS del padre de familia para los hijos de familia. Así tiene el Derecho Civil Colombiano. Así mantiene la legislación civil española, mexicana y la chilena.

En el Congreso Nacional actualmente se tramita un Proyecto de Ley reformativo al Código Civil, primordialmente al Derecho de Familia, propuesto por el destacado parlamentario y eximio maestro de juventudes universitarias, señor doctor CARLOS FERAUD BLUM, para quien guardamos el más acendrado de nuestro respeto y admiración a su fecunda sabiduría; el sabio maestro, nada nos dice en este Proyecto sobre la necesidad impostergable de reformar, también, los predios de la “PATRIA POTESTAD” a los que afecta directamente su opinión jurídica. Es más, en el Código Civil y en este ordenamiento jurídico al que se refiere el Proyecto que lo propuso en 1987, nada nos dice sobre la necesidad de reformar la “PATRIA POTESTAD” y hasta se mantiene el Art. 320 que se encuentra totalmente derogado por el Art. 1065, inciso primero del Código Civil.

Sobre la institución del Testamento que, por cierto, antes, cuando el menor adulto sí podía testar esta facultad que la tuvo se armonizó con el Art. 320, o, esta disposición sólo existió por la existencia de aquella facultad del menor adulto. Suprimida en la legislación esta facultad; o sea, suprimido el derecho del menor adulto para disponer de su patrimonio en acto de última voluntad que se llama testamento, no cabe que se mantenga el Art. 320 que es consecuencial de ese derecho que ya no existe. O sea, la disposición normativa: “...no hace falta autorización paterna para que el menor teste” está demás porque ya no hay ese derecho.

Se hizo, señores, la última codificación y se sigue manteniendo esta disposición derogada porque no se cuenta con un personal idóneo en estas codificaciones. No se cuenta con el Colegio de Abogados, con la Academia de Abogados, con Magistrados Civilistas, no se cuenta con tratadistas de Derecho, no se cuenta con maestros consagrados.

En el Proyecto del sabio maestro que seguramente se dará la segunda discusión, consta una radical reforma al Art. 60 del Código Civil sobre el principio de la existencia legal de la persona natural. Queremos explicar nuestra modesta opinión sobre esta innovación y, sobre todo, nuestra inconformidad porque pensamos que ésta solamente retorna al obsoleto sistema romanista que luego en el campo doctrinario se ha llamado la co-

riente filosófica de la “vitalidad” que aún la institucionalizan el Derecho Civil chileno y colombiano.

En el antiguo Derecho Romano ya se dijo que la persona natural existe por el nacimiento del ser humano y que, al menos, dure un instante. Determinar ese instante en aquella época provocó serias dificultades y por ello las dos opiniones jurídicas tanto de Próculo y sus seguidores llamados proculeyanos y de Sabino con sus seguidores los sabinianos. Estos determinaron que la vida en aquel instante primero se demostraba mediante movimientos orgánicos y aquellos por el llanto.

Hoy, las legislaciones que siguen este viejo sistema acuden al procedimiento clínico llamado “DOSIMASIA PULMONAR HIDROSTATICA” que consiste en colocar en un recipiente de agua la víscera pulmonar de la criatura recién fallecida. Si flota es obvio que respiró y por tanto tuvo un instante de vida y fue persona natural. Si la víscera va al fondo del recipiente de agua nunca respiró y por tanto jamás tuvo vida no habiendo por tanto alcanzado a ser persona natural.

El pensamiento jurídico de nuestra legislación civil como la española se armoniza con la corriente doctrinaria de la “viabilidad”, o sea, para que la criatura alcance la calidad de persona natural es necesario que nazca viva y sobreviva por lo menos 24 horas. Si muere al tiempo del nacimiento, o muere antes de cumplir este plazo legal, se considera que el ser humano nunca fue persona natural.

La reforma que pretende el Proyecto es la siguiente:

“El nacimiento de una persona fija el principio de sus existencia legal, desde que fue separada completamente de su madre.”

“La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, se reputará no haber existido jamás.”

“Se presume que la criatura nace con vida, y quien alegue lo contrario para fundamentar un derecho, deberá probar que nació muerta.”

¿Cuál es el requisito esencial en este caso de la Reforma?

Ese requisito es la separación completa de la criatura de su madre. La corriente de la “vitalidad” dice un instante, y, por supuesto, en este caso, ese instante no es otro que el necesario para esta separación.

La misma corriente de la “vitalidad”, con otro lenguaje jurídico. En su “ratio legis”.

El tercer inciso de la Reforma explica esa necesidad de prueba. Hay que demostrar que la criatura sobrevivió un instante. O, lo que exige la Reforma: hay que demostrar que la criatura sobrevivió el instante necesario para separarla de la madre.

Debemos cambiar, ciertamente, el Art. 60 del Código Civil. Pero no debemos cambiarlo con antiguos sistemas romanistas. Debemos cambiar-

lo con nuevas corrientes del pensamiento filosófico jurídico contemporáneo. Por ejemplo, con el sistema que ya se ha incorporado en la Legislación Civil Argentina; o sea, la persona natural existe en el ser humano desde que éste es concebido.

Es por ello que sugerimos que el Art. 60 debería decir:

La concepción establece el principio de la existencia legal de la persona natural."

¿Qué es la concepción?

Como el parto, el alumbramiento, es la concepción un fenómeno natural de índole biológica. Según los datos que nos proporciona la ciencia médica es la fusión de la célula macho (espermatozoide) con la célula hembra (óvulo de la mujer). Ese acoplamiento; esa fusión de las dos células vitales se llama CONCEPCION y allí nace la vida humana. Que ésta se gesté en el vientre materno siguiendo su ciclo evolutivo natural, no da ningún derecho para privar al ser humano de esta calidad.

Al contrario, se armonizaría con la declaración constitucional sobre la protección a la vida del que está por nacer. Y, también se armonizaría con el Art. 36 del Código de Menores, en cuanto el ser humano, tiene derecho "...a nacer y vivir en condiciones que le permitan llegar a su completo y normal desarrollo físico, intelectual, moral y social".

Tal como ahora está redactado el Art. 36 hasta es una incongruencia porque el "nasciturus", o sea la criatura por nacer, no es sujeto aún de derecho, no es aún persona natural y sin embargo, el Art. 36 habla o como textualmente dice este Código de Menores:

"...consagra el derecho que tiene el menor a NACER y vivir en condiciones que le permitan llegar a su completo y normal desarrollo físico, intelectual, moral y social."

El profesor universitario doctor Max Coéllar Espinoza en su publicación intitulada: "REFORMAS al libro 1 del Código Civil", año 1987, tratando encausar el Proyecto de Reformas del doctor Carlos Feraud Blum, dentro del pensamiento doctrinario, quiere adoptar el sistema de los Códigos Colombiano y Chileno cuando sugiere:

Art. 7.- El Art. 60, dirá:

"El nacimiento de un ser humano fija el principio de su existencia legal, siempre que viva un instante siquiera, desde que fue separado completamente de su madre".

"La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un INSTANTE SIQUIERA, se reputará no haber existido jamás."

"Se presume que la criatura nace con vida y quien alegue lo contrario para fundamentar un derecho, deberá probar que nació muerta."

Y ahora, señores, me voy a referir a otro importante Proyecto de actualidad, por cuanto se encuentra tramitándose en el Congreso Nacional. Y se encuentra tramitándose también con otros importantes Proyectos que tienen una tónica saludable para el bienestar de la menor edad ecuatoriana en especial que soporta las graves inclemencias del desamparo social.

El Ministerio de Bienestar Social ha propuesto todo un nuevo Proyecto de Código de Menores con esta saludable inclinación tutelar. INNFA está muy interesado por proyectar una nueva legislación y hasta conocemos sus programas que conllevarán el laudatorio propósito. El legislador manabita, doctor MARCO LOOR CAMPOZANO tiene presentado un Proyecto de Reforma al Art. 59 del Código de Menores sobre la Institución tuitiva de los alimentos.

Este proyecto ingresó a conocimiento del Congreso Nacional el 24 de agosto de 1988 y al día siguiente se hizo la distribución reglamentaria.

Aunque ya dejamos consignada nuestra opinión en el sentido de una revisión de toda la Legislación positiva especializada de Menores, nos vamos a referir a este Proyecto que demuestra el vivo interés del país por alcanzar una mejora en esta Institución de los Alimentos.

Coincidimos en los propósitos que guían al legislador proponente. Todo cuanto puntualiza en sus CONSIDERANDOS, constituyen denuncias para que volvamos nuestra mirada hacia la menor edad abandonada, causa de los grandes daños sociales que provoca la delincuencia, por no haber atendido al niño o al joven en la forja de su personalidad integral.

No serán las vativas policiales las que resuelvan el acuciante conflicto social. Será la tranquila, apasionante y pedagógica misión de educar a la niñez y juventud hasta poner en ellas la gran siembra del hombre nuevo, útil socialmente y mano calificada para la producción de bienes.

El legislador afirma en su primer considerando:

“Que cada día se agravan más los problemas socio-económicos en las familias ecuatorianas, sobre todo en las formadas en la llamada sociedad de hecho.”

“Que el código de Menores en su Art. 59, se refiere al suministro de alimentos de los padres a sus hijos, sin precisar la cantidad que cada uno debe aportar.”

“Que cada día el costo de los alimentos es más elevado debido al índice inflacionario actual.”

“Que es necesario indicar porcentualmente dicho suministro, pues de lo contrario se cae en la subjetividad de las autoridades de turno y se permite aún más la responsabilidad paterna.”

Se aprecia que el contenido de estos argumentos jurídico-filosófico-sociales, son precisos, categóricos y hasta inaplazables. Hay razón para

una Reforma.

El Art. 59 del Código de Menores que se piensa reformar, dice:

“El padre y la madre tienen obligación de proporcionar alimentos a sus hijos. Esta obligación comprende la satisfacción de las necesidades de subsistencia, habitación, educación, vestuario y asistencia médica.”

El proyecto puntualiza:

“El padre tiene obligación de proporcionar alimentos como mínimo en un 25% del Salario Mínimo Vital si fuere un hijo, al que los debiese. Y en 15% del Salario Mínimo Vital, si tuviere de dos hijos en adelante, por cada uno. La madre si trabajare en relación de dependencia, tendrá igual obligación.”

Mientras el actual artículo 59, siguiendo la doctrina civilista, establece la obligación de alimentos como del padre y la madre de “consuno”, el Proyecto, como principio, determina que sólo es obligación paterna y muy excepcionalmente de la madre y sólo cuando ésta “:—...trabajare en relación de dependencia...”. O sea, la madre obrera, la madre empleada privada o pública. En los otros casos, la madre no puede obligarse respecto de sus hijos menores de edad.

Sin duda el autor del Proyecto pensó tan sólo en la madre dedicada al cuidado de sus hijos; o sea, dedicada tan sólo a la maternidad y que por ello, carece de ingresos.

Nos preguntamos: ¿Y la madre rica que tiene bienes de fortuna? ¿Y la madre profesional? ¿La madre comerciante, industrial. etc., que trabaja y “sin relación de dependencia”, por qué razón queda exonerada de esta obligación?

En la misma “ratio legis” del artículo leído; o sea, en la proporcionalidad para la fijación de una pensión de alimentos; se puede afirmar que mientras para el padre acaudalado el porcentaje establecido puede ser mínimo, sin mayor incidencia, pensemos en el padre obrero, artesano, carente de medios de fortuna.

Cierto que hay que reformar el Código de Menores en cuanto al mejor servicio de alimentos para los menores. Pero, no creemos en este campo del Art. 59 que estimamos está muy bien.

Debemos reformarlo —sí— pero en el trámite que hay que dar a esta reclamación prioritaria. Los Tribunales de Menores, temerosos de infringir el Art. 123 del Código tutelar, en cuanto hay que observar el procesalismo civil en esta sustanciación, concede prioridad al derecho del padre renuente mientras los menores se mueren de hambre.

Hay procedimientos que retardan seis o más meses. La madre agoniza en estos juzgados en espera de una resolución y los niños tienen que resignarse a este tipo de desesperanzas.

¿Qué debe hacerse?

Para las reclamaciones de protección prenatal y de alimentos, cuando se acompaña prueba registral de la paternidad del padre renuente, ipso iure, el Tribunal, antes de todo, en la misma providencia calificativa de la reclamación, debe fijar una pensión de alimentos provisional e inmediatamente debe cumplirse con la voluntad, sin la voluntad y aún en contra de la voluntad del padre renuente el pago, mediante apremio personal y no por las dos pensiones de alimentos últimamente vencidas, sino por las dos primeras pensiones anticipadas.

Tal como están las cosas es una política protectora al padre incumplido mas no al menor, como, por supuesto, debería ser. Porque por encima del derecho de defensa del padre está el biológico del hijo.

Por ello hemos sugerido que los Tribunales de Menores deberían integrarlos un personal femenino. Una abogada, una médica y una educadora. La mujer tiene en sus comportamientos temperamentales el sentimiento natural de apego al menor quien quiera que él sea. Así él fuere un delincuente para recuperarlo a la vida social. Ella, la mujer, puede aplicar ampliamente los contenidos de los Arts. 114 y 115 del Código de Menores que haora se los utiliza muy parcamente.

Estamos ampliamente de acuerdo con los Considerandos de este Proyecto propuesto por el legislador manabita Marco Loor Campozano aunque no nos convence la parte dispositiva de sus normas que pretende incorporar a la legislación tuitiva.

En nuestras clases de Legislación de Menores hemos sugerido y también hoy lo hacemos esta opinión de fijar, previamente ora la ayuda prenatal, ora la pensión provisoria de alimentos, luego puede venir el trámite que por su naturaleza procesal tiene que ser sencillo.

Nuestra opinión no es suficientemente original. Nos hemos fundamentado en lo que acontece en el juicio ejecutivo con el auto de pago: el ejecutado debe pagar la obligación o proponer excepciones dentro de tres días. Y, en rebeldía la sentencia del Juez causa ejecutoria.

Si en el campo civil es procedente porque el derecho está establecido para el acreedor; con mucha y laudatoria razón para este acreedor protegido que es el menor de edad, o, el "nasciturus". Éstablecida la paternidad con la partida de nacimiento, o, en su caso, la partida de matrimonio, obvio que el Juez especial tuitivo inmediatamente debe determinar la pensión provisional de alimentos y la ayuda prenatal en protección al beneficiario; en un mundo como el nuestro en el que un porcentaje crecido de padres egoístas, que sólo miran sus intereses personales, esgrimen un conjunto de actuaciones encaminadas a estancar el derecho que tienen sus descendientes.

Nos hemos referido a estos Proyectos de Ley no sólo porque actual-

mente se tramitan en el Congreso Nacional en espera de una pronta atención, sino porque son prioritarios en el convivir nacional.

Ojalá la menor edad ecuatoriana tenga en lo futuro una preocupante atención del Estado para su bienestar social que, indudablemente, repercutirá en la vida de nuestra sociedad.

Apertura y Delación

Dr. Alejandro Ponce Carbo

Apertura y Delación

La sucesión de una persona se abre al momento de la muerte en su último domicilio, salvo los casos expresamente exceptuados, y se regla por la ley del domicilio en que se abre, salvo las excepciones legales. (Art. 1019).

La apertura de la sucesión es el hecho jurídico consiguiente a la muerte de una persona en cuya virtud nace o se genera el derecho real de herencia y, por consiguiente, los bienes del difunto pasan a sus asignatarios que los adquieren por sucesión por causa de muerte. Planiol indica que la apertura de la sucesión es el hecho que autoriza a los herederos a tomar posesión de los bienes de la persona difunta y que les transmite en propiedad.

La condición para la apertura de la sucesión es, pues, la muerte de una persona. Por esto los romanos decían: “nulla est viventis hereditas”. De allí, por consiguiente, la importancia de determinar con exactitud el momento de la muerte de una persona.

Efectos de la apertura

Entre los efectos principales de la apertura de la sucesión se pueden señalar:

1. Aunque la aceptación de la herencia puede demorarse, sus efectos se retrotraen al momento de la apertura. Dicho de otra manera, la aceptación obra como si se hubiese producido al momento de la apertura. De

aquí las consecuencias legales respecto a frutos y acciones.

2. Si el heredero es acreedor o deudor del difunto, su crédito activo o pasivo se extingue por confusión desde el momento de la muerte ya sea en su totalidad, si se trata de un heredero universal, ya en una parte, si se trata de un heredero de cuota.
3. En el caso de la muerte presunta por desaparecimiento, los derechos del heredero presuntivo quedan fijados con relación al día señalado como el de la muerte.
4. Finalmente al momento mismo de la muerte se originan los derechos de los asignatarios y nace el derecho de herencia y, por lo mismo, el derecho para cualquier persona que tenga interés en la herencia de pedir que se tomen las seguridades convenientes respecto de los bienes hereditarios, como por ejemplo que se guarden los muebles bajo sello y llave hasta que se forman los inventarios. (Art. 1267).

Delación

Al mismo tiempo que se produce la apertura tiene lugar la delación de la asignación. (Art. 1020).

Delación es el actual llamamiento de la ley a aceptar o repudiar una asignación. Esta palabra viene del latín y significa poner una cosa delante de una persona para que diga si acepta o no.

Este llamamiento de la ley constituye un derecho que ingresa al patrimonio del asignatario, de tal manera que si muere después del llamamiento y antes de aceptar o repudiar transmite a sus herederos el derecho de hacerlo. (Art. 2021).

La delación, por regla general, tiene lugar en el momento de la muerte. Sin embargo, si la asignación es condicional, la delación se produce al momento de cumplirse la condición. Así, si el testador dice: “Dejo mi herencia a Pedro con la condición de que se gradúe de Aboagado”, la delación se produce al momento de cumplirse la condición, esto es, al graduarse Pedro de Abogado. Sin embargo, si la condición es de no hacer algo que dependa de la sola voluntad del asignatario, esto es si se trata de una asignación con condición potestativa negativa, tal asignación se defiere al momento de la muerte del testador, salvo que el testador haya ordenado que mientras penda la condición de no hacer algo, pertenezca la cosa a otro asignatario. (Art. 1020) De todas formas, en estas asignaciones con condición resolutoria, si la asignación se ha deferido al momento de la muerte, el asignatario tiene que prestar caución de restitución para el caso de no cumplir con la condición, a no ser que el testador le haya liberado de prestar esta caución.

La delación, pues, se produce al momento de la muerte en las asigna-

ciones puras y simples y en las asignaciones bajo condición resolutoria, condición que no suspende la adquisición del derecho sino que lo extingue. Pero la delación en el caso de asignación bajo condición suspensiva no se produce sino al momento de cumplirse ésta, porque tal condición, por su naturaleza, suspende la adquisición del derecho.

En síntesis, fallecida una persona se producen, pues, tres consecuencias legales:

Primera. La *apertura* de la sucesión, hecho general, que se produce al momento de la muerte, por el solo ministerio de la ley, y que habilita a los herederos a tomar posesión de los bienes hereditarios.

Segunda. La *delación*, que es el llamamiento que la ley hace a cada asignatario para aceptar o repudiar la herencia, y que no siempre, como hemos visto, se produce al momento de la muerte.

Tercera. La *aceptación o repudación*, que estudiaremos más adelante.

Comparación entre apertura y delación

Según lo que hemos visto, podemos establecer las siguientes diferencias entre la apertura y la delación.

1. La apertura es el hecho general en virtud del cual se origina el derecho de herencia, que fija, asimismo en general, los derechos de los sucesores y que habilita a los herederos a tomar posesión de los bienes hereditarios, transmitiéndolos en propiedad.

La delación es un hecho particular en virtud del cual se llama a cada asignatario a aceptar o repudiar una asignación.

2. La apertura tiene lugar siempre en el momento de la muerte. La delación se produce al tiempo de la muerte si la asignación no está sujeta a condición suspensiva, esto es en las asignaciones puras y simples y en las asignaciones sujetas a condición resolutoria. En cambio, si la asignación está sujeta a condición suspensiva, la delación se produce al momento de cumplirse la condición, por lo cual el asignatario tiene que ser capaz de suceder no sólo al momento de la muerte del testador, sino también al momento de cumplirse la condición; asimismo si el asignatario fallece en el tiempo intermedio entre la muerte y el cumplimiento de la condición nada adquiere ni nada transmite, en virtud de no haber delación.

3. Abierta la sucesión, si se trata de una asignación bajo condición suspensiva, el asignatario no puede aceptarla; puede, eso sí, repudiarla, a pesar de estar pendiente la condición.

En cambio, producida la delación, esto es, cumplida la condición, puede el asignatario aceptarla o repudiarla. (Art. 1271).

Lugar de apertura de la sucesión

Conforme a la ley, la sucesión se abre en el último domicilio del causante, salvo los casos expresamente exceptuados. (Art. 1019). La razón de esta disposición es la de que el heredero continúa la personalidad patrimonial del difunto y, por consiguiente, debe continuar en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones en el mismo lugar en que lo hacía el difunto.

Importancia de fijar el lugar de apertura de la sucesión

La fijación del lugar en que se abre la sucesión tiene dos objetivos principales:

1. Determinar que jueces y tribunales han de conocer toda cuestión relativa a la sucesión: Publicación de la apertura de la sucesión, formación del inventario, petición de herencia, posesión efectiva, partición, desheredamientos, validez o nulidad del testamento, etc. El Juez Civil del Cantón del último domicilio del fallecido conocerá todas estas diligencias y juicios.
2. Determinar que ley ha de regir la sucesión. Toda sucesión tiene que regirse por una ley. Esta ley, según nuestro Código, será la del último domicilio. Si la sucesión se abre en Francia, por ejemplo, se regirá por la ley francesa.

Así como el principio general de nuestra legislación ordena que la ley no hace diferencia alguna entre ecuatorianos y extranjeros para la adquisición y goce de los derechos civiles, se establece que no existe distinción alguna entre ecuatorianos y extranjeros para la adquisición y goce de los derechos sucesorios. (Art. 43 y 1057).

Se debe destacar que nuestro Código, al establecer como ley que rige la sucesión la del último domicilio del causante, prescinde la regla del Art. 15 según la cual los bienes situados en el Ecuador se rigen por la ley ecuatoriana, aún cuando sus dueños sean extranjeros y residan en el exterior.

Excepciones a la Ley del último domicilio

Sin embargo la ley, principalmente con el objeto de favorecer a los parientes ecuatorianos del difunto, establece determinadas excepciones a la ley del último domicilio del difunto.

Primera excepción.- Si un ecuatoriano fallece en el exterior, donde tenía su domicilio, su sucesión se rige por la ley del último domicilio, pero de acuerdo con el Art. 14 de nuestro Código, no obstante su domicilio en el exterior, las leyes ecuatorianas le siguen respecto a las obligaciones y de-

rechos nacidos de las relaciones de familia respecto al cónyuge y parientes ecuatorianos, éstos deberían tener derecho a reclamar su herencia conforme a la ley ecuatoriana. Por esto nuestro Código ordena que los sucesores ecuatorianos tendrán a título de herencia, porción conyugal o alimentos, los mismos derechos que les correspondería según la ley ecuatoriana en una sucesión abierta en el Ecuador; para hacer efectivo este derecho podrán pedir tales sucesores que se les adjudique, de los bienes existentes en el Ecuador, todo lo que les corresponda en la sucesión; esto mismo se aplica, en caso necesario, al dejar el ecuatoriano bienes en el extranjero. (Art. 1058).

Segunda Excepción.- Si un extranjero domiciliado en el exterior fallece dejando bienes en el Ecuador y parientes ecuatorianos, éstos gozarán de los mismos derechos que les correspondería en la sucesión de un ecuatoriano, y podrán hacer efectivos sus derechos pidiendo que se les adjudique en los bienes del extranjero difunto existentes en el Ecuador todo lo que les corresponda en tal sucesión. (Art. 1058)

Tercera Excepción.- En caso de declaración de muerte presunta decretada en el Ecuador, la sucesión se regirá por la ley ecuatoriana, aunque se ignore cuál haya sido el último domicilio del desaparecido o se presuma razonablemente que lo haya tenido en otra parte.

Teorías sobre la ley aplicable a la sucesión

Como hemos analizado, la solución dada por nuestro Código a este problema de la ley aplicable a la sucesión, problema en el que están unas legislaciones frente a otras, en una solución original y ecléctica.

Con relación a esto conviene recordar que existen varias teorías respecto a la ley aplicable a la sucesión de una persona domiciliada en un país distinto del de su nacionalidad y que deja bienes tanto en su propio país, como en el de su último domicilio, y parientes, en ambos.

Un sistema, que parecería el más obvio, sostiene que la ley aplicable es la del lugar donde están situados los bienes, *lex loci rei sitae*, por el interés económico y político que en ello tiene el país respectivo, y debido a la soberanía del Estado que puede disponer de lo que se halla en su territorio como a bien tenga.

Otra teoría sostiene que la ley aplicable a la sucesión es la ley nacional del difunto.

Una tercera posición cree que la ley aplicable es la ley del domicilio del de-cujus.

Lo cierto es que, en definitiva, se encuentran, en un caso concreto, legislaciones extrañas la una frente a la otra; dos soberanías con reglas diferentes y diversas frente a frente y se trata de resolver qué regla ha de pre-

valecer.

Como se ve, las opiniones están muy divididas y las legislaciones adoptan cada una un sistema distinto.

Savigny ha dado una solución admirable, que ha sido seguida por nuestro Código, y a la cual hace referencia Bello en su proyecto inédito. Explica Savigny que el derecho de sucesión consiste en la transmisión del patrimonio de un difunto a una persona viva; es la extensión del poder, de la voluntad del hombre más allá de su vida; voluntad que continúa obrando ya expresamente, en la sucesión testamentaria, ya tácitamente, en la sucesión intestada.

Por lo tanto, la relación de derecho creada por el causante debe regirse por la ley de su domicilio al momento de la muerte. Añade Savigny que la base de la sucesión “per universitatem”, es la universalidad, el patrimonio, que es una unidad, un objeto ideal independiente de todos los bienes que lo componen. A esta universalidad se aplica la ley del domicilio de la persona difunta que es precisamente lo que da unidad al patrimonio y a la sucesión. Nuestra ley, siguiendo estas sabias enseñanzas, considera que la universalidad de la herencia está como situada en un solo lugar —el lugar en que se abre la sucesión, el último domicilio del difunto— y considerándola situada en ese lugar, la tiene allí fija, inmóvil para todos los efectos legales.

De no aplicarse la ley del último domicilio del causante, tendríamos la ley del lugar de ubicación de los bienes, la *lex loci rei sitae*, y surgiría, entonces, el problema, al estar tales bienes situados en muchos lugares, de determinar la ley aplicable, ya que de aplicarse las leyes distintamente según el lugar de los bienes, se rompería la unidad del patrimonio. Si se tomara la ley del lugar en que está situada la mayor parte de los bienes, tendríamos una decisión arbitraria, ya que todos los bienes merecerían tomarse en cuenta, y no habría por qué referirse unos a otros.

Por consiguiente, habría que colocar a la sucesión en todos los lugares donde hubiere bienes, con lo cual se rompería la unidad del patrimonio, se dividiría a la sucesión en muchas sucesiones, tomando como referencia los derechos reales, y nada se resolvería respecto a los derechos personales.

Si, por otra parte, se aplicara a la sucesión la ley de la nacionalidad del difunto, en la práctica se presentarían muchos problemas, especialmente jurisdiccionales. Por otro lado, muchas veces una persona no ha mantenido durante su vida ninguna relación patrimonial en el Estado de su nacionalidad.

Por esto, para conservar la unidad del patrimonio, la solución más adecuada es la de aplicar la ley del último domicilio del causante.

Savigny indica que su opinión, por la cual hace depender la sucesión del domicilio, es cada vez más admitida por las legislaciones, principal-

mente en Alemania. Sus partidarios son no sólo los romanistas, como consecuencia del concepto de sucesión universal, sino también los germanistas, por un juto sentimiento de necesidad práctica.

Siguiendo estos principios, como ya hemos visto, nuestro Código concilia puntos extremos y establece un término medio. En razón de la situación de los bienes y de la nacionalidad establece excepciones a la regla general del domicilio para proteger a los ecuatorianos.

Aceptación y repudiación

El heredero, a pesar de que se convierte en tal, de pleno derecho, al momento de la muerte, no tiene que ser necesariamente heredero, contra su voluntad.

Esto aguarda conformidad con la regla del Art.11 que dispone que pueden renunciarse los derechos conferidos por las leyes con tal que mi- ren al interés individual del renunciante y que no esté prohibida su renun- cia.

Por esto la ley establece tres caminos que puede seguir el heredero al serle deferida la herencia:

1. Aceptar libre y llanamente la asignación;
2. Aceptar con beneficio de inventario, y
3. Repudiar.

Este derecho de opción no está encerrado por la ley de un plazo fijo. El heredero tiene, por regla general, el plazo requerido para la prescripción extraordinaria, para aceptar o repudiar la asignación. Sin embargo, si el heredero hubiere sido demandado para que acepte o repudie, estará obli- gado a pronunciarse en uno y otro sentido en los cuarenta días posteriores a la demanda. Sin embargo, si los bienes se hallan situados en lugares dis- tintos, dicho plazo podrá prorrogarse hasta por un año. (Art. 1277).

Aceptación o adición de una sucesión es el acto por el cual una perso- na a quien se defiende una asignación, manifiesta su voluntad de tomar la calidad de heredero o legatario y contraer las obligaciones que tales títulos traen consigo.

Por el contrario, repudiación es el acto por el cual una persona declara que rechaza la asignación que se le ha deferido o que aunque no se le haya deferido se le haya dejado bajo condición suspensiva. (Art. 1271).

El Art. 1270, siguiendo el principio general del Art. 11, dispone que toda

asignación puede aceptarse o repudiarse libremente. Sin embargo, esta norma tiene determinadas excepciones tanto en lo que respecta a la aceptación como a la repudiación, que se refieren a los incapaces y a la persona heredera que ha sustraído efectos pertenecientes a la sucesión. Tales excepciones son las siguientes:

- a. *Incapaces*: Las personas que no tienen la libre administración de sus bienes, no pueden aceptar o repudiar por sí solas, sino con el consentimiento de sus representantes legales, o por medio de éstos. Estas personas no pueden aceptar por sí solas ni aún con beneficio de inventario. (Art. 1270).

Pero a más de la intervención o consentimiento del representante legal, la ley ordena que quienes no tienen la libre administración de sus bienes no pueden repudiar una asignación o título universal o una asignación de bienes raíces o de bienes muebles que valgan más de veinte mil sures, sin autorización judicial con conocimiento de causa. (Art. 1281)

- b. *El heredero que ha sustraído efectos pertenecientes a la sucesión.*- Como sanción, el heredero que ha sustraído efectos pertenecientes a la sucesión pierde la facultad de repudiar su herencia, y no obstante su repudio permanecerá heredero; pero eso sí no tendrá parte alguna en los objetos sustraídos. Esto aparte de la sanción penal correspondiente. (Art. 1276)

Tiempo para aceptar o repudiar

Conocemos que la aceptación no puede hacerse sino después de deferirse la asignación, esto es, al momento de la muerte en las asignaciones puras y simples, y al cumplimiento de la condición en las asignaciones bajo condición suspensiva.

La repudiación puede hacerse en cualquier momento después de la muerte del difunto, aunque no se haya producido la delación.

Forma de la aceptación y repudiación

La aceptación o la repudiación tienen que ser puras y simples, es decir, sin estar sujetas a condición o plazo algunos. No se puede aceptar desde o hasta cierto día, ni repudiar de la misma manera. (Art. 1272). Esto sería contrario a los derechos de los acreedores, que no podrían pedir el pago

de los créditos vencidos al heredero en tanto no se cumpla la condición o el plazo.

El plazo para deliberar

En razón de las consecuencias que trae la aceptación, la ley concede al asignatario el derecho de deliberar, esto es cierto plazo para que averigüe el estado de los bienes. Así, demandado el asignatario por persona interesada para que declare si acepta o repudia, está obligado a hacerlo dentro de los cuarenta días subsiguientes a la demanda. Por razones legales tales como ausencia, situación de los bienes en lugares distintos u otros motivos graves, el Juez puede prorrogar este plazo, pero nunca por más de un año. (Art. 1277). Durante este plazo el asignatario puede inspeccionar los bienes, hacer que se los conserve debidamente, revisar las cuentas, los papeles, títulos, etc. (Art. 1277).

Si el asignatario está ausente, y no comparece por sí o por medio de su legítimo representante, se le nombra un curador de bienes que le represente y acepte con beneficio de inventario. (Art. 1277).

Si el asignatario se constituye en mora de declarar si acepta o repudia, se presume de derecho que repudia. (Art. 1278).

Caracteres de la aceptación y la repudiación

Se pueden distinguir los siguientes caracteres de la aceptación y la repudiación:

1. *El derecho de aceptar o repudiar es transmisible. El derecho de transmisión se funda, precisamente, en la facultad que en vida tuvo quien no aceptó ni repudió una asignación, para transmitir a sus herederos el derecho de hacerlo. El asignatario que fallece sin haberse pronunciado sobre una asignación que se le defirió, transmite en su patrimonio dicho derecho a sus herederos.*
2. *La aceptación o repudiación no están sujetas a modalidades.* Ordena el Código, como ya hemos visto, que la aceptación o repudiación tienen que ser puras y simples, es decir que no pueden sujetarse a condición o plazo alguno. No se puede aceptar hasta día ni desde día. (Art. 1272).
3. *Es un derecho indivisible.* Ordena la ley que no se puede aceptar una parte o cuota de una asignación y repudiar el resto. (Art. 1273). Sin embargo, el propio artículo 1273 dispone que esa facultad, al transmitirse a los herederos del asignatario se hace divisible y, por tanto, puede cada uno aceptar o repudiar su cuota.

Así por ejemplo, si ha muerto un asignatario de cien mil sures sin aceptar ni repudiar y deja dos herederos que tienen derecho a la mitad de sus bienes, cada uno de éstos puede aceptar o repudiar su cuota de cincuenta mil. Debe anotarse que cada asignación respecto a la aceptación o repudiación forma un objeto separado, de tal manera que se puede aceptar una asignación y repudiar otra; sin embargo, no se puede repudiar la asignación gravada y aceptar las otras a menos que se haya deferido separadamente por acrecimiento, sustitución o transmisión o a menos que se haya facultado al asignatario a repudiar separadamente. (Art. 1274).

4. *Irrevocabilidad de la aceptación o repudiación.* Una vez realizadas, la aceptación o repudiación son irrevocables y, por lo tanto, una vez aceptada o repudiada una asignación, no se puede después renunciarla o aceptarla. El Código ordena que no se puede rescindir, esto es anular, la aceptación sino en el caso de haber sido obtenida por fuerza o dolo y aun el caso de lesión grave en virtud de disposiciones testamentarias de las cuales no se tenía noticias al momento de aceptarla. Lesión grave es aquella que disminuye el valor de la asignación a más de la mitad. (Art. 1279).

Esta regla de la irrevocabilidad guarda armonía con el Derecho Romano que ordenaba que una persona que había adquirido la calidad de heredero, siempre permanecía tal, “semel hoeres, semper hoeres”. La irrevocabilidad rige aún respecto de menores incapaces siempre que la aceptación o repudiación se haya hecho conforme a la ley.

Excepción de esta regla de la irrevocabilidad de la repudiación es aquella hecha en perjuicio de los acreedores, quienes pueden pedir al juez que les autorice a aceptar por el deudor, pero sólo hasta la concurrencia de sus créditos. En lo demás subsiste la repudiación. (Art. 1283).

Este precepto se funda en el mismo principio de la acción pauliana en virtud de la cual pueden dejarse sin efecto las ventas hechas por el deudor en perjuicio de los acreedores.

5. *Retroactividad.*-Los efectos de la aceptación de una herencia y de un legado de especie se retrotraen al momento de la delación. Este principio tiene mucha importancia ya que de él se desprenden algunas consecuencias prácticas, como las siguientes:
- a) Si falta el heredero o el legatario de especie se entiende que el sustituto o el asignatario conjunto, en el caso del acrecimiento, han sido asignatarios desde la apertura de la sucesión, si es que aceptan;
 - b) El heredero y el asignatario de especie tienen derecho a los frutos desde el momento del fallecimiento, aún cuando la aceptación haya sido posterior. (Art. 1381);
 - c) La prescripción comienza a correr desde el momento de la muerte del

causante;

- d) Cada asignatario se considera haber sucedido inmediatamente y exclusivamente al difunto en todos los efectos que le hubieren cabido en la participación y no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión. (Art. 1387); y
- e) La confusión, si el heredero es acreedor o deudor del difunto, se efectúa al momento de la muerte del causante, y por tanto, en este instante se extingue su deuda activa o pasiva, pero únicamente para los efectos determinados en la ley.

Formas de la aceptación

La aceptación puede ser expresa o tácita. Es expresa aquella según la cual formalmente se acepta la asignación. La aceptación es tácita al deducirse la misma de ciertas circunstancias que suponen tal aceptación.

En las reglas generales del título VII se citan los siguientes ejemplos como casos de aceptación tácita: Venta, donación o transferencia del objeto deferido o del derecho a suceder en él. En tales eventos se entiende que por el mismo hecho se acepta. Los herederos sobre este punto tienen reglas especiales que fijan los requisitos para determinar cuándo hay aceptación expresa y cuándo tácita. (Art. 1275).

Reglas especiales relativas a las herencias

El párrafo segundo del título VII da reglas especiales para la aceptación o repudiación de las herencias.

Herencia yacente

Partimos del supuesto de que la herencia no ha sido aceptada. Se trata, pues, de una herencia yacente, o sea de aquella que no ha sido aceptada en el todo o en una cuota por los herederos testamentarios o abintestado, ni tiene albacea con tenencia de bienes que haya aceptado el cargo. “Hereditas yacens dicitur quae nondum adita est”. Se llama así porque mientras no es aceptada por los herederos, ni tiene albacea con tenencia de bienes, está como descansando. (Art. 1285).

La declaración de herencia yacente tiene que ser hecha por el juez, a pedido del cónyuge, parientes, dependientes u otros interesados, o de oficio, quince días después de abierta la sucesión, si no ha habido acepta-

ción y no hubierte albacea con tenencia de bienes.

El Curador de la Herencia Yacente

El curador de la herencia yacente es nombrado por el juez luego de la publicación en periódicos y carteles, de la declaración de herencia yacente.

El curador de la herencia yacente tiene que sujetarse a todos los requisitos y las trabas impuestos a los tutores y curadores. Por lo mismo, no puede realizar otros actos administrativos que los de mera custodia y conservación y los necesarios para el cobro de créditos y pago de las deudas. No puede alterar la forma de los bienes ni enajenarlos a menos que sean muebles corruptibles, o que la enajenación pertenezca al giro ordinario de los negocios, o que el pago de las deudas lo requiera, a menos que por justa causa o utilidad el juez lo autorice previamente. Asimismo, la ley le prohíbe la contratación de empréstitos, salvo autorización judicial. Sin embargo, el curador de la herencia yacente está obligado a ejercer todas las acciones y defensas judiciales de la herencia y puede pagar las deudas. (Arts. 526 a 530).

Terminación de la curaduría.- Aceptación de la herencia

La curaduría de la herencia yacente cesa por la aceptación de la herencia o por la venta de todos sus bienes y el depósito del producto en las arcas del Estado. Dicha venta puede ordenarse por el juez, a petición del curador, después de transcurridos cuatro años desde el fallecimiento de la persona cuya herencia está en curaduría. (Arts. 530 y 1285).

La aceptación de uno solo de los herederos, cuando existen varios, determina que éste pase a administrar los bienes hereditarios, previo inventario solemne. Al aceptar los demás herederos y firmar el inventario solemne tendrán también parte en la administración, y si discordaren respecto a ello, el Juez nombrará un administrador. (Art. 1285).

La aceptación por parte del heredero puede ser expresa o tácita. (Art. 1286). Es expresa si se toma el título de heredero por escritura pública o privada, obligándose como tal heredero, o en un acto de tramitación judicial. Esta aceptación ha de ser instrumental a fin de evitar dudas y litigios y ha de contener la voluntad inequívoca de aceptar, es decir la declaración de que la persona se obliga como heredero. (Art. 1287).

Existe aceptación tácita cuando el heredero realiza un acto, que se ha denominado de heredero, y que supone necesariamente su intención de

aceptar, y que no hubiera podido ejecutar sino como heredero.

Esta aceptación, la tácita, presenta más dificultades, pues los hechos se pueden prestar a apreciaciones diversas.

Acto de heredero

La ley expresa que la enajenación de un efecto hereditario, aún por motivo de administración urgente, es acto de heredero si no ha sido autorizada por el juez a petición del heredero y con la protesta de éste de que no es su intención obligarse como tal. (Art. 1289). Es el único caso que el Código contempla como aplicación de la regla general de la aceptación tácita. El que enajena está indudablemente realizando un acto de propietario; de ahí el alcance que a la enajenación da el Código.

Otros actos de heredero podrían ser hipotecar los bienes hereditarios, constituir sobre ellos servidumbre, usufructo, uso, habitación, actos éstos que corresponden al dueño. Así mismo son actos de heredero demandar la nulidad de un contrato hecho por el difunto, entrar en arreglos con los legatarios y acreedores, contestar demandas dirigidas contra el difunto o el heredero, la petición de herencia, demandar la petición, actos en los cuales se toma la herencia como propia. Por último, son también actos de heredero, mudar la forma de los bienes, pagar los legados, donar o vender los derechos hereditarios, ya que en estos casos se estaría obrando como propietario, puesto que no se dispone sino de las cosas propias.

Actos que no suponen aceptación

Los actos puramente conservativos, los de inspección, los de administración provisional urgente, no suponen por sí solos la aceptación. (Art. 1288). Estos actos podrían comprender el pago de impuestos, el cuidado de ganados, las reparaciones urgentes, el pago de las deudas vencidas, el cobro de alquileres, la cosecha de frutos, el protesto de letras de cambio, la interrupción de la prescripción, etc.

Consecuencias del acto de heredero

La aceptación expresa o tácita impone al heredero las obligaciones de tal, las mismas que son más graves al aceptarse sin beneficio de inventario, obligaciones que se derivan de representar al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles. La ley ordena que quien hace acto

de heredero sin previo inventario solemne, sucede al difunto en todas las obligaciones transmitibles a prorrata de la cuata hereditaria, aunque tales obligaciones transmisibles impongan un gravamen mayor que los bienes heredados, lo cual significa que sucede sin beneficio de inventario. Sin embargo, si previamente al acto de heredero se hubiere efectuado inventario solemne, el heredero gozaría del beneficio de inventario. (Art. 1290).

Carácter absoluto de la calidad de heredero

El Art. 1291 dispone que quien ha sido declarado heredero respecto de un acreedor hereditario o testamentario, queda en tal condición respecto de todos los demás acreedores, sin necesidad de nuevo juicio. Igual cosa sucede con relación a la declaración judicial de haberse aceptado pura o simplemente o con beneficio de inventario. Esta disposición es una aplicación del principio “semel hoeres, semper hoeres”, en cierto sentido. Debemos, sin embargo, indicar que esta norma es una excepción a las reglas generales de derecho procesal, conforme a las cuales las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino en las causas que actualmente se pronuncian y con relación a las personas que fueron parte del juicio. (Art. 3o.). Esto lo ha establecido la ley para evitar que una persona sea considerada como heredero respecto de un acreedor hereditario o testamentario y no respecto de otros.

Beneficio de inventario

El Art. 1292 define al beneficio de inventario como el derecho que tiene el heredero que ha aceptado la herencia, para no responder de las obligaciones hereditarias y testamentarias, sino hasta el monto total del valor de los bienes que ha heredado.

Origen

Este derecho establecido en la ley, data del tiempo de Justiniano, quien observó que a pesar del tiempo concedido para deliberar, el heredero con frecuencia no aceptaba la herencia, sino con mucha duda, y a veces prefería renunciar a una sucesión ventajosa, para no exponerse a los riesgos de pagar deudas ocultas, o de encontrarse con un patrimonio muy exiguo. Para evitar esto, Justiniano decidió que haciéndose un inventario fiel y exacto de los bienes, los herederos podrían quedar a cubierto de todo pe-

ligro y librar sus bienes propios de cualquier responsabilidad relativa a la herencia, manteniendo su propio patrimonio separado del difunto y pudiendo reclamar como cualquier acreedor el pago del crédito que tuviese contra la herencia.

Fundamento jurídico del beneficio de inventario

El beneficio de inventario, derecho aceptado por la generalidad de las legislaciones derivadas del Derecho Romano, tiene su fundamento en principios de justicia y equidad. No sería, en efecto, justo que el heredero se perjudicara por la aceptación de una herencia muy gravada y que se viera obligado a pagar todas las cargas de la herencia aún con sus propios bienes, sin poder eximirse de tal obligación. Se puede exigir, en justicia al heredero que no obtenga utilidad de la herencia, mas no que comprometa sus propios bienes y su propio patrimonio por la aceptación. Por otro lado, ningún perjuicio se irroga a los acreedores hereditarios al permitir la aceptación con beneficio de inventario, puesto que cuando contrataron con el causante, sabían que sus créditos se cubrirían sólo con el patrimonio del mismo. Por esto, el beneficio de inventario halla su justificación en razones jurídicas valederas.

Forma en que se produce

Ante todo, el beneficio de inventario es un derecho del cual puede hacerse uso o no, por regla general. El beneficio de inventario no se produce ipso iure, salvo determinados casos de excepción.

Por otra parte, el beneficio de inventario no es la regla general. Al contrario, lo normal es que el patrimonio del difunto y del heredero se confundan, que éste continúe la personalidad de aquel y que responda como el causante respondía.

Por último, para que surta efecto el beneficio de inventario, es preciso que se proceda realmente a la confección del inventario solemne de los bienes hereditarios.

El inventario

El inventario es una lista valorada que se forma de todo lo que pertenece al patrimonio de la sucesión. El inventario debe reunir varias solemnidades prescritas en el Código de Procedimiento Civil (Arts. 640 a 649), y

por los Arts. 1298 a 1301 del Código Civil y 425 y siguientes del mismo Código, tales como son la presencia, a más de las partes, del Secretario del Juzgado, testigos y peritos, si existen menores; la presencia de las partes, peritos y testigos de no haber menores en la sucesión, y la presencia además del Juez, si se trata de inventariar bienes que se hallan bajo sello. La presencia de los peritos es necesaria para que, con juramento, alisten y justiprecien los bienes.

Aceptación obligatoria con beneficio de inventario

La regla general es que la aceptación con beneficio de inventario es potestativa, es decir que el heredero se halla en plena libertad para hacer o no uso de tal derecho.

Ni siquiera el testador puede coartar esta libertad, y así el Código ordena que el testador no podrá prohibir a un heredero el aceptar con beneficio de inventario. (Art. 1294). Existen, sin embargo, las siguientes excepciones a este principio:

1. Las herencias deferidas al Fisco, a todas las corporaciones y establecimientos públicos deben aceptarse con beneficio de inventario. (Art. 1295).
2. Las herencias deferidas a los incapaces deben necesariamente aceptarse con beneficio de inventario. (Art. 1295).
3. Los herederos fiduciarios, de acuerdo al Art. 1296 están obligados a aceptar con beneficio de inventario.

El fundamento de todas estas disposiciones enumeradas es proteger los derechos de las personas jurídicas de derecho público, de los incapaces y de los fideicomisarios.

4. Si existen varios herederos y unos desean aceptar con beneficio de inventario y otros no, la ley obliga a todos a aceptar con beneficio de inventario. (Art. 1293)

Caso en que las personas jurídicas de derecho público o los incapaces no cumplan con la obligación de aceptar con beneficio de inventario

Para esta hipótesis legisla el inciso tercero del Art. 1293 y ordena que en tal caso, tales personas naturales o jurídicas no están obligadas por las deudas y cargas de la sucesión, sino hasta donde alcance lo que existiere de la herencia al tiempo de la demanda, o se probare haberse empleado efectivamente en beneficio de ellas; lo cual significa que la falta de acepta-

ción con beneficio de inventario les coloca en mejor posición que si la aceptación hubiere sido hecha con beneficio de inventario, puesto que cuando se acepta con beneficio de inventario, la responsabilidad se extiende hasta el valor de todos los bienes heredados, mientras que en este caso, la obligación de pagar las deudas y cargas no se extendería sino hasta la concurrencia de lo que existiere de la herencia cuando se propusiere la demanda, o de lo que hubiere sido empleado efectivamente en beneficio de las nombradas personas. De esto se sigue que es de interés de los acreedores hereditarios el cuidar que dichas personas acepten precisamente con beneficio de inventario, pues de lo contrario corren el riesgo de no ser pagados de sus créditos por no existir bienes al tiempo de la demanda o por no poderse probar que éstos han sido empleados en beneficio de las personas jurídicas de derecho público o de los incapaces.

Personas que no pueden aceptar con beneficio de inventario

Existen dos casos:

1. Quien hace acto de heredero, sin previo inventario solemne, de acuerdo al Art. 1297, no puede aceptar con beneficio de inventario.
2. El heredero que, dolosamente, omitió en el inventario solemne cualquier parte de los bienes o creó deudas ficticias, tampoco gozará del beneficio de inventario. (Art. 1301). Este es un caso de sanción al heredero que con dolo pretende hacer aparecer datos falsos en el inventario. Esta disposición guarda relación con la del Art. 1276 referente al heredero que ha sustraído efectos pertenecientes a la sucesión, quien pierde la facultad de repudiar la herencia y el derecho a la cosa sustraída. Como vemos, la sanción es diferente, puesto que en tanto que quien ha sustraído efectos hereditarios pierde tan sólo la facultad para repudiar, el que de mala fe altera los datos reales en el inventario, pierde la facultad de aceptar con beneficio de inventario. En el Código Francés, quien sustrae efectos hereditarios, es obligado a aceptar pura y simplemente sin beneficio de inventario. De todas formas, en nuestro Código no se encuentra razón justificativa para imponer sanciones diferentes a casos similares.

Necesidad de inventario

Para obtener el derecho del beneficio de inventario, no es suficiente declarar que se acepta con beneficio de inventario. Es preciso que se pro-

ceda realmente a la confección del inventario. El inventario ha de ser completo y exacto. Acabamos de analizar los efectos y las sanciones que acarrea la omisión de bienes hereditarios o de la creación de deudas inexistentes.

Se deben inventariar todas las cosas de la herencia, esto es, todos los bienes y todas las deudas, todo el activo y todo el pasivo. Deben inventariarse hasta las cosas que no fueren del testador y que se encontraren entre las que lo son, sin perjuicio del derecho de terceras personas de reclamar contra el inventario. Como aplicación de este principio, el Art. 1299 dispone que deben inventariarse las cosas pertenecientes a una sociedad de la cual el difunto formaba parte.

Al inventario puede asistir todo aquel que tenga interés en la herencia, como el albacea, el curador de la herencia yacente, los herederos presuntos (testamentarios o ab-intestato), el cónyuge sobreviviente, los legatarios, los consocios, los fideicomisarios, los acreedores hereditarios que presenten su título de crédito. Estas personas pueden concurrir por sí mismas o por medio de representante, siempre que exhiban tales representantes escritura pública o privada en que se les cometa este encargo, o por medio de sus representantes legales. (Art. 1300). La citación previa al inventario ha de hacerse conforme a lo dispuesto por el Art. 86 del Código de Procedimiento Civil, esto es mediante citación personal o por tres boletas y por publicaciones en la prensa.

Efectos del Beneficio de Inventario

Los efectos del beneficio de inventario son los siguientes:

1. **Responsabilidad de los herederos limitada al monto de los bienes.** - El heredero beneficiario no responde sino hasta la concurrencia del valor total de los bienes heredados, conforme a los valores que aparezcan del inventario. En otros términos, el heredero beneficiario no tiene que pagar con sus propios bienes. (Art. 1292). Sin embargo, la ley le declara responsable no sólo de los bienes efectivamente recibidos al aceptar la herencia sino también de los que posteriormente sobrevengan a la herencia y que deben agregarse al inventario con las mismas solemnidades. (Art. 1302).

Es, además, responsable de los créditos como si efectivamente los hubiere cobrado. Esto, naturalmente, sin perjuicio de que para su descargo justifique lo que sin culpa suya haya dejado de cobrar entregando los títulos respectivos. (Art. 1303).

Es de su cargo, también, el peligro de los otros bienes de la suce-

sión, pero sólo será responsable de los valores en que hubieren sido tasados. (Art. 1305).

2. *Conservación en su integridad del patrimonio del difunto.*- El beneficio de inventario produce, en cierto sentido, la separación de patrimonios del causante y del heredero. Por consiguiente, las deudas y créditos del heredero beneficiario no se confunden con los de la sucesión, por lo cual, si el heredero tuvo un crédito contra el difunto, puede hacerlo valer como cualquier otro acreedor y viceversa. (Art. 1304).

Los valores de la herencia quedan, pues, separados de los del heredero beneficiario, y dedicados, preferentemente, al pago de todas las obligaciones hereditarias y testamentarias.

3. *Facultad de abandonar los bienes a los acreedores hereditarios.*- El heredero beneficiario como dueño de la herencia es también su administrador y puede manejar los bienes hereditarios a su arbitrio. Sin embargo, puede exonerarse en cualquier tiempo de sus obligaciones así como de la administración de la herencia, abandonando a los acreedores los bienes de la sucesión que deba entregar en especie y el saldo que reste de los otros, presentando al efecto la cuenta de su administración y obteniendo la aprobación de dicha cuenta por parte de los acreedores o del juez. (Art. 1308).

Con este abandono, según la teoría más obvia, de acuerdo al sistema de nuestra legislación, los acreedores no se hacen dueños de los bienes, sino que pueden hacerlos vender judicialmente como si se tratara de la cesión de bienes hecha por un insolvente. Esta doctrina la mantiene, entre otros, Don Alfredo Barros Errázuriz. Otros tratadistas, como el Profesor Somarriva, consideran, en cambio, que este abandono transfiere la propiedad de los bienes abandonados a los acreedores, quienes se convierten en dueños de los mismos. Consideramos que la primera solución encaja mejor en el sistema de nuestra legislación ya que ni siquiera el acreedor hipotecario puede hacerse dueño del inmueble, sino que para hacerse pago de su crédito, debe hacerlo vender en pública subasta.

Esta norma contenida en el Art. 1308 sobre la facultad de abandonar los bienes a los acreedores hereditarios, se aplica, desde luego, sin perjuicio de las transacciones o convenciones que puedan celebrar el heredero y los acreedores.

4. *Facultad de pagar las deudas y obligaciones sólo con los valores de la herencia y obligación de rendir cuentas.*.. La consecuencia principal del beneficio de inventario es, como hemos repetido, la de que el heredero beneficiario no está obligado a pagar las deudas sino con los valores de la herencia o con la porción que en estos le hubiere correspondido.

Además, como dueño y administrador de la herencia, debe anteder el pago de las deudas y cargas hereditarias en tanto no haga el abandono de los bienes previstos en el Art. 1308.

Como consecuencia de esto, si se consumieren los bienes en el pago de las deudas y cargas, y se presentare un acreedor a cobrar y el heredero alegare que se han consumido ya los bienes, deberá probar esta excepción presentando al acreedor cuenta exacta y en lo posible detallada y documentada, de los gastos realizados. De la misma manera, siempre que haya un acreedor impago, el heredero beneficiario deberá rendir cuenta, para lo cual el juez, a petición del heredero beneficiario, citará a los acreedores hereditarios y testamentarios que no hubieren sido pagados, para que reciban del heredero, cuenta exacta y documentada de todas las expensas realizadas. Aprobada la cuenta por los acreedores, o en caso de discordia, por el juez, el heredero quedará libre de toda responsabilidad. (Arts. 1307 y 1308).

Extinción de las obligaciones del Heredero Beneficiario

De las dos últimas consecuencias del beneficio de inventario y particularmente de las disposiciones de los Arts. 1306, 1307 y 1308, cuyo contenido hemos examinado, se deduce que el heredero beneficiario puede exonerarse de sus obligaciones de cualquiera de las dos formas siguientes:

1. Abandonando los bienes a los acreedores, o sea entregando los que deba dar en especie y el saldo que quede de los otros, luego de obtener la aprobación judicial de la cuenta, o
2. Consumidos los bienes, presentando cuenta exacta de los gastos e inversiones realizados y obteniendo la aprobación de dicha cuenta por el juez o por los acreedores. Esta presentación de cuentas, conforme a los Arts. 1307 y 1308, puede ser usada por el heredero beneficiario como acción o como excepción.

Concurso de Acreedores, solución del concurso

P. Angel Lobato Bustos. SDB.

Introducción

Vivimos un proceso socio-económico que exige una revisión de la norma jurídica comercial. No es posible seguir considerándole al deudor como el único responsable de un desastre. No es posible considerarle como un delincuente común.

La instancia se hace más interesante cuando admitimos que a nivel internacional los países industrializados mediante políticas económicas se esfuerzan por ellos mismos y sus poblaciones, por reanimar el crecimiento económico; pero convienen que midan los efectos que ello produce en los países en desarrollo y modificar, si fuera necesarios, las reglas actuales del comercio internacional que se oponen a una repartición más justa de los frutos de ese crecimiento. Es urgente la identificación de nuevas pistas.

Intentamos acercarnos a la gran problemática; en todo caso, es una simple reflexión sobre la búsqueda de una nueva forma de convenio o concordato. En este sentido sintetizamos en el primer capítulo lo que significa el concurso civil de acreedores; en el segundo capítulo presentamos una de las soluciones del concurso: el convenio; en el tercer capítulo queremos dejar cierta inquietud sobre nuestra deuda externa, para lo cual hemos utilizado valiosos datos ofrecidos por el Sr. Economista Marco Erazo y de la prensa nacional y finalmente no podíamos acallar la voz de la Iglesia que en su magnífico documento sobre la deuda internacional, la Pontificia

Comisión “Iustitia et Pax”, nos ofreció una reflexión sobre los principios éticos sobre los que deberá efectuarse todo concordato o convenio o arreglo acerca de la deuda externa.

Materia ardua para un incipiente que se atrevió internarse en problema tan complejo.

Concurso Civil de Acreedores

1. Naturaleza Jurídica del Concurso

Se ha pensado¹ que el concurso civil es un procedimiento de jurisdicción voluntaria; el concurso no es propiamente un juicio porque no resulta de ninguna acción, pues, la ley material no la ha creado. Según otros se ha incluido en la llamada jurisdicción mixta.

En algunas jurisprudencias encontramos: el concurso no es controversia judicial entre partes litigantes. El concurso es universal que equivale a una protección o ejecución conjunta de todos los acreedores del deudor (Cám.Civ. 2° Cap. oct. 24, 1928, en G. del F.T. 17, p. 163).

Algunos piensan que el concurso configura un auténtico proceso de jurisdicción contenciosa, pues para que una cuestión sea considerada de jurisdicción contenciosa, hasta que exista conflicto de intereses; tratándose del concurso necesario basta señalar que configura una modalidad de ejecución forzosa, la que en lugar de ser individual resulta de ser colectiva; en cuanto al concurso voluntario, tiene el mismo carácter, toda vez que el deudor se presenta al juez solicitando la suspensión de todas las ejecuciones que se le siguen para que se forme un solo juicio y en él se pague a todos los acreedores con los bienes que constituyen el activo.

El Estado mediante su actividad jurisdiccional, según Pons, restablece en la medida de lo posible el equilibrio económico-jurídico, alterado por la situación de un quebranto del deudor común².

Con la jurisdicción voluntaria, según Podetti, se olvida que este proceso constituye la ejecución colectiva, donde en lugar de existir una litis única, existe pluralidad de litis.

Para Alsina, el concurso civil no es sino una modalidad de la ejecución forzada que en lugar de ser individual es colectiva, pero que sustancialmente no difiere en cuanto a los medios y fines.

Ponz dice que el concurso civil de acreedores, es un proceso universal promovido a instancia del deudor o por medio de uno o más acreedores, que importa una ejecución colectiva de éstos contra su deudor común, cuyo patrimonio se encuentra afectado por embargos trabados en ejecu-

01. Cfr. Ricardo Reimundin, “Derecho Procesal Civil”, T. II, ed. Viracocha, Buenos Aires, 1957, p. 295 - 296.

02. Cfr. Ponz, Concurso Civil, en Enciclopedia jurídica Omeba, T. III, p. 633 ss..

ciones, que graban la totalidad o mayoría de los bienes de su pertenencia, de los que se los desapodera, a los efectos de su venta y liquidación, para con su producido abonar a los acreedores en un pie de igualdad, hasta la parte proporcional a que alcance la realización del activo, excepto las causas de preferencia reconocidas por la ley y resultantes de la naturaleza de los créditos.

Queda dicho con ellos que el objeto sustancial que se persigue es el pago de todos los acreedores del deudor común, hasta donde alcance el producido de sus bienes.

2.- Unidad de Legislación

a. Generalidades. La República del Ecuador³ tiene la siguiente legislación: CPC, 518-613.

Art. 518.-Tiene lugar el concurso de acreedores en los casos de cesión de bienes, y de insolvencia sea por falta de dimisión de bienes por parte del deudor cuando fuere compelido a señalarlos para el embargo, o por insuficiencia en la dimisión.

Tratándose de comerciante matriculado, el juicio se denominará de quiebra y ésta se declara, además de las causales expresadas en el inciso anterior, por la presentación, por parte de un acreedor, de un auto de pago no satisfecho, por cesación en el cumplimiento de sus obligaciones a tres o más personas distintas, acreditadas con documento reconocido o con instrumento público. No se tendrá como obligaciones a distintas personas las provenientes, en su origen, de un mismo acreedor o de una misma obligación y que posteriormente hubieren sido endosadas o cedidas a diferentes personas”.

Muchos autores piensan que no debiera existir dualidad de concursos según que sea o no comerciante. El deudor comerciante y el deudor no comerciante, que no pueden pagar a sus acreedores, se hallan en la misma e idéntica situación; esa situación en uno y otro caso, puede ser el resultado de las mismas causas; ambos juicios son universales, es decir de la misma naturaleza. No hay razón para que sean diferentes o legislados por códigos diferentes. Tal vez no convendría que la ley de quiebra sea incorporada al Código de Comercio.

Algunas legislaciones dan al Congreso la facultad de dictar los Códigos, tal sucede según nuestra legislación a través de las respectivas comisiones, esto obedece a razones especiales.

Si la ley de bancarrota fuera parte del Código de Comercio, en caso que tenga la facultad de dictar este Código, sería inútil dictar la ley la ban-

03. Cfr. Círculo de Juristas del Ecuador, “Código de Procedimiento Civil”, Impresora Galbar, Quito, p. 77.

carrota, porque estaría incluida en el Código de Comercio.

Nuestra Constitución contempla que el Congreso, según el art. 59 y 60 se refieran a aspectos de pronunciamientos sobre asuntos económicos, pero no habla claramente sobre el alcance de este aspecto de la bancarrota, ya que este cometido lo encontraremos en los respectivos Códigos elaborados por el Congreso.

Nuestro Código de Procedimiento Civil al respecto de la quiebra dice: art. 520.-/Declarada con lugar la formación de concurso de acreedores o quiebra, en su caso, se ordenará la ocupación y depósito de los bienes, libros, correspondencia y documentos; se hará saber al público por uno de los periódicos de la localidad o de la capital de la provincia, y a falta de éstos, por uno de los de la provincia cuya capital sea la más cercana; se convocará a una Junta que reúna en el lugar, día y hora señalados por el juez; se ordenará la acumulación de pleitos seguidos contra el deudor, por obligaciones de dar o hacer, y el enjuiciamiento penal, para que se califique la insolvencia. De parecer graves indicios de culpabilidad o fraudulencia, el juez ordenará la detención del deudor y, antes de veinte y cuatro horas, lo pondrá a disposición del juez de lo penal respectivo, junto con los documentos, originales o en copia, que hayan servido de fundamento para la detención. Se remitirá también, cada vez que se presenten en el juicio, pruebas que se refieren a la calificación de la insolvencia.

Las causas de trabajo se acumularán sólo cuando tengan sentencia ejecutoriada; pero en los casos de un fallo o de una acta transaccional, en un conflicto colectivo, la ejecución seguirá su trámite ante la autoridad de trabajo que los hubiere dictado o aprobado, sin que proceda la acumulación”.

Nuestra legislación, como lo hemos anotado anteriormente, tiene su marco de constitucionalidad, pues, la misma Constitución atribuye a la función legislativa la legislación sobre la quiebra o concurso de acreedores tal como lo tenemos en nuestro Código de Procedimiento Civil.

El concurso es un Juicio Universal

A semejanza de la sucesión, el concurso civil es un juicio universal: atrae al juez del concurso todas las demandas contra el deudor y ante él deben iniciarse las acciones personales contra el concursado.

Se excluye del fuero de atracción las acciones reales, las acciones que el concursado tenga contra terceros. Finalmente, el fuero de atracción en el concurso civil, a semejanza del juicio sucesorio, es pasivo y no de carácter activo.

Clasificación

Según que el concurso se inicie a pedido del propio deudor o de un acreedor, se distingue al concurso voluntario o necesario: el deudor no comerciante, puede hacer cesión de bienes en favor de sus acreedores, y presentándose ante el juez de su domicilio, en nuestra legislación está contemplado el problema de la competencia en CPCart. 27-32.

Los requisitos para que una acreedor pueda solicitar el concurso civil de su deudor, los encontramos en los art. 518 CPC: que haya cesión de bienes, de insolvencia, cuando fuere compelido a señalarlos para el embargo, si se trata de comerciante matriculado es necesaria la presentación de un auto de pago no satisfecho a tres o más personas acreditadas con documento reconocido o con instrumento público.

Antiguamente al concurso necesario se le denominaba: pleito u ocurrencia de acreedores.

El auto de declaración de concurso y sus requisitos

El auto en que se ordene la formación del concurso sea a pedido del deudor o de algún acreedor, deberá contener:

- a) La inhibición general del deudor y la anotación de la misma y se lo pondrá a disposición del juez de lo Penal respectivo, se ordenará la ocupación y depósito de los bienes, libros, correspondencia y documentos; se hará saber al público por uno de los periódicos de la localidad o de la capital de la provincia, y a falta de éstos, por uno de la Provincia cuya capital sea la más cercana; se convocará a una Junta, que se reunirá en el lugar día y hora señalados por el juez; se ordenará la acumulación de pleitos seguidos contra el deudor, por obligaciones de dar o hacer, y el enjuiciamiento penal, para que se califique la insolvencia.
- b) Es necesario también nombrar al Síndico que administre los bienes del concurso y lo represente en todas las cuestiones en que esté interesado. El nombramiento deberá recaer en un abogado de la matrícula.

Estas disposiciones las encontramos en nuestra legislación en los arts. 520, 522, 524 CPC.

- c) La intimación a todos los que tengan bienes y documentos del concursado, para que los pongan a disposición del Síndico, bajo las responsabilidades que correspondan.
- d) El requerimiento por exhorto u oficio, según corresponda, a los jueces ante quienes se tramitan juicios contra el concursado, para que se los envíen a fin de su acumulación al concurso y suspendan todo procedimiento tendiente a la enajenación de bienes del deudor, así como todo pago de cualquier especie y por cualquier motivo que fuere.
- e) La prohibición a los deudores del concursado, de hacerles pago o entregas de efectos, so pena de no quedar liberados de su obligación.

- f) La notificación al deudor del auto de apertura del concurso y su citación a la audiencia.
- g) La designación de los diarios en los cuales se publicará, durante veinte días consecutivos, el auto de declaración del concurso.
- h) Señalamiento de una audiencia de verificación de los créditos.
- i) La intimación, en su caso al concursado para que presente dentro del tercer día el estado de su activo y pasivo, con expresión de los nombres y domicilio de sus acreedores y deudores.
- j) El plazo para que los acreedores presenten los títulos justificativos de los créditos.

Diferencias entre quiebra y el Concurso Civil

Ya hemos anotado antes que en ambos existen la pluralidad de sujetos y universalidad de bienes. Pero también existen numerosos y bien notorios aspectos que separan al uno del otro.

- a) Si se trata de quiebra: si es comerciante se aplica la ley de quiebra.
Si se trata de concurso: si no son comerciantes se aplica el concurso.
Teniendo en cuenta a las personas: se aplica los incisos anteriores.
- b) según los requisitos:
 - 1. La quiebra exige cesación de pagos del deudor.
 - 2. El concurso exige que todo el patrimonio esté inmovilizado debido a embargos trabados y supone existencia de varios juicios.
Exige también pluralidad de acreedores. Algunos piensan que basta un acreedor para declarar al deudor en estado de quiebra.
- c) según la posibilidad entre acreedor y deudor se efectúan concesiones recíprocas que en el orden comercial se denomina concordatos, aunque en algunas legislaciones no se aceptan ya que dicen que no autorizado el concordato, las transacciones pactadas en las juntas de acreedores, no son obligatorias para los terceros (acreedores no concurrentes a la misma), que por su no presencia en la Junta no pueden soportar los efectos emergentes de dicho convenio.
- d. según el tipo de solución:
 - 1. La quiebra del concordato importa una solución preventiva.
 - 2. En los concursos se ofrece como medio de solución definitiva.
- e. Según el período de sospecha:
 - 1. En quiebra se observa un período que se fija por el juez de la quiebra
 - 2. En el concurso no se observa este período, pues los actos del deudor sólo son atacados si media dolo, fraude o simulación.
- f) según el procedimiento:
 - 1. En la quiebra hay un ofrecimiento preventivo que se resuelve en la convocatoria de acreedores.

2. En el concurso no se da esto.

g) según la calificación:

1. En la quiebra se califica la conducta del deudor en un incidente especial.

2. En el concurso no se da esto. Se presupone la buena fe del deudor. No puede disponerse la retención de la correspondencia del deudor, pues va contra la inviolabilidad de la correspondencia.

Efectos de la apertura del concurso

01. Separa al deudor de la administración de sus bienes.

02. El deudor está obligado a presentar, dentro del tercer día de que se encuentre firme el auto de apertura, dictada a solicitud del acreedor, un estado de su activo y pasivo.

03. Hacer exigibles las deudas pendientes de plazo; dar a los acreedores condicionales el derecho, cuando la condición fuese suspensiva, de solicitar se reserve el importe de su dividendo eventual, y cuando fuese resolutoria, el percibir su cuota, previo afianzamiento de restituirla en su caso.

04. Suspender con relación al concurso, los intereses de todos los créditos, excepción hecha de los acreedores con derecho reales de garantía, y solo en cuanto se cubran con lo producido con los bienes afectados.

05. Suspender el ejercicio del derecho de los acreedores, salvo en lo que respecta a los créditos con privilegio especial o asegurados con derechos reales de garantía.

06. Atraer al concurso todas las acciones deducidas.

07. Atribuir al síndico la administración de los bienes del concurso y la representación del mismo en los juicios iniciados, que se iniciaron en su contra o a su favor.

08. Permitir al deudor acogerse al beneficio de competencia, en los casos determinados en el CPC.

09. Atribuir al concurso las acciones por dolo, simulación o fraude, cuando el Código Civil las concediese a los acreedores individualmente.

10. Dar a los acreedores, facultades para subrogarse en las acciones que correspondiesen al deudor e iniciarlas a su costa.

El auto de apertura del concurso civil, no convierte al deudor en incapaz de hecho, pero limita su capacidad⁴.

Mientras no se publique los edictos, los acreedores no pueden considerarse notificados de la apertura del concurso, no alcanzándole por ello

04. Cfr. Enciclopedia Jurídica Omeba, Tom. III, ed. Driskill S.A., Buenos Aires p. 633 - 640.

las consecuencias que ese **estado de falencia** importa.

Verificación de créditos

Verificación es la admisión o rechazo de los créditos lo que equivale a pronunciarse sobre la existencia, legitimidad y privilegio de los mismos. Constituye un trámite esencial en el concurso civil. Se efectúa por la junta y en algunas legislaciones excepcionalmente por el juez del concurso.

El síndico debe presentar al juzgado en detalle una lista de los créditos que se hubiesen reclamado y a la vez un informe sobre los bienes que constituye el activo, como así mismo sobre cada uno de los créditos.

En nuestra legislación, esta norma la encontramos en el art. 533 CPC.

La Junta de Verificación

En nuestra legislación la Junta de Verificación está contemplada en el art. 524. La Junta se constituye bajo la presidencia del juez y en presencia del Síndico. En cuanto a la concurrencia algunos opinan que no es necesario que acudan todos los acreedores o ni siquiera uno.

Si algunos créditos admitidos por la mayoría de los acreedores, fuesen objetados por el deudor, por el Síndico, o por alguno de los acreedores, se tendrán por verificados provisionalmente, sin perjuicio de que en juicio ordinario pueda seguirse la cuestión sobre la legitimidad del crédito.

Los acreedores que no presenten los documentos justificativos de sus créditos, no serán admitidos a la masa sin que preceda la verificación de sus créditos.

Nuestra legislación en el art. 525 CPC contempla que el auto que declara haber lugar al concurso de acreedores, o a la quiebra, es susceptible sólo de recurso de apelación, que se concederá únicamente en el efecto devolutivo.

Graduación de los términos

Dentro de los quince días siguientes a la verificación, algunas legislaciones establecen que el Síndico formará el estado de la graduación de créditos con arreglo a lo dispuesto en el Código Civil, en nuestra legislación, según el art. 2398 CC reformado.

La distribución

El producido de los bienes de concurso, se distribuirá a prorrata entre los acreedores, a no ser que hayan causas de legítimas preferencias. Las

causas de legítimas preferencias son el privilegio y la hipoteca⁵.

Además de considerar la prelación de créditos establecida en el Título XXXIX libr. IV del CC. art. art. 2397-2413, el código de Comercio contempla también como créditos privilegiados también los enumerados en el art. 728 de dicho Código: 01. Los gastos de justicia y otros, hechos para llegar a la venta.

02. Los gastos de auxilio dados a la nave que se hallaba en peligro en su último viaje.
03. Lo que deba la nave por derechos de puerto o cualesquiera otros legalmente establecidos.
04. Los salarios de los depositarios o guardianes de la nave y cualquier otro gasto hecho para su conservación desde la entrada en el puerto después de su último viaje hasta su venta y el alquiler de los almacenes donde se hayan custodiado sus aparejos y pertrechos.
05. Las cantidades prestadas al capitán por necesidad urgente de la nave durante el último viaje, y el valor de las mercancías que él haya vendido por la misma causa.
06. La suma debida por las provisiones empleadas en la construcción de la nave, cuando ésta no haya hecho viaje alguno; y si ya hubierte navegado las deudas que se hayan contraído para repararlas, aparejarla y proveerla para el último viaje.
07. Las cantidades prestadas a la gruesa, antes de la salida de la nave, sobre el casco, quilla y aparejos para su reparación, provisión de armamento y equipo.
08. El premio de los seguros hechos para el último viaje sobre el casco, quilla y aparejos de la nave.
09. Las indemnizaciones debidas a los cargadores por falta de entrega, pérdida de las mercaderías.
10. Las otras ⁶ creencias a que haya sido afectada la nave.

En algunas legislaciones se menciona aquello de que si al hacerse la distribución de los fondos hubiesen acreedores verificados provisionalmente, sus dividendos quedarán depositados en el Banco de la Nación (Ej. Argentina) hasta la resolución definitiva, sin que en ningún casos esos fondos puedan destinarse al pago de otras obligaciones que aquellas a que hubiese dado lugar la verificación provisoria.

En el mismo sentido se establece respecto a los acreedores que hubieren sido objetados por el Síndico, por el deudor, o por algún acreedor, para el caso en que el fallo les fuese favorable.

Los acreedores hipotecarios y aquellos que tengan privilegio especial

05. Cfr. Jesús María Arteaga - Jaime Arteaga Carvajal, "Curso de Obligaciones", ed. Temis Bogotá, 1979, p. 189-192.

06. Cfr. Código de comercio reformado, ed. Centro Jurídico editor, 1988, p. 133 - 134.

respecto de los cuales no haya habido oposición, o que haya habido sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, no estarán obligados a esperar los resultados del concurso general, y serán pagados con el producto de los bienes afectados al privilegio o hipoteca, sin perjuicio de obligarles a dar caución de acreedores de mejor derecho. El sobrante, si lo hubiere, entrará a la masa y por lo que faltare de capital concurrirán a prorrata con los acreedores personales.

Si antes del liquidado definitivamente el derecho de preferencia de algún acreedor privilegiado o hipotecario, llega la ocasión de dar algún privilegio, se le considerará en la condición de acreedor personal, y la cuota que le tocase quedará en reserva para devolver el destino que le corresponda, según la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

Administración

En nuestra legislación en el art. 522, el juez entrega al síndico designado por la corte Superior los bienes concursados mediante un inventario. Cada dos años, las Cortes Superiores eligen el número de síndicos que creyere necesario y darán conocimiento a la Corte Suprema de las designaciones (art. 537 CPC).

El Síndico representará a la masa de acreedores, activa y pasivamente en juicio y fuera de él; practicará todas las diligencias conducentes a la seguridad de los derechos y a la recaudación de los haberes de la quiebra, y liquidará ésta según las disposiciones de éste código (art. 541).

Si el fallido estuviere en libertad, podrá el Síndico emplearlo para facilitar la administración y aclarar los negocios de la quiebra, asignándole la retribución que deba pagársele por sus servicios. (art. 543).

El síndico recibirá y abrirá las cartas dirigidas al fallido, el cual si estuviere presente, podrá concurrir a la apertura. Se le entregará al fallido las cartas que no interesen a la quiebra, guardando sobre su contenido el más rigurosos secreto, bajo la sanción que establece el Código penal para cuando se viole el secreto (art. 543 CPC).

Si no se hubiere hecho el balance, el síndico procederá sin dilación, a formarlo, por lo que resultare de los libros y papeles del fallido y de los informes que procurará obtener (art. 544 CPC).

Para la formación del balance, el juez de oficio o a solicitud del síndico, deberá examinar con juramento a los dependientes y empleados del fallido o de cualquier otra persona que no sean parientes de éste hasta el cuarto grado de consaguinidad o segundo de afinidad, sobre las causas y circunstancias de la quiebra, y lo demás que interese al juicio. ...Presentado el balance, el síndico lo examinará y si hubiere lugar lo rectificará o adicionará. El balance así formado o rectificado se agregará al expediente de

quiebra. (Art. 545 CPC).

El síndico de ser posible, hará notificar al fallido para examinar y cerrar los libros para aclarar las dudas que ocurran en su examen y para la formación del balance. Podrá comparecer por procurador, si el juez hallare fundados los motivos para no hacerlo en persona. si estuvieses en arresto, el juez podrá hacerle conducir al lugar en que deba practicarse el examen de los libros (art. 546 CPC).

El síndico informará al juez, por escrito dentro de quince días de juramentado sobre el estado de los negocios del fallido y de sus libros, expresando el juicio que formen acerca de su conducta y de las causas, circunstancias y carácter de la quiebra. El juez pasará copia de dicho informe al juez competente de lo penal (art. 548 CPC).

El último día de cada semana depositará el síndico, sujetándose al Art. 196 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera y Control, todas las cantidades provenientes de las cobranzas y ventas que se hagan, previa deducción de la suma que el juez considere necesaria para los gastos de la administración; y no haciéndolo, podrá ser destituido, respondiendo en todo caso, del interés legal sobre las sumas indebidamente retenidas. Los recibos de los depósitos se gregarán al expediente, dentro del tercer día. (Art. 549).

El retiro de fondos no podrá hacerse sino mediante cheques u órdenes suscritos por el síndico y el juez de la causa bajo la responsabilidad del depositario (550).

El síndico puede ser removido de oficio, siempre que el juez de la causa notare o presumiere fundadamente que la administración se resiente de impericia o negligencia, o que se ha cometido fraude en ella, o que el síndico se halle en colusión con el fallido, o que existe cualquier otra causa por la cual la remoción puede ser conveniente a los intereses de la masa. La remoción podrá también solicitarse por cualquiera de los acreedores o por el fallido. En este caso la solicitud que será fundada y justificada se presentará al juez el cual, oído el informe, también justificado, del síndico, resolverá sobre la remoción. En los casos de fraude o de colusión se pasará copia de los actos al juez competente en lo penal. Decretada la remoción, de cuya providencia no se podrá apelar ni recurrir de hecho, se procederá a nombramiento de nuevo síndico, si fuere necesario. Las demás reclamaciones que se intentaren contra el síndico, por sus operaciones serán decididas por el juez... De lo que el juez resuelva se concederá el recurso de apelación, pero no el de tercera instancia (art. 551).

Solución del concurso del Convenio

A la solución del concurso se puede llegar por desistimiento, adjudicación en pago, concordato, extinción de las obligaciones; se deja un margen de beneficio de competencia o pensión alimenticia, según los casos.

Nuestro Código trata acerca del convenio en el art. 559 del CPC. “Concluida la diligencia de calificación de créditos, el juez convocará a los acreedores cuyos créditos hubiesen sido aceptados, para tratar del convenio, mientras éstos importaren más de las dos terceras partes del pasivo. De otra manera, se esperará la resolución definitiva respecto de los créditos que estuviesen controvertidos”.

Art. 560: En el lugar, día y hora señalados, se constituirá la Junta prevenida por el juez. Tendrá voto en las deliberaciones relativas al convenio, todos los acreedores admitidos. Los acreedores privilegiados, pueden concurrir a la junta pero no tienen voto en la deliberación, a menos que renuncien su derecho de prelación; y se entenderá efectuada su renuncia, por el hecho de dar su voto (560).

El fallido deberá concurrir personalmente, y sólo por causa que el juez aprobare podrá estar representado por apoderado. Si el fallido no concurriera a la Junta, ésta podrá acordar su aplazamiento para otro día o declarar que no se ha producido el convenio. (561).

El síndico presentará a la Junta un informe escrito acerca de la causa, carácter y estado de la quiebra; de las formalidades cumplidas, y de las operaciones realizadas; del resultado de la administración, y de las relaciones en que aparezcan el activo y el pasivo de la quiebra. Los acreedores y el fallido sabrán hacer sobre el contenido del informe las observaciones que crean oportunas. (562).

No puede celebrarse el convenio con el fallido, sino en Junta de Acreedores, y después de haberse cumplido las formalidades que quedan preescritas. El convenio no puede tener lugar si no es aprobado por una mayoría de las dos terceras partes de la totalidad de los acreedores con derecho a votar en la Junta, que reúnan las tres cuartas partes de los créditos representados por la totalidad de los acreedores; o por la mayoría de las tres cuartas partes de la totalidad de dichos acreedores, que reúnan las dos terceras partes de la totalidad de los créditos. El convenio deberá ser firmado, so pena de nulidad, en la misma sesión en que se celebra. (563)

Para la celebración del convenio, se acompañará copia de la resolución en el juicio de la calificación de la quiebra, caso de no haberse terminado. De aparecer que la quiebra es culpable o fraudulenta, no podrá celebrarse convenio. El convenio presupone allanamiento, de parte del fallido, con los procedimientos de la quiebra, de manera que se basará en el pro-

ducto de la venta de muebles, mercaderías y enseres, y de hecho quedará prohibida la enajenación de los inmuebles, aún los no hipotecados, o la constitución del gravamen de cualquier especie que fuere. Sólo podrá constituirse gravamen o enajenarse, cuando así convenga a los intereses de los acreedores, por acuerdo de éstos, en los términos del inciso segundo del artículo anterior. Para los efectos de la prohibición respecto de terceros, se inscribirán el informe y el acta de convenio mencionados en el art. 562, en el Registro de gravámenes. Al mismo tiempo en el indicado registro se inscribirá una vez ejecutoriado, el auto de aprobación, de que se trata en el art. 574.

Para que el convenio surta sus efectos es necesaria la aprobación judicial, que se dará después de ocho días de la reunión de Junta de Acreedores, a fin de que dentro de este término, se presenten todas las observaciones o reclamos sobre las cuales debe fallar el juez. de esta resolución se concederá el recurso de apelación pero no se concederá el de tercera instancia. (566)

Concepto de Excepciones

Sabemos que los deudores deben gozar de la facultad de oponer al acreedor, no sólo todas las excepciones personales, sino aquellas comunes a los demás codeudores. Estas excepciones de interés común deducidas por un deudor no pueden alegarse por los demás obligados en el grado de apelación o de recurso de casación, sino cuando se hubieren adherido a lo principal.

La palabra excepciones la usamos no ya en el sentido propio del procedimiento, sino en otro más amplio. Significa generalmente, medios de defensa comprendiendo también las acciones mediante las que el deudor solidario tiende a destruir el derecho del acreedor.

El Código de Napoleón (art. 1208) divide las excepciones, no en dos especies sino en tres, porque a las personales y a las comunes añade las derivadas de la naturaleza de las obligaciones. Para nosotros éstas últimas son propiamente las excepciones comunes.

Semejante a las especies de vicios que afectan al objeto de las obligaciones, como enseña Rodière⁷, todas las excepciones que en los contratos bilaterales derivan del cumplimiento imperfecto de los demás contratantes.

En el derecho romano, el pretor —por razones de equidad— priva a la obligación de eficacia concediendo al deudor que así lo pida una “exemptio” para obtener el progreso de la “actio”. Estos modos se denominaban

07.- Cfr. Jorge Giorgi, “Teoría de las obligaciones”, Vol. I, Ed. Reus S.A., Guadalajara, 1969, p. 144 - 145.

“per exceptionem” o también “ope exceptionis”⁰⁸. El deudor no obstante la obligación contraída, no pierde la libre disponibilidad negocial. Podría celebrar otras y vender bienes, pero cuando corría el peligro de fraude que perjudicaba a los acreedores, el pretor acudía a favor de los acreedores y así se garantizaban las restituciones in integrum y la actio in factum amplia (Pauliana).

Los Convenios y sus Clases

Hay peligro de desastrosos efectos del juicio universal de ejecución; pero por este motivo es conveniente acudir a la muy positiva institución del concordato que favorece al comerciante de buena fe. Así se establece el equilibrio económico entre deudores y acreedores y así se salva la actividad y la infraestructura económica que le rodea⁰⁹.

No se intenta marginar un órgano enfermo del cuerpo que constituye el comercio, como sucede en la quiebra, por el contrartio es una vitamina para devolverle la salud, y a veces puede salvar la misma existencia. El código ecuatoriano, como ya lo hemos señalado contempla las dos fases para el arreglo: el preventivo de la quiebra ñy el resolutivo de la misma. El preventivo se refiere al convenio que trata de evitar la declaratoria de quiebra, obteniendo para ello un arreglo ante el órgano jurisdiccional del poder público, o según los casos ante el órgano competente.

El concordato preventivo

Comprende dos especies diferenciadas: el concordato preventivo postestativo y el concordato preventivo obligatorio, según que provengan de la voluntad del comerciante deudor (decisión unilateral) o también de los acreedores.

Tanto nuestro CPC como el Código de comercio contemplan este convenio cuando en el Art. 563 exige las dos terceras partes para su aprobación o en 1022 del Código de comercio que pide la mayoría de los acreedores o para aceptarlo o para rechazarlo.

El concordato está llamado a preservar de la quiebra al pequeño comerciante solitario que ha obrado de buena fe y que hace parte del engraje económico nacional que es creador de riqueza dentro del concierto nacional. Las circunstancias de ambas partes aconsejan no desperdiciar la oportunidad de entendimiento en el presente juicio universal, pues dificultades involuntarias pudieron ocasionar el sobreseimiento de sus obli-

08. Cfr. Alfredo di Pietro, “Manual de Derecho Romano, III edc., ed. Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 322 - 329.

09. Cfr. Arturo Majada: “Práctica Concursal”, ed. Busch, Barcelona, 1983, p. 798.

gaciones.

Según la Superintendencia de Sociedades, el Concordato no es solamente una institución dirigida exclusivamente a obrar en beneficio del deudor, como si fuera algo caritativo para comerciantes desgraciados y de buena fe. El Concordato preventivo asegura también a los acreedores para la obtención de mayores porcentajes de sus créditos sobre el patrimonio del deudor. También tiene por objeto el concordato preventivo la defensa del interés superior o general cuya tutela le corresponde al Estado.

En la Edad Media se adoptó el sistema formalista para distinguir al comerciante del que no pretendía serlo; sólo bastaba inscribirlo como tal en un libro llamado *liber mercatorum* el cual llevaba las coporaciones.

Más tarde el Código de Napoleón, independiza las operaciones de las personas que las practicaban. Se objetivizó el acto mercantil. Puede existir también un sistema mixto resultante de la combinación de los anteriores: ejercicio de actividades comerciales, unidas al registro mercantil. Nuestro Código de Comercio en el Art. 2 define quién es comerciante: Son comerciantes los que teniendo capacidad para contratar, hacen del comercio su profesión habitual.

Otro de los requisitos para solicitar el concordato es la suspensión de pagos o el temor de suspenderlos. No basta por sí solo la incapacidad a que se ve reducido el patrimonio para hacer frente a las deudas; es necesario que haya manifestación externa de ella traducida a incumplimiento efectivos, positivos, reales. Según Migliardi, la insolvencia es un estado de importancia patrimonial revelado por hechos exteriores, siendo la cesación de pagos un estado que exterioriza la insolvencia permanente.¹⁰

En el derecho mercantil moderno la quiebra significa la insolvencia del deudor común, o dicho de otro modo, la causa determinante de la quiebra es la insolvencia.

Nuestro Código de Comercio art. 1020 dice: Si el balance formado por el interventor arroja un activo de 10% menor que el pasivo, el juez declarará al comerciante en estado de quiebra y seguirá el trámite legal. Art. 1021: Si del balance resultare que había créditos vencidos antes de presentada la demanda de suspensión de pagos, el juez decretará la quiebra y seguirá sustanciando el respectivo juicio.

Estos artículos nos indica que para existir la suspensión en los pagos únicamente se necesita el incumplimiento de una obligación mercantil, la cual puede y debe comprobarse con la presentación del título ejecutivo o con la certificación judicial anotada. No se exige la revisión de los libros del comerciante para ver su estado patrimonial, a lo mucho se exige el respec-

10. Cfr. Darío Londoño, "Solicitud y admisión al Concordato Preventivo", Ed. Venus, Bogotá, 1980, p. 1 - 32.

tivo inventario.

La legislación colombiana enunció la siguiente doctrina: Es indispensable revocar la precitada convocación al referido concordato, todo lo cual se hará previas las siguientes consideraciones: el concordato preventivo fue establecido a favor del deudor comerciante de buena fe, que en un momento determinado se encuentre en cesación de pagos o tema suspender el pago corriente de sus obligaciones mercantiles, con el fin de preservar las grandes empresas por el traumatismo económico que le puede ocasionar al país una quiebra, la ley estableció la Ley del Concordato Preventivo Obligatorio que se tramite ante la Superintendencia de Sociedades, cuando la Compañía reúne los respectivos requisitos. El Concordato Preventivo Obligatorio, la petición concordatoria, puede ser hecha, bien por la misma Sociedad o por cualquier acreedor. En este último caso el acreedor deberá demostrar que la sociedad se halla en inminente estado de quiebra.

La cesión y la suspensión en los pagos se produce cuando el sujeto mercantil no cumpla la obligación que ha debido cumplir, sin que haya necesidad de ahondar en consideraciones diversas o buscar las causas de su incumplimiento. Al acreedor insatisfecho le importa la situación de hecho, la burla a la confianza depositada, el no pago de la acreencia antes que las posturas filosóficas ni las causas que condujeron a la insolvencia. El legislador benefició anteponiendo el arreglo de la quiebra, pero también responsabilizó más que a cualquiera otra, obligándole a cumplir en forma estricta con sus compromisos y de no ser así, cualquiera de sus obligantes podrían llevarla a concordato.

Sin embargo, diremos que conviene admitir que la insolvencia debería ser considerada como causa del incumplimiento.¹¹ Bastaría que el sujeto de la relación mercantil con los bienes que dispone realmente, no pueda satisfacer las obligaciones vencidas que presten mérito ejecutivo o que, pudiéndolas satisfacer, la acción ejecutiva sea de tal magnitud que lo imposibilite para continuar ejerciendo en forma normal el giro ordinario de sus negocios.

El carácter mercantil de la obligación

El art. 1480 del Código Civil ecuatoriano¹² dice: “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de voluntades de dos o más personas, como en los contratos y convenios; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasi

11. Cfr. Darío Londoño Saldarriaga, oc. p. 23 - 28.

12. Cfr. Código Ecuatoriano, ed. EDIJUR., Quito, 1988. Cfr. Darío Londoño, o.c. p. 39 - 40.

contratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por la disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”.

En el siguiente art. del CC., las obligaciones son clasificadas en civiles y naturales. Pensamos que todas las obligaciones serían civiles desde el punto de vista del derecho, ya que es necesario un derecho antitético complementario para apoder entender una obligación.

Existen obligaciones que toman la denominación de mercantiles por derivarse de actos o contratos propios del comercio. Al examinar los arts. que van dl 140 ala 168 nos damos cuenta que existen principios en el Código Ecuatoriano de Comercio idénticos al Código Ecuatoriano de Derecho Civil. En este sentido no existiría ninguna diferencia de fondo sino sólo en el hecho o negocio fundamental que lo origina. En forma directa o indirecta la obligación comercial accederá siempre a una operación mercantil, en este sentido no haría falta insistir en la existencia de obligaciones mercantiles por naturaleza. En todo caso, podríamos catalogar de esencialmente mercantiles las obligaciones emanadas de contratos que por definición legal y en forma autónoma son mercantiles; en este sentido el Código Civil nos remite al Código de Comercio en la legislación ecuatoriana ya que dichos actos mercantiles se podrían catalogar como mixtos.

Se pide el concordato o la quiebra del comerciante que cesa en el pago, pues la mercantilidad así lo determina. Siempre teniendo en cuenta que aquellas operaciones mercantiles (ortorgamiento de letras de cambio, pagaré, etc.), así consideradas por el Código de comercio, al otorgárselos, no confieren en el título o calidad de comerciante, ni son idóneos por si solos para solicitar convenios o solicitar bancarrotas.

Requisitos para ser admitido al Concordato

Es conveniente tener en cuenta que los acreedores buscan por medio del acuerdo resolutorio algo mejor, más inmediato antes que por medio de la liquidación¹³.

Esta es la exigencia por la que el concordato influye en la quiebra y por lo que se diferencia de cualquier otro acuerdo o convenio extra judicial emergente entre el deudor y sus acreedores. Por lo tanto se origina una situación vinculante-concurso-organizada de tal manera que se expresa a través de una mayoría calificada influyente, a su vez sobre la voluntad de todos los acreedores, no sólo los concurrentes, sino también los concursales, esto es los que no han participado efectivamente en el concurso.

No es por demás recordar que la esfera de los acreedores encuentra en

13. Cfr. Fonfanti-Garrone, “Concurso y quiebra, II ed., Edt. Abeledo-perrot, Buenos Aires, 1973, p. 107; p. 647. Cfr. Ugo Rocco, “La naturaleza del proceso de quiebra”, ed. Temis, Bogotá, 1982, p. 103 - 104.

el concurso preventivo también la correspondiente tutela a sus créditos. En primer término serán quienes valoren la situación del deudor y consideren la conveniencia y posibilidad de acordarle un concordato preventivo o llevarle a la quiebra.

El deudor es objeto de específicas consideraciones por parte del legislador que tiende a considerar este procedimiento como un beneficio para el comerciante de buena fe.

El aspecto personalístico del concurso preventivo completa el panorama de la finalidad de la naturaleza meramente patrimonial.

Las leyes sobre quiebra han ido abandonando progresivamente su excesivo rigor y paralelamente han procurado, con criterio positivo, además de mitigar la desgracia del deudor, impedir que éste último realice actos en perjuicio de los acreedores, arrastrado por las presiones circunstanciales o por cierta forma de desesperación comercial o bien que la solución se busque por arreglos amigables, hechos entre bambalinas y, con frecuencia violatorios de la igualdad de los acreedores.¹⁴

No podemos rechazar el que se considere al acuerdo resolutorio tener la misma naturaleza de la del concordato preventivo, ambos tienen la misma esencia, a pesar de que se ha querido imponer la tesis contractualista como distinta de la procesalista.

Hay que tener presente la necesidad de comprobar la remoción de la solvencia, como condición para provocar la conclusión de la quiebra; la determinación de la conveniencia del concordato en relación con su obligatoriedad respecto de los acreedores no insinuados o bien, para aquellos insinuados, pero que no pueden votar; juicio acerca de las garantías ofrecidas por el fallido. La esencia del concordato en su causa está en la correspondencia del porcentaje ofrecido por el deudor con la masa activa de la quiebra y con el producido presumible de su liquidación normal.

Nuestro Código de Procedimiento Civil considera en el art. 559 más de las dos terceras partes del pasivo.

El comerciante deberá ser honrado y cumplidor de sus deberes y obligaciones legales, observar buena conducta consigo mismo y con los demás.

El comerciante que haya suspendido o tema suspender el pago corriente de sus obligaciones mercantiles, podrá solicitar se le admita a la celebración de un convenio o concordato con sus acreedores si concurren en su favor las siguientes condiciones:

1. Cumplimiento de sus obligaciones en cuanto a registro mercantil y a la contabilidad de sus negocios. El registro podrá hacerse en cualquier momento con tal que se produzca antes de formular la solicitud. Lo que

14. Cfr. Bonfanti - Garrone, o.c. p. 647 - 648.

- importa es saber si lo está cumpliendo en el momento presente.
2. No haber sido sancionado por delito contra la propiedad, la fe pública, la economía nacional, la industria y comercio, o por actos de la competencia desleal, contrabando y usurpación de derechos sobre la propiedad industrial.
 3. No haber sido declarado anteriormente en quiebra, o habiéndolo sido, hallársele legalmente rehabilitado. Esto nos ayuda a sospechar en contra del comerciante y por lo mismo nos conduce a resistirnos a celebrar arreglos con estos sujetos.

Es importante reconocer que el sujeto rehabilitado no sólo ha purgado su culpa, sino que también es un elemento que ya no ofrece peligro a sus semejantes.¹⁵

Para poner en movimiento el órgano jurisdiccional o administrativo debe precidir una solicitud o proposición. El contenido debería ser el mismo de la demanda y esto sólo por sentido práctico. Debería ser presentada por el suspenso, por sí solo o por el apoderado y ante el juez competente para conocer el juicio del deudor, antes de la cesación de los pagos.

El art. 1012 del Código de Comercio ecuatoriano señala que el juez Civil del Circuito correspondiente al domicilio del deudor es el funcionario que conoce en forma privativa del proceso de quiebra. Este mismo artículo indica que no es necesario que el deudor vaya a suspender el pago, basta que lo prevea; el temor es causal suficiente para solicitar el convenio, pero deber ser un temor justificado, le da cuarenta y ocho horas siguientes al vencimiento de una obligación satisfecha para presentarse en estado de suspensión de pagos.

Los requisitos formales de una solicitud en algunas legislaciones así lo establecen: Certificado de la Cámara de Comercio del lugar de su domicilio, en el cual deberá constar que el solicitante se halla legalmente inscrito en el Registro Mercantil. Un balance general de su patrimonio, certificado por un contador legalmente habilitado para ello y acompañado de un inventario detallado de sus bienes y obligaciones, con indicación del nombre y domicilio de sus acreedores y de la clase de sus créditos, elaborados con no menos de anterioridad a la fecha de la presentación de la solicitud. Una relación de todos los procesos en curso contra el deudor o promovidos por él.

La finalidad¹⁶ del balance general del patrimonio y la certificación de un contador legalmente habilitado, consiste en conocer el verdadero estado de los negocios del suspenso, de las operaciones realizadas, la clase de créditos, así como las disponibilidades con que cuenta para respaldar su

15. Cfr. Bonfanti - Garrone, o.c. p. 113; p. 652. Cfr. Darío Londoño Saldarriaga, o.c. p.43 - 44.

16. Cfr. Darío Londoño Saldarriaga, o.c. p. 48 - 51.

proposición. Evitar, por medio de la firma del contador que el comerciante añada a su antojo la realidad histórica de su negocio.

Junto con la solicitud debe llegar la relación de todos los procesos en contra del suspenso y de los que haya promovido. En su defecto, se requiere la manifestación de la existencia de unos y otros. De este modo se facilita la ubicación de los acreedores que han accionado y permite ver un panorama más fidedigno de la situación económica del concordato. En dicha relación se debe especificar la clase de proceso y ante qué juez se tramita y la vecindad del demandante o demandado para cumplir con los fines de la norma.

Como se indicó ya corresponde al juez del domicilio del deudor el aceptar o rechazar la solicitud, siempre que se trate de concordato preventivo. Los tres días de que goza el funcionario para aceptarla son perentorios y de estricto cumplimiento dado el estado de emergencia en que se encuentra el deudor y la urgencia para el rápido trámite de la solicitud.

Si el estudio de los requisitos que debe hacer el juez conduce a que no llena las condiciones necesarias exigidas o existiendo falsedad comprobada en la declaración, el juez debe declarar la quiebra si ella se ha formulado con posterioridad a la cesación en los pagos.

Es importante notificar a los acreedores con domicilio conocido, por medio de cartas certificadas con acuso de recibo, o por telegrama oficial además de las publicaciones de prensa.

El funcionario puede equivocarse en la apreciación de la ley. Por lo mismo la misma ley ha abierto un camino para que los perjudicados con la providencia logren su mejoramiento. Ya que las providencias pueden emanar de la vía jurisdiccional o la administrativa, según sea la clase de convenio, los recursos seguirán la suerte de la que le corresponde. De esta suerte si el concordato es de los llamados potestativos, aquellos deben tramitarse en igual forma y son los mismos que los consagrados para la aceptación o rechazo de una demanda. En cambio, si el convenio pertenece al orden de los obligatorios, debe seguirse el procedimiento administrativo.

El solicitante que ve entrada la petición por acción del juez, puede recurrir en reposición para mejorar o corregir el procedimiento si la solicitud es admitida o el auto adolece de errores o está incompleto.

Si de lo que se trata es del rechazo con mayor razón puede el perjudicado intentar que el mismo juez que dictó la providencia del revoque o acudir en subsidio o mediante apelación para que sea el superior de éste quien en definitiva resuelve la controversia.

Conviene tener presente que para que un recurso sea viable es necesario que lo interponga quien tenga capacidad para hacerlo, que se presente en oportunidad y por último que sea procedente. Estos tres requisitos deben ser concurrentes, pues, de lo contrario no podrá obtenerse la fi-

nalidad.

Si con la providencia no se sufren perjuicios ni agravios injustificados, tampoco habrá lugar a la impugnación. En este sentido podemos afirmar que sólo el deudor, que también es el solicitante tiene capacidad para impugnar la admisión con el fin de que se reforme, adicione o aclare, o el rechazo para que se revoque.

La deuda externa

Observaciones preliminares

No es posible desconocer las exigencias prácticas determinadas por la realidad económica para que un juez tenga cierta amplitud en su examen y decisión¹⁷ y que puede, a pesar del consentimiento de los acreedores, llegar a denegar la aprobación del acuerdo. Se trata pues, de la tan debatida cuestión de las formas concordatorias.

Una de las características de los concordatos no encuadrados están vinculadas con la realidad económica y por lo mismo resulta importante y compleja esta temática.

En este sentido es conveniente encontrar nuevas formas de administración según las cuales el deudor no continúa al frente del patrimonio, se homologuen acuerdos extrajudiciales no asimilables al concordato e impuestos antes de que se agote la etapa de verificación; el rechazo de la homologación por cuestiones vinculadas con el contenido de la propuesta y las características económicas reales del patrimonio deudor. Sería conveniente que las soluciones al problema apunten a la garantía de la libertad de formas concordatorias y que prevalezca el tutelamiento del crédito y de la producción.

Para una recuperación de la actividad económica del deudor y la prevención de su quiebra tal vez convenga la amplitud del acuerdo preventivo. Una administración conjunta donde asuman principal actividad y responsabilidad empleados y obreros especialmente interesados en colaborar para lograr el mantenimiento de la fuente de trabajo. Es preciso establecer las formas concretas y oportunas todas las bases, sobre todo en tratándose de deudas en moneda extranjera, pues, entonces el acuerdo debe ser llevado al máximo para que con un criterio real se evite el nuevo marasmo.

17. Cfr. Darío Londoño Saldarriaga, o.c. p. 52 - 60.

18. Cfr. Bonfanti - Garronte, o.c. p. 236 - 246.

La deuda externa ecuatoriana

La deuda externa constituye un tema de permanente preocupación pues al tiempo que se ve aumentar día a día, la crisis disminuye la capacidad de pagarla por la grave situación económica en que se encuentran los países de menor desarrollo en general y el nuestro en particular lo que obliga a tomar importantes decisiones en cuanto a los montos que deben orientarse anualmente, para el servicio de la deuda.

En el caso ecuatoriano como en el caso de cualquier otro país, es necesario no solamente determinar las cantidades a las que se está llegando año tras año, sino fundamentalmente su utilización en los diferentes campos o actividades económicas. Especial preocupación es la de establecer la parte del endeudamiento destinada al sector energético, tomando en cuenta que éste constituye el motor de la economía ecuatoriana. Con esta idea se ha realizado un resumido análisis sobre este interesante tema tomando para ello la información proporcionada principalmente por el Banco Central, así como de CEPE e INECCEL durante el período 1980-1987.

De acuerdo con los datos obtenidos, el saldo de la deuda global registrado en el período ha mantenido una tendencia creciente, que se demuestra en el incremento alcanzado de US\$4.561,8 millones a 9.160.9 millones de dólares, es decir que aumentó en el 97%, lo cual establece un crecimiento promedio interanual del 10.4%. El mayor incremento se registró en 1981 cuando el saldo alcanzó a 5.868,2 millones de dólares, equivalentes al 26.1% constituyendo ésta la más alta tasa anual registrada en el período.

La mayor parte del endeudamiento externo corresponde al sector público, pues su participación se halla entre el 74% en adelante, y su tendencia en el período analizado también ha sido creciente excepto en el trienio 1980-1982, llegando en los últimos años a representar el 99% de la deuda. Esta situación se debió principalmente a que gran parte de la deuda privada fue absorbida por el sector público, como consecuencia del proceso de refinanciamiento y sucretización.

El saldo de la deuda (US\$9.160.9 millones) registrado a diciembre de 1987, se halla estructurado por los siguientes acreedores: 59.6% proveniente de bancos; el 18.6% de organismos internacionales; el 16.3% de gobiernos y el 5.5% de proveedores.

En cuanto a la participación de la deuda global respecto al PIB, ésta ha ido en constante aumento; así de 39.7% en 1980 llegó al 94.5% en 1987, es decir casi ha logrado igualar al monto del Producto Interno Bruto, lo que indica que de continuar este comportamiento es muy posible incluso que llegue a superarlo.

En los préstamos contratados por el sector público se pueden diferen-

ciar dos tendencias: una decreciente entre 1980 y 1984 en que se redujeron de 1.516.7% a 329.5 millones de dólares; y otra que corresponde a los años posteriores en los cuales se observa una recuperación hasta llegar a los US\$1.007.2 millones a excepción de 1982 en que el mayor porcentaje de préstamos tenía plazos de 1 a 5 años, los restantes fueron contratados con un plazo mayor, esto es de 5 a 10 años; y en 1984 así como en 1986, sobresalieron los de más de 15 años.

Cabe señalar además el cambio en la estructura por acreedores, así, de un considerable endeudamiento con la banca privada extranjera que en 1980 representaba el 71.2% y de organismos internacionales apenas del 20.9%, se reorientó al 28.8% y 66.6% respectivamente en el año 1986. Este comportamiento se debió a la reducción en los plazos para el pago del capital e intereses por un lado y por otro a la elevación de las tasas de interés por parte de la banca privada internacional; situación que también se suscitó en el caso de los organismos internacionales de desarrollo pero en términos menos drásticos, por esta razón el país se vio obligado a suscribir créditos en mayor proporción con estos organismos de desarrollo.

La crisis económica del país impidió que se pueda cubrir a satisfacción el servicio de la deuda externa, por lo que durante año 1984 se debió renegociar gran parte de la deuda externa ecuatoriana (US\$4.500 millones para el período 1984-1989), en base a un convenio de refinanciamiento multianual, el mismo que fue suscrito en diciembre/85. Con ello se logró diferir el pago de los vencimientos de capital e interés, así como reducir el coeficiente del servicio de la deuda del 70 al 40% respecto a las exportaciones.

Endeudamiento externo del sector energético

El análisis considera exclusivamente al endeudamiento efectuado por la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana (CEPE) y el Instituto Ecuatoriano de Electrificación (INECEL), como entidades representativas de los sectores hidrocarburos y electrificación respectivamente, y se lo ha realizado en base a la información proporcionada por las respectivas instituciones.

El endeudamiento del sector energético experimentó una tendencia variable que se explica por los montos destinados al servicio de la deuda como también por los nuevos préstamos contratados. Es así como en el inicio del período (1980) se registró un saldo de 675.3 millones de dólares en tanto que al final (1987) aumentó a 981.8 millones, saldo que si lo relacionamos con la deuda externa global del país representó el 10.7%. De este monto el 25.9% (254.6 millones de dólares) correspondió a la deuda realizada por CEPE y el 74.2% (727.2 millones de dólares) a INECEL.

A diciembre de 1987 el movimiento de la deuda externa energética registró la siguiente estructura: los desembolsos ascendieron a US\$675 millones, mientras que el servicio de la deuda alcanzó los US\$510.5 millones, de los cuales US\$475.2 millones correspondió a la amortización del capital y US\$35.3 millones al pago de intereses.

Del monto total de la deuda del sector energético el 18.8% (US\$184.1 millones) correspondió al endeudamiento efectuado por los organismos internacionales (BIRF, BID, CAF, etc.), el 36.5% (US\$357.9 millones) con gobiernos, el 26.2% (US\$257.2 millones) con la banca privada y el 18.6% (US\$182.6 millones) con proveedores.

En cuanto al monto total contratado por el sector energético desde el inicio del endeudamiento a diciembre de 1987, éste ascendió a US\$1.722 millones, de los cuales el 30.8% (US\$530.1 millones) perteneció a CEPE y el 69.2% (US\$1.191,9 millones) a INECEL, mientras que los desembolsos acumulados ascendieron aun total de US\$1.356.9 millones, de los cuales US\$489.0 y 867.9 millones corresponden a CEPE e INECEL respectivamente. El saldo de US\$358 millones por desembolsar, en su mayor porcentaje (56.3%) corresponde hacerlo a los organismos internacionales, el (27.6%) a proveedores y el 11.7% a la banca privada.

Deuda externa de la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana (CEPE)

El saldo de la deuda externa de la Corporación Estatal Petrolera varió entre 1980 y 1987 de 193.6 a 254.6 millones de dólares, es decir creció a una tasa interanual del 3.9% en dicho período. Sin embargo en los primeros años del período que se analiza, se logró reducir sucesivamente el saldo de la deuda de US\$ 193.6 a 140.9 millones, en razón de que se realizó un normal y continuo pago del capital e intereses; mientras que en los años 1985-1987 el saldo aumentó a US\$161,228.7 y 254.6 millones respectivamente, debido por un lado al mayor endeudamiento y por otro lado al refinanciamiento del capital e intereses, a través del cual se pudo diferir el servicio de la deuda. Así en cuanto tiene que ver con la banca privada, se debió refinanciar la deuda a partir de 1983, por ello el saldo de la deuda respecto a este acreedor se ha mantenido en US\$129.9 millones, el mismo que ha representado el 81.7% en promedio frente al saldo total de la deuda de CEPE.

El monto total contratado por la Corporación en el período 1974-1987 ascendió a US\$530.1 millones, de los cuales: el 73% (US\$386.9) correspondió a créditos contratados en los años 1977, 1978 y 1979; el 18.9%

(US\$100.1 millones) al año 1985; el 5.6% (US\$29.7 millones) a 1987; y el 2.5% (US\$ 13.3 millones) a los préstamos contratados en los demás años del período. Similar comportamiento se observa en el monto desembolsado, el mismo que a diciembre/87 llegó a 489.0 millones de dólares y representó el 92.3% respecto al valor total contratado a esa fecha; restando por desembolsar a diciembre/87 tan sólo 7.75% equivalentes a 41.1 millones de dólares.

Del valor total de endeudamiento externo contratado por CEPE a diciembre/87 (US\$530.1 millones), el 69.8% (US\$369 millones) corresponde a la deuda suscrita con la banca privada, el 20.4% (US\$52 millones) con los organismos internacionales de desarrollo (BIRF, BID y CAF).

En cuanto a las tasas de interés, éstas han fluctuado entre 1,1-1/4 y 1-1/8 † Libor para el caso de la banca privada con un plazo de pago fluctuante entre 7,7.5 y 10 años y un período de gracia variante entre 24,30 y 42 meses; mientras tanto los proveedores lo han hecho de una tasa de interés que va de 6,7.5,8,9 y 11% con plazos de 5,8,8.5 y 10 años, así como períodos de gracia entre 6,18 y 42 meses; y finalmente en el caso de los organismos de desarrollo, las tasas de interés fluctúan entre 0.5 † costo BIRF,8% y tasa ponderada de desembolsos.

En lo que respecta al destino de los créditos externos contratados por CEPE, se encuentra el siguiente comportamiento: el 36% (US\$118.5 millones) se orientó al programa de industrialización, de los cuales 85.7 millones de dólares sirvió para la ampliación de la Refinería Esmeraldas, US\$ 16.8 millones para la construcción de la Refinería Amazonas y los US\$16 millones restantes se invirtió en la construcción de la Planta de Gas Shushufindi; el 35% (US\$ 115.6 millones) del crédito externo contratado se destinó al área de producción (adquisición del 37.5% de las acciones de la GULF); mientras que el 28% (US\$91.7 millones) se orientó al programa de transporte, almacenamiento y comercialización de crudo y derivados, destinándose 68.3 millones de dólares a la construcción de los poliductos Esmeraldas-Quito y Shushufindi-Quito; y finalmente alrededor del 1% (US\$1.1 millones) se destinó a servicios Complementarios de la Corporación.

Deuda externa por el Instituto Ecuatoriano de Electrificación (INECEL)

El saldo de la deuda externa del Instituto a fines de 1987 alcanzó a US\$743.6 millones de dólares y creció a una tasa promedio interanual del 16% en el período 1980-1987, observándose los mayores incrementos anuales desde 1983, en razón de que a partir de ese se incluyó en el saldo el monto de la deuda refinanciada, y el 32.8% de los desembolsos acumu-

lados a diciembre/87.

Del monto total contratado US\$867.9 millones de dólares, de los cuales se ha amortizado una 47.1% (US\$408.9 millones) quedando un 52.9% pendiente de amortizar, a lo que había que agregar el saldo de la negociación también por amortizar totalizada en 284.5 millones de dólares.

Del valor total renegociado que fue de (US\$293 millones), el 60.8% (US\$178 millones) corresponde a la deuda refinanciada con el Club de París y el 39.2% (US\$114.9 millones) con la Banca privada; amortizándose apenas un 3% (US\$8.5 millones) del monto total refinanciado. A continuación se indican los montos refinanciados a partir de 1984:

Año	Monto (106 US\$)	%
1984	70.9	24.2
1985	100.0	34.3
1986	43.5	14.8
1987	78.1	26.7
Total	292.5	100.0

Del total de préstamos contratados por INECCEL, el 40.2% (US\$478.5 millones) correspondió a los créditos con proveedores, razón de que los proyectos en construcción demandaron el suministro de materiales y equipos, instalables en las Centrales Hidroeléctricas, y en las líneas de transmisión y subtransmisión del Sistema Nacional Interconectado; mientras que el 34.1% (US\$406.3 millones) del valor total contratado se lo hizo con los Organismos Internacionales de desarrollo; el 20.1% (US\$239.8 millones) con la banca plrivada; y el 5.6% (US\$67.3 millones) provino de Gobiernos. En cuanto a los desembolsos acumulados como ya se señaló anteriormente ascendieron a US\$867.9 millones de dólares, en los cuales se observa similar estructura porcentual que en el monto contratado.

El saldo del crédito (capital por desembolsar) suma los 317 millones de dólares, de ellos el 60.1% (US\$190.5 millones) corresponde al de Organismos Internacionales, el 27.9% (US\$88.4 millones) a proveedores y en menor cantidad o nivel porcentual la banca privada y Gobiernos.

En cuanto las condiciones financieras de los créditos contratados por INECCEL, el plazo de pago del capital tiene un promedio de 20.2 años para el caso de Organismos Internacionales, 23.4 años en el de Gobiernos, 10.5 años en el de proveedores y 8.9 años en el caso de la Banca privada; mientras que el período de gracia presenta un promedio de 6.1, 6.4, 3.8 y 3.4 años respectivamente. Respecto a las tasas de interés se observa un promedio de 6.9 , 4.4 y 3.5% en el capital suscrito con proveedores; Organis-

mos Internacionales y Gobiernos en su orden; en cambio con la banca privada la mayor parte de los préstamos se los ha hecho en base a las tasas de interés variable LIBOR.

En lo que atañe al servicio de la deuda externa del Instituto Ecuatoriano de Electrificación, ésta reflejó un monto acumulado de 1.119.5 millones de dólares a diciembre/87, de los cuales 68.8% (US\$770.7 millones) correspondió al servicio total pagado en términos normales y el 31.2% (US\$348.8 millones) al valor total refinanciado. El capital amortizado ascendió a 408.9 millones de dólares, y por comisiones e intereses se pagó US\$361.7 millones; y que frente al grave problema de no poder cubrir satisfactoriamente el servicio de la deuda, se debió refinanciar US\$308.7, 39.5 y 0.5 millones por concepto de capital, intereses y comisiones respectivamente a partir del año 1983.

Finalmente, cabe indicar que del total de los préstamos externos contratados por INECEL, US\$138.3 millones (52.2%) se destinaron al programa de generación, US\$81.1 millones (34.1%) se orientó a transmisión, US\$11.8 millones (5%) al programa de electrificación rural, y US\$6.5 millones (2.7%) se destinaron al programa de estudios.

Conclusiones

El origen del problema de la deuda externa, se atribuye a las políticas económicas aplicadas por los países desarrollados, tales como la implantación de barreras proteccionistas, manejo cauteloso de la banca privada y el F.M.I. en el otorgamiento de recursos financieros a los países de la región latinoamericana.

Los elevados y continuos déficits fiscales, condujeron al más alto nivel de endeudamiento del país, por lo que el fenómeno de la deuda externa tiene una naturaleza estructural, que se fundamenta en un problema de solvencia antes que de liquidez.

Los efectos de la crisis económica se manifiestan tanto por la vía comercial (caída de los precios de exportación de los productos básicos) como por la vía financiera (alza en las tasas de interés, fuga de capitales, transferencia de recursos financieros al exterior, etc.). La inflación es el fiel reflejo de la agudización de la crisis económica, traducido en depreciación monetaria, altas tarifas y servicios públicos.

Existe corresponsabilidad de acreedores y deudores en el endeudamiento, en razón de que los préstamos apuntaban a generar en favor de los países industrializados un mercado para la adquisición de bienes de capital, insumos y servicios (caso de los proyectos de generación hidroeléctrica).

La condicionalidad en el otorgamiento de créditos por una parte y las

constantes renegociaciones de la deuda, han llevado al país a la pérdida de autonomía, para diseñar y llevar adelante una política energética, acorde con los requerimientos nacionales; en estas circunstancias resulta imposible pagar la deuda externa y a la vez impulsar la reactivación económica y energética de nuestro país.

Los factores que determinaron el endeudamiento del sector energético en la década pasada, fueron entre otros: las expectativas de altas tasas de crecimiento económico, elevados precios del petróleo y una baja tasa de interés en términos reales.

El problema de la deuda del sector energético, se torna complejo, si consideramos el período de maduración y de la vida útil de los proyectos energéticos, así como las condiciones de los préstamos; en razón de que antes de empezar a pagar la deuda, cuyo plazo máximo ofrecido por los organismos internacionales, alcanzó los 15 años, coincide generalmente con la ejecución de las obras.

La situación crítica que atraviesa el sector energético, tiene relación con la crisis económica que afecta a todos los países latinoamericanos.

La disminución de los flujos del financiamiento externo e interno, ha contribuido al estancamiento del sector energético del país.

El servicio de la deuda externa presenta una proporción creciente de recursos del sector, que han llevado a una situación de salida neta de fondos en base a un costo social que se agudizará para la población de ingresos más bajos.

El saldo de la deuda externa del sector energético (US\$981.8 millones) llegó a representar el 10.7% respecto al saldo de la deuda total del país. De ese monto el 74% (US\$727.2 millones) corresponde al endeudamiento efectuado por INECEL y el 26% (US\$254.6 millones) a CEPE.

Los créditos suscritos con los organismos multilaterales se concentran en gran parte en el subsector eléctrico, en tanto el subsector petrolero fue atendido principalmente por la banca privada, en razón de que los hidrocarburos son susceptibles de comercialización externa, por lo tanto es de mayor interés para el capital financiero.

Del monto total de la deuda del sector energético, el 36.5% (US\$357.9 millones) se contrató con gobiernos, el 26.2% (US\$257.2 millones) con la banca privada, el 18.8% (US\$184.1 millones) con organismos internacionales y el 18.6% (US\$182.6 millones) con proveedores.

El servicio de la deuda energética alcanzó los US\$1.257.8 millones a diciembre/87, este monto equivale al 73% del endeudamiento contratado por el sector y al 26% del servicio de la deuda global; situación que obligó a refinanciar el capital e intereses por la indisponibilidad de los recursos para su pago.

El 69.8% (US\$369.9 millones) de la deuda externa contratada por

CEPE que a diciembre/87 llegó a 530.1 millones de dólares, correspondió al endeudamiento suscrito con la banca privada, el 20.4% (US\$108.1 millones) con proveedores y apenas el 9.8% (US\$52 millones) con organismos internacionales.

Respecto al destino de los créditos contratados por CEPE; el 36% (US\$118.5 millones) se orientó al programa de industrialización (ampliaciones refinería Esmeraldas, construcción Refinería Amazonas y planta de gas Shushufindi); el 35% (US\$115.6 millones) a producción (adquisición del 37.5% de acciones de la GULF); y el 28% (US\$91.7 millones) al programa de transporte, almacenamiento y comercialización de crudo y derivados.

El saldo de la deuda externa del Instituto Ecuatoriano de Electrificación (INECEL) alcanzó los US\$743.6 millones a diciembre/87, el mismo que creció a la tasa interanual del 126% en el período 1980-1987, notándose los mayores crecimientos anuales desde 1983, en razón de que a partir de ese año se entrega al saldo del monto de la deuda refinanciada.

Del monto total contratado por INECEL, el 40.2% (US\$478.5 millones) se los hizo con proveedores por el mayor requerimiento de equipos y materiales instalables en proyectos hidroeléctricos, el 34.1% (US\$406.3 millones) con organismos internacionales, y el 20.1% (US\$239.8 millones) con la banca privada entre los más representativos.

Del valor total pagado (US\$1.119.5 millones) por concepto del servicio de la deuda externa de INECEL, el 69% (US\$770.7 millones) correspondió al pago normal y el saldo 31% (US\$348.8 millones) al valor refinanciado, que a partir de 1983 por la grave situación financiera del país, se debió renegociar para suplir el compromiso del pago del capital e intereses adeudados.

En cuanto a la orientación de los préstamos contrastados por el Instituto, el 58% (US\$138.3 millones) se destinó al financiamiento del programa de generación; el 34% (US\$81.1 millones) a transmisión; y el 5% (US\$11.8 millones) al programa de electrificación rural y el 3% (US\$6.5 millones) a estudios.

Recomendaciones

Con el objeto de permitir el desarrollo del país y evitar el mayor empobrecimiento del pueblo, se debe negociar con los acreedores en condiciones favorables para el país, limitando el pago de la deuda sólo al 15% de los ingresos que el Estado obtiene por exportaciones.

Lograr una solución unilateral al problema de la deuda, desarrollán-

dola dentro de un esquema integral, que contemple un programa económico y político coherente, diseñado para resolver los grandes desequilibrios internos del país.

La deuda externa debe pagarse utilizando el sistema de amortización gradual a largo plazo, en el que se cubra dividendos que comprendan el capital y los intereses simultáneamente.

Implantar programas de precios y tarifas de energía, basados en esquemas de autofinanciamiento de las Entidades del sector energético que partan del concepto de eficacia empresarial, de modo que permita cubrir costos en base a la gestión propia.

Contratar la adecuación de plazos de amortización y períodos de gracia, para la implementación de los proyectos energéticos, a fin de mejorar sustancialmente los esquemas de financiamiento de las empresas del sector.

Fomentar una verdadera cooperación energética regional, basada en mancomunados esfuerzos entre países con estructuras similares de producción para alcanzar una mayor autonomía y configurar un nuevo estilo de desarrollo.

El pensamiento de la Iglesia

Relaciones de confianza y buena fe

“La corresponsabilidad contribuirá a crear o a restablecer entre las naciones (acreedoras o deudoras) y entre los diversos actores (poderes políticos, bancos comerciales, organizaciones internacionales) relaciones de confianza en vista de una cooperación en la búsqueda de soluciones. Valor indispensable, la confianza recíproca debe renovarse siempre; permite creer en la buena fe del otro, aún si en las dificultades, no puede mantener su compromiso, y tratarlo como un copartícipe. La confianza debe apoyarse sobre actitudes concretas que la fundamenten”.¹⁹

Compartir en el reajuste

“Para salir de la crisis del endeudamiento internacional las diferentes partes deben ponerse de acuerdo a fin de compartir, de modo equitativo, los esfuerzos de reajuste y los sacrificios necesarios, teniendo en cuenta la

19. Pontificia Comisión “Iustitia et Pax”, “Al servicio de la comunidad humana”, Ecclesia, No. 2305, febrero, 1987, Madrid, p. 26.

prioridad de las necesidades de las poblaciones más indefensas. Los países mejor provistos tienen la responsabilidad de aceptar una más amplia participación”.²⁰

Participación de todos en comprender mejor

“Todas las categorías sociales están llamadas a comprender mejor la complejidad de las situaciones y a cooperar en las opciones y en la realización de las políticas necesarias. En estos nuevos campos éticos la Iglesia es interpelada a fin de que puntualice las exigencias de la justicia.

Marco de Supervivencia

“Para ciertos países, la urgencia impone soluciones inmediatas en el marco de una ética de supervivencia. El esfuerzo principal caerá sobre el restablecimiento dentro de un plazo fijo de la situación económica y social: reactivación del crecimiento, inversiones productivas, creación de bienes, repartición equitativa...” Para evitar el retorno a situaciones de crisis, gracias a variaciones demasiado bruscas del contexto internacional, hay que estudiar y promover una reforma de las instituciones monetarias y financieras”.²¹

Incapacidad de reembolso

“Para ciertos países en desarrollo, el total de las deudas contraídas, pero sobre todo los reembolsos exigibles cada año, alcanza un nivel tal en relación a sus recursos financieros disponibles que son incapaces de hacerles frente sin dañar gravemente su economía y el nivel de vida de su población, sobre todo de los más pobres. Esta situación crítica es todavía agravada por circunstancias externas que contribuyen a disminuir sus ingresos de exportación (bajo precio de las materias primas, dificultad de acceso a los mercados extranjeros protegidos) u obstaculizan el servicio de sus deudas (tasas de interés elevadas e inestables, fluctuaciones excesivas e imprevisibles de las tasas de cambio de las monedas). ...“La solidaridad internacional conduce a tomar medidas de urgencia para asegurar la supervivencia de esos países”.²²

20. Idem., p. 26. Idem., p. 26

21. o.c. p. 26.

22. idem.

Método

Prever, prevenir y atenuar tales choques, que favorecen sin razón a algunos y penalizan demasiado a otros, dando lugar a especulaciones abusivas, ayudaría a sanear las relaciones económicas internacionales y favorecerían un acuerdo..."²³

23. o.c. p. 27.

DERECHO LABORAL

La aproximación de las legislaciones laborales en el Grupo Andino

Julio César Trujillo

André Hauriaou define el Estado nacional moderno, diciendo que “es una agrupación humana, fijada en un territorio determinado y en la que existe un orden social, político y jurídico orientado hacia el bien común, establecido y mantenido por una autoridad dotada de poderes de coerción”.

De esta definición queremos destacar, por el momento, el territorio, que, según la teoría del territorio-límite, constituye la circunscripción en cuyo interior se ejerce el poder del Estado, “como el límite material de la acción de los gobernantes”.

En ejercicio de ese poder, los Estados contemporáneos, han cercado a su territorio con barreras físicas y jurídicas, que impiden o dificultan lo mismo la salida de las personas, bienes, servicios y capitales nacionales, como la entrada de personas, bienes, servicios y capitales extranjeros.

Esas barreras físicas y jurídicas devienen en obstáculos para la producción económica, conforme se desarrollan las fuerzas productivas y progresan la ciencia y la tecnología y, por ello, su eliminación se convierte en una necesidad.

La eliminación de las barreras, para que circulen libremente las personas, bienes, servicios y capitales en el territorio de otra u otros países, se logra de muy diversas formas, una de ellas es la integración económica.

1. La Integración en América Latina.-

Tras un largo período de aislamiento e incomunicación de los países latinoamericanos entre sí, pese a su proximidad geográfica, y a su comunidad de origen e historia, de cultura y destino, con la celebración del Tratado de Montevideo-1960 y la constitución de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio -ALALC-, reemplazada en 1980 por la Asociación Latinoamericana de Integración -ALADI-, se dio comienzo al proceso de integración, latinoamericana, al que, en 1958, precedió al Mercado Común Centroamericano, M.C.C.

Más audaz en sus objetivos y mecanismos fue, en sus inicios, el Acuerdo de Cartagena, suscrito por Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú, el 26 de mayo de 1968; en 1974 se adhirió Venezuela y en 1976 lo denunció Chile y se separó.

1.1. Los Objetivos

En el Acuerdo de Cartagena se distinguen la finalidad de los objetivos; en la una y en los otros, sin embargo, prevalece una concepción humanista del desarrollo. Es finalidad expresa, del Acuerdo de Cartagena “procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes”.

Los objetivos, a su vez, se dividen en “objetivos económico-sociales”, y “objetivos instrumentales”.

Los objetivos económico-sociales son: el desarrollo equilibrado y armónico; disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los Países Miembros en el contexto económico internacional, facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano.

Los objetivos instrumentales son: la formación de una unión aduanera con el nombre de mercado subregional, y la constitución de una comunidad o unión económica sui géneris.

1.2 Los Objetivos que faltan.-

La creación de un nuevo espacio físico, mediante la eliminación de las barreras que ahora separan el territorio de cada uno de los países del Grupo Andino del territorio de los demás Países Miembros, exige normas jurídicas que, expedidas por autoridades con competencia, sobre todo el nuevo espacio, regulen las nuevas relaciones sociales que han de darse en él.

La constitución de esa autoridad y el reconocimiento de la validez de normas jurídicas expedidas por dicha autoridad y obligatorias dentro del territorio de los cinco Países, por igual, son indudablemente, sucesos políticos de mucho relieve, que generarán nuevas y más concretas consecuencias políticas, en el futuro.

No obstante, estos resultados políticos, inevitables, no bastan para llenar el vacío que deja la falta de mención expresa, deliberada y comprometida de objetivos políticos en la integración subregional andina, lo mismo que en la integración regional latinoamericana.

La disociación entre los objetivos económico-sociales y los políticos, aceptable desde el punto de vista pedagógico y para el análisis teórico, no es compatible con la realidad, en la que los unos y los otros se mezclan y conjugan, dándose, recíprocamente, aliento y sumando respaldo en todos los sectores de la sociedad.

1.2.1.- Presencia y participación de Latinoamérica en asuntos de interés mundial

Con excepción de Cuba, bajo el liderazgo de Fidel Castro, Latinoamérica adolece de un apocamiento que le inhibe de reclamar un puesto en la discusión y en la toma de decisiones sobre asuntos de interés mundial.

Son varios los títulos, por los que Latinoamérica tiene derecho a decir su voz en torno al desarme y a la paz mundiales, con la reducción y eventual eliminación de las armas nucleares y, sobre todo, de las armas convencionales, cuya producción y comercialización tanto nos perjudica.

Igualmente autorizada, podría ser nuestra voz en torno a la eliminación del colonialismo, con la trágica experiencia de las Islas Malvinas y Puerto Rico, así como del neocolonialismo, con la experiencia de toda la subregión y, en particular, con la dolorosa experiencia del Caribe y Centroamérica.

Por consiguiente, con redoblado vigor galvanizaría a los pueblos del sur de Río Grande, si, en todos los procesos de integración que se llevan a cabo, se destacara el objetivo de favorecer al desarme y promover la paz mundial; de suprimir el colonialismo y eliminar el neocolonialismo, en todas sus formas.

1.2.2. Establecimiento del nuevo orden económico internacional

El actual orden económico internacional sustentado en la división internacional del trabajo que nos impusiera Inglaterra y que luego heredarán los Estados Unidos de Norteamérica, con su secuela de injusticias en los términos del intercambio y multitud de órganos instituidos para con-

servarlo, hace que la crisis económica mundial nos condene a los países subdesarrollados al infierno del estancamiento económico, del desempleo y subempleo, de la inflación y miseria, para saldar una deuda que, pese al pago, crece anualmente, en lugar de disminuir.

La transformación de ese orden internacional, de otra parte, no vendrá de la generosidad de los países industrializados cuyos gobiernos, por lo demás, tienen obligaciones para con sus pueblos, sino de nuestra propia decisión de modernizar nuestra producción primaria y sumar a ella la producción industrial, de diversificar nuestros mercados proveedores y compradores por el desvío o creación del intercambio entre los países del Tercer Mundo y de todo el orbe, etc.

En consecuencia, un objetivo expreso y decidido de la integración debería ser: impulsar el establecimiento del N. O. E. I. y crear mecanismos para el intercambio, con todos los países del mundo, incluidos los socialistas, y con los del Tercer Mundo, en particular.

La solución de nuestras rencillas

Desde los primeros intentos por fijar los límites de los nacientes Estados latinoamericanos, quedamos divididos, desde luego, por esas fronteras, pero más todavía, por la disputa acerca del recorrido que debían seguir ellas, a través de territorios inhóspitos cuando no inaccesibles.

Continuamos divididos, como entonces, e incapacitados para hacer uso soberano de los territorios en disputa.

La solución de esas rencillas que explican gastos injustificables, ya por el destino de ellos, o ya por la escasez de nuestros recursos y la prioridad de otras necesidades, debería ser uno de los objetivos de la integración, mediante la explotación conjunta de los recursos en discusión, a la manera como lo hacen los países europeos con el carbón del Sarre, o a través de proyectos conjuntos, bajo la dirección de una alta autoridad común, etc.

1.3. Los Mecanismos

La Constitución del Mercado Subregional o Unión Aduanera, al igual que la de la Unión o Comunidad Económica, tiene sus propios mecanismos.

1.3.1. Los Mecanismos del Mercado Subregional

La formación de un solo espacio económico, con el territorio de los cinco Países Miembros del Grupo Andino, exige la eliminación de las barreras arancelarias que, actualmente, separan a los territorios de cada uno

de los cinco Países, del territorio de los demás; para ello, se ha previsto el Programa de Liberación que tiende a eliminar los gravámenes y restricciones de todo orden que incidan “sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier País Miembro”.

El nuevo espacio económico quedará separado, a la vez que defendido, de terceros Países, mediante el Arancel Externo Común, AEC, que ha de erigirse en dos etapas, de las cuales, la primera se halla ya perfeccionada con el Arancel Externo Mínimo Común -AEMC-.

El Programa de Liberación y el AEC se complementan con el trato nacional, la cláusula de la nación más favorecida, y las cláusulas de competencia comercial, de salvaguardia y de origen.

1.3.2. Los mecanismos de la unión económica

La ambiciosa meta del Acuerdo de Cartagena está enunciada en el Art. 24 que, apremiado por las necesidades de nuestros pueblos, hecha mano de mecanismos próximos o análogos a los de la integración de los Países Socialistas y los concilia con los de la Unión económica, propios de las economías de mercado.

En efecto, en el primer inciso, el Art. 24 prescribe que: “Los Países Miembros coordinarán sus planes de desarrollo en sectores específicos y armonizarán gradualmente sus políticas económicas y sociales, con la mira de llegar al desarrollo integrado del área, mediante acciones planificadas”.

Los planes nacionales primero y el subregional, después, al asignar a cada País la producción de los bienes que esté en posibilidad de producirlos en mejores condiciones comparativas, impondría, también la asignación de recursos; la cual, por consiguiente, se regiría por las leyes de la planificación y no por las leyes del mercado.

Por este motivo, los mecanismos para la constitución de la Unión o Comunidad Económica en el Grupo Andino, dicen relación con los sectores de la producción, que se trata de fomentar, antes que con la movilización de los factores de la producción, que se pretende facilitar.

Así, pues, mientras en el Tratado que establece la Comunidad Económica Europea, los mecanismos principales son las tres libertades de que hablara uno de sus inspiradores, o sea: el libre movimiento de personas, servicios y capitales; en el Acuerdo de Cartagena los mecanismos tienden a promover, programadamente, la producción industrial, agropecuaria y agroindustrial; el desarrollo de la infraestructura física, además del libre movimiento de bienes y servicios.

Al respecto, los mecanismos son: los Programas de Desarrollo Industrial, cuyo objetivo es promover un proceso de desarrollo industrial con-

junto y que comprenden: Programas de Integración Industrial, Convenios de Complementación Industrial, y Proyectos de Integración Industrial; el Programa de Desarrollo Agropecuario que tiene el propósito de impulsar el desarrollo agropecuario y agroindustrial, con el fin de atender a los requerimientos alimentarios y nutricionales de la población, en términos satisfactorios y contar con excedentes, para diversificar e incrementar las exportaciones, y Programas de Integración Física, para lograr un mejor aprovechamiento del espacio físico, fortalecer la infraestructura y los servicios necesarios al avance del proceso de integración.

Para facilitar la movilización de los factores de la producción de acuerdo con los requerimientos de los objetivos y actividades productivas, contemplados en los planes y programas comunes, se prevé la armonización de las políticas económicas, que abarcan la política cambiaria, monetaria, financiera, fiscal, de tratamiento de los capitales extranjeros y de la Subregión; así como la armonización de las políticas sociales, incluyendo las laborales y de seguridad social.

Se completa el conjunto de mecanismos para la formación de la Unión Económica, con la política comercial común frente a terceros países, la armonización de métodos y técnicas de planificación y los tratamientos preferenciales a favor de Bolivia y el Ecuador.

2.- La integración y el derecho

Los acuerdos, en los que se sustenta la integración voluntaria, contienen reglas de conducta obligatorias para los Estados que, soberanamente, las estipulan y, una vez introducidas al ordenamiento jurídico interno de cada uno de ellos, obligatorias, también, para los gobernantes.

Por el Acuerdo de Cartagena se crean, además, instituciones u órganos con potestad para dictar normas jurídicas, generalmente obligatorias en todo el territorio del Grupo Andino; tal es el caso de la Comisión, por medio de sus Decisiones.

Las normas jurídicas adoptadas por la Comisión, en sus Decisiones, son tan obligatorias como las contenidas en los Acuerdos estipulados por los Países Miembros; las unas y las otras sirven para regular las relaciones jurídicas de los Estados Miembros entre sí, de los Estados Miembros con el Grupo Andino y sus órganos: la Comisión, la Junta, el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, el Parlamento Andino, los Consejos Empresarial Andino y Laboral Andino, etc., y los de todos éstos con los habitantes del territorio andino. Así, pues, el derecho dirige el nacimiento de la integración, regula su desenvolvimiento y se erige en el garante para que todos cumplan sus obligaciones y compromisos, por medio del Tribunal de Justicia que controla la legalidad de las decisiones y de los actos de todos

los sujetos de la integración.

Pero, junto a este derecho que, por nacer de órganos con potestad sobre todo el Grupo Andino y por tener vigencia idéntica y simultánea, en todo el territorio del Grupo, deberíamos denominarlo comunitario, está el derecho nacional que, promulgado por los órganos nacionales de cada País Miembro, rige, tan sólo, en el territorio de cada uno de ellos.

El Derecho comunitario en caso de referirse a las mismas materias que el nacional, prevalece sobre éste; para hacer valer este principio, los afectados por una norma jurídica nacional en conflicto con una norma comunitaria, pueden deducir la acción de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia.

Pero, sobre las materias o asuntos, para los que no existieren normas comunitarias, cada País está en absoluta libertad de legislar o expedir normas jurídicas de cualquier género o especie, aunque para aproximar, antes que distanciar, a los Países Miembros, se ha de procurar armonizar sus derechos nacionales, especialmente, en cuestiones que, directa o indirectamente, se relacionen con la integración económica y social.

Este doble esfuerzo en la creación del derecho, constituye el mecanismo de la aproximación de las legislaciones, de que habla el Art. 3, lit. a) del Acuerdo de Cartagena y que comprende: el Derecho Comunitario, y la armonización de las Legislaciones Nacionales, que se complementan con el Derecho Internacional, debido a que los Países Miembros del Grupo Andino forman parte de la comunidad internacional y, en particular, de los mismos órganos de esa comunidad, como son la ONU, la OIT, la OEA, etc.

3.- El Derecho Comunitario

El Derecho Comunitario del Grupo Andino está constituido por el Acuerdo de Cartagena, sus protocolos e instrumentos nacionales, el Tratado que crea el Parlamento Andino, el Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, sus Estatutos y Reglamento, las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta.

Normas directamente laborales, no las encontramos sino en los Arts. 5, inc. 2o. y 20 del Acuerdo de Cartagena, y en las Decisiones 113, 116, 148.

3.1.- Los Organos o Instituciones

Los Arts. 5, inc. 2o. y 20 del Acuerdo de Cartagena y las Decisiones 175 y 176 de la Comisión se refieren a los órganos o instituciones auxiliares del Grupo Andino, que son: el Consejo Consultivo Empresarial y el Conse-

jo Consultivo Laboral Andino.

Como es sabido, estos Consejos están constituidos por tres representantes de cada uno de los Países Miembros, elegidos directamente por las organizaciones representativas, del sector empresarial, en el caso del Consejo Consultivo Empresarial, y del sector laboral, en el caso del Consejo Consultivo Laboral.

El rol de estos Consejos es el de vincular y comprometer con la integración, a los sectores empresarial y laboral, respectivamente, y les compete: emitir su opinión ante la Comisión y la Junta, órganos principales del Acuerdo de Cartagena, sobre los programas o actividades del proceso de integración, que fueran de interés para sus respectivos sectores.

Uno y otro Consejo pueden emitir su opinión a solicitud de la Comisión o de la Junta o motu proprio.

3.2.- La libre movilización del trabajo

La Comisión del Acuerdo de Cartagena, con exceso de optimismo, ha considerado prioritarios, a los problemas de la movilización de los trabajadores de los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena, dentro del territorio del Grupo, y al efecto ha dedicado las Decisiones 113 que contiene el Instrumento Andino de Seguridad Social, 148, o Reglamento del Instrumento Andino de Seguridad Social, y 116, o Instrumento Andino de Migración Laboral.

3.2.1.- La Seguridad Social

El propósito del Instrumento Andino de Seguridad Social y, consecuentemente, de su Reglamento es garantizar a los habitantes de la Subregión, las prestaciones de la seguridad social, cualquiera que sea el País en el que se encuentren, siempre y cuando hayan adquirido el derecho a esas prestaciones en alguno de los cinco Países, conforme a los principios y ante las contingencias que siguen.

A.- Los principios

Los principios de la autonomía institucional y autonomía de procedimientos que inspiran al Derecho de la Integración del Grupo Andino, rigen también, como era de esperarse, en materia de seguridad social; en consecuencia, cada País Miembro creará, organizará y regulará el funcionamiento de los órganos e instituciones que, en su territorio, tendrán a cargo el manejo de la seguridad social (autonomía institucional).

No obstante esta autonomía, por la Decisión 113 se instituye el Comi-

té Administrador, órgano comunitario, con facultades de asesoría para la conferencia de Ministro de Trabajo del Grupo Andino, y administrativas, en toda la Subregión, y por la Decisión 148, los Países Miembros se comprometieron a crear una Oficina de Coordinación, que, en cada País, se encargará de los trámites, informaciones, notificaciones, etc., requeridos para la aplicación de las dos Decisiones.

Por el principio de la autonomía de procedimientos, cada País Miembro adoptará el tipo de normas jurídicas que su sistema lo requiera, para la aplicación del Instrumento Andino de Seguridad Social, lo mismo que la legislación interna al respecto, con la obligación, eso sí, de comunicárselas entre sí y al Comité Administrador.

Aunque cada País fijará las prestaciones en dinero y en especie que para cada contingencia, otorgará a sus nacionales, no podrá otorgar a los nacionales de los otros Países Miembros trato diferente que el previsto para los suyos, respecto de las contingencias previstas por el instrumento Andino de Seguridad Social. Las prestaciones en dinero otorgadas por un País no serán reducidas, suspendidas o extinguidas por ningún concepto, ni siquiera por el hecho de que el beneficiario resida en otro País Miembro.

Los períodos por los que, en cualquier País Miembro, se cubrieren las cotizaciones a las ramas del seguro social, que tengan el encargo de asegurar las contingencias del caso, se sumarán a los períodos que, en otro País Miembro, se hayan satisfechos cotizaciones con el mismo objeto y la suma de todos estos períodos, servirá para establecer la adquisición, conservación y recuperación de las prestaciones correspondientes.

B.- Las contingencias

Las contingencias que están cubiertas por el Instrumento Andino de Seguridad Social y que, por lo mismo, darán derecho para reclamar, en cualquier País Miembro, las prestaciones que en él se encuentren establecidas son: la enfermedad no profesional y la maternidad; los riesgos del trabajo, o sea: accidentes del trabajo y enfermedades profesionales; invalidez, vejez, muerte y auxilio funerario.

La institución obligada a cubrir la contingencia y pagar las prestaciones que procedan, es la Institución de Seguro Social, del País en donde la contingencia ocurra; sin embargo, cuando el derecho a la prestación lo hubiere adquirido con cargo a la institución de otro País Miembro, aquella entregará la prestación con cargo a ésta, de quien tendrá facultad para reclamar el reembolso de la totalidad o parte de su valor, según el procedimiento de cálculo y sistema de pagos, establecidos en el Reglamento.

C.- Las prestaciones

La persona a quien le ocurriere cualquiera de las contingencias protegidas por el Instrumento Andino de Seguridad Social, tiene derecho a solicitar las prestaciones en dinero y en especie que el País, en donde se encontrare, tuviere establecidas para sus nacionales, en la misma situación.

3.2.2.- La Migración Laboral

Múltiples y diversas son las causas por las que los trabajadores de un País se trasladan a trabajar en otro diferente; para que no encuentre obstáculos mayores se ha adoptado la Decisión 116.

La Decisión 116 distingue a los trabajadores migrantes en: calificados; fronterizos, que se subdividen en: fronterizos y fronterizos temporales; temporales, e indocumentados.

Todos los trabajadores migrantes están dotados de derechos y garantías comunes, que dicen relación con los derechos fundamentales de la vida y de la libertad; pero, se agregan a ellos, otros derechos y garantías especiales, para cada persona de las diferentes clases de migrantes que reconoce el Instrumento Andino de Migración Laboral.

A.- Derechos y garantías comunes

Todos los trabajadores migrantes, incluso los indocumentados tienen los siguientes derechos y garantías: obtener visa e información relacionada con su trabajo e incorporación al medio en que éste se desarrolle; igualdad de trato y de derechos con los trabajadores del país de inmigración, inclusive los alcanzados en contratos colectivos, y el ejercicio de los derechos sindicales.

Asimismo, tienen iguales derechos que los nacionales, en lo que respecta a educación, vivienda, salud y seguridad social; sus hijos menores tienen derecho al trabajo, en el País de Inmigración, una vez que cumplen la edad laboral.

Están facultados para enviar a su país de origen, parte de los fondos provenientes de su trabajo, y para llevar consigo los efectos personales, adquiridos con el fruto de su trabajo; previa observancia, naturalmente, de las normas jurídicas sobre el particular.

B.- Los derechos y garantías especiales

El Instrumento Andino de Migración Laboral contempla normas especiales para cada una de las especies de trabajadores migrantes, esto es para los calificados, temporales, fronterizos, fronterizos temporales, e in-

documentados.

B.1.- Los calificados

Así como todos los inmigrantes que cumplan con las leyes migratorias, tienen derecho para entrar y salir, libres de obstáculos, también los clasificados, están obligados a colaborar en labores de formación profesional, mediante remuneración, cuando sean requeridos por las autoridades competentes del País de inmigración.

B.2.- Los temporales

Los trabajadores que quisieran acogerse a los beneficios de inmigrantes temporales, deberán demostrar la existencia de un contrato, que determine con precisión la labor que van a desarrollar, la cual se hará constar en el documento que le otorgará la Oficina del país de inmigración que autoriza el ingreso.

Estos trabajadores gozarán de la protección y facilidades que requieran para sus actividades, y, en especial, de libertad para ingresar y salir del país de inmigración, a la iniciación y terminación de las labores, lo mismo que durante la época de su ejecución y, además, las rentas provenientes de su trabajo sólo serán gravadas en el país de inmigración.

B.3.- Los fronterizos

Las zonas que, a un lado y otro de la línea divisoria, deban considerarse fronterizas serán fijadas por acuerdo de los países colindantes, y esos acuerdos, celebrados antes o después de la vigencia de la Decisión 116, deben ser puestos en conocimiento de la Conferencia de Ministros de Trabajo y de la Junta del Acuerdo de Cartagena.

Los trabajadores que desearan acogerse al estatuto de fronterizos, extenderán un documento que, expedido por los organismos oficiales competentes de los dos países, les acredite como tales.

Gozarán de las facilidades y protección necesarios para su trabajo y en particular de la libertad de movimientos en el área fronteriza, de la exención de impuestos nacionales o locales para su trabajo y tránsito fronterizo, y, por fin, las rentas de su trabajo, sólo pagarán impuestos en el país de inmigración.

B.4.- Los fronterizos y temporales

Estos trabajadores tienen derecho a que se les conceda un documen-

to especial, de permanencia y de salida, y su empleador está obligado a proveerles de los medios más cómodos y convenientes para su transporte y hospedaje ocasional o temporal, según la legislación nacional del país de inmigración.

B.5.- Los indocumentados

Son trabajadores inmigrantes, indocumentados, los nacionales de un País Miembro que ingresen al territorio de otro País Miembro, sin los documentos de Ley, para ejercer actividades lícitas, por cuenta propia o bajo la dependencia de un empleador cualquiera.

Se les facilitará la obtención de los documentos que les autoricen su permanencia y trabajo en el país de inmigración, para lo cual, se organizarán campañas de información y dependencias u oficinas adecuadas; sin perjuicio de la potestad del Estado de inmigración para negar la autorización de permanencia del indocumentado y de disponer su salida en plazos perentorios, ya que por ejercer actividades ilícitas o por cualquier otro motivo. En todo se les otorgará condiciones compatibles con la seguridad y dignidad del trabajador y de la familia.

3.3. Una Política Común

Mediante el Convenio Simón Rodríguez se propicia una política laboral común sobre la adecuada utilización de los recursos humanos, la solución de los problemas de desempleo y subempleo, la formación profesional, la participación de los trabajadores y empleadores en los procesos de desarrollo e integración subregional.

En el mismo Convenio Simón Rodríguez se instituye la Conferencia de Ministros de Trabajo como órgano máximo del Convenio; pero, con originalidad, que augura un desenvolvimiento novedoso y promisorio en el futuro; a este órgano se le atribuyen competencias en otros instrumentos jurídicos, como las Decisiones 113 y 116, por lo que, bien puede, sumarse a las instituciones del Grupo Andino y no sólo a las del Convenio que lo crea.

4.- Armonización de las Legislaciones Nacionales

La búsqueda de principios e instituciones comunes, desarrollados en normas jurídicas nacionales diferentes, de acuerdo con las diferentes realidades de cada País Miembro, podría ser otra de las contribuciones de la integración subregional andina.

En este campo es invaluable el aporte potencial de los convenios o tratados, lo mismo que las declaraciones internacionales de las que son partes, los cinco Países Miembros del Grupo Andino.

4.1.- Las Declaraciones y Convenios Internacionales

Cualquiera que sea el valor jurídico de las declaraciones, no cabe discusión sobre el contenido de los principios elevados y aspiraciones colectivas conforme a las cuales se ofrece conducir la acción de los gobernantes y la actividad de los Estados, entre los cuales dabe la creaci3n del derecho nacional.

Bolivia, Colombia, Ecuador, Per3 y Venezuela compartimos los ideales de justicia social recogidos en la Declaraci3n Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales y la Declaraci3n Universal de los Derechos Humanos.

Estos principios, se concretan m3s y asumen la forma de verdaderas normas de conducta, a observarse por los Estados en sus respectivos ordenamientos jur3dicos, en el Pacto Internacional de Derechos Econ3micos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas que eleva a categor3a de derecho universalmente reconocido, el de fundar sindicatos, afiliarse al de la libre elecci3n del interesado, el derecho de los sindicatos a formar federaciones y confederaciones nacionales e internacionales, la autonom3a sindical y el derecho de huelga, am3n de los consabidos derechos al trabajo, libertad para escogerlo, orientaci3n y formaci3n t3cnico-profesional, condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, apropiada remuneraci3n, seguridad e higiene en el trabajo, promoci3n dentro del trabajo a categor3as superiores, descanso y disfrute del tiempo libre, vacaciones, etc.

Por su parte, el Pacto de San Jos3 de Costa Rica o Convenci3n Interamericana de Derechos Humanos se remite a la Carta de la Organizaci3n de los Estados Americanos —OEA— acerca de los derechos econ3micos, sociales y educacionales, y haci3ndose eco de la queja reiterada de que, entre nosotros, las leyes sobre la materia son “letra muerta”, compromete a los Estados partes, de los que forman parte los del Grupo Andino, a “adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la colaboraci3n internacional, especialmente econ3mica y t3cnica para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos” contenidos en esos tratados.

Los convenios de la O.I.T.

Los cinco Países Miembros del Grupo Andino son, a la vez, miembros de la O.I.T. y, como tales, han participado en la adopci3n de sus convenios y recomendaciones.

Adjuntamos un cuadro de los convenios que, por haber sido ratificados por los cinco países, forman parte del ordenamiento jurídico de ellos y, según los principios del Derecho Internacional, pertinentes a estas materias, deberían ser aplicados en los casos específicos a los que ellos se refieren.

Dos observaciones generales queremos añadir, al respecto.

4.2.1. Resulta sumamente abultado el número de convenios de la O.I.T. que no han sido ratificados por el Grupo Andino.

4.2.2. Los Convenios ratificados han sido aplicados de muy diverso modo en cada País Miembro; la cual si bien se justifica por la diversidad de las condiciones económicas y sociales del desarrollo de cada uno de ellos, revela, también, que aún no hemos logrado ningún esclarecimiento entre los derechos subjetivos, que por mucho tiempo conservarán sus diferencias, y las garantías que, en cambio, podrían armonizarse, si es que no se consiguiera el consenso necesario para uniformarlas mediante el Derecho Comuntario.

El derecho interno

Por imposición de las necesidades de un lado, y por influencia del socialismo, de otra, el Estado Latinoamericano, en general y el del Grupo Andino, por supuesto, distan mucho de ser el Estado Liberal que, para Europa, recomendara Adam Smith; antes por el contrario, se sustenta en economías mixtas y, consecuentemente, en unos países más y en otros menos, en todos es grande su intervención en la propiedad de los medios de producción, en la ejecución de actividades económicas y en la dirección de la economía nacional.

Pero a pesar de las economías mixtas y de la enorme intervención del Estado en ellas, carece, por lo general, de órganos económicos que junto con los políticos, hagan efectiva la unidad de dirección política y económica, en manos del Estado; no hay, pues, consecuencia entre el sistema económico y la organización del poder estatal, ya que mientras aquel es mixto, éste no se aparta de los cánones del liberalismo y neoliberalismo.

El capitalismo internacional y el F.M.I. recomiendan corregir este desfase, mediante la privatización del sector público, o sea, mediante la transferencia a favor del sector privado, de la propiedad de los bienes de producción y de las actividades económicas rentables, ahora en manos del Estado.

En este contexto económico y político, el trabajo en Colombia y Ecuador está sometido a un Código del Trabajo; en Bolivia y Venezuela a una Ley General, y en el Perú a un conjunto disperso de leyes, aunque suficien-

temente extenso, bajo principios comunes, como para hablar de un Derecho de Trabajo Peruano.

La diferencia terminológica entre Colombia y Ecuador de una parte, y Bolivia y Venezuela de otra, no impide grandes similitudes entre los cuerpos legales de estos cuatro países, ya que ni la denominación del Código, adoptado por las dos primeras, ha conseguido, por fortuna, detener, en ellas, la evolución, reforma y constante expansión del Derecho Laboral, ni la condición de Leyes Generales en los segundos, ha impedido que tales leyes se constituyan en el núcleo, unificador, de la legislación pertinente y así en Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela, sus respectivos cuerpos legales, contienen el conjunto más importante y caracterizado de leyes laborales, que se complementa o modifica, enriquece y avanza en otras leyes, no, necesariamente, incorporados a los Códigos o Leyes Generales, según el caso.

4.4.- La Aproximación del Derecho Interno

Los encomiásticos esfuerzos de destacados especialistas, como los del Dr. Isaac Sandoval Rodríguez son sus obras: Derecho Individual del Trabajo en los Países del Grupo Andino –CIAT–, y Derecho Colectivo del Trabajo en los países del Grupo Andino –CIAT–, y las entusiastas declaraciones de los diversos sectores sociales de la Subregión, no han llegado a plasmarse en progresos concretos, acerca de la aproximación de las legislaciones laborales del Grupo Andino.

4.5.- La División del Derecho Laboral en el Grupo Andino

En los países del Grupo Andino, como en la mayoría del Derecho Comparado, el Derecho Laboral puede dividirse en seis grandes partes, que serían: el Derecho Individual; el Derecho Colectivo; los Riesgos del Trabajo; los Contratos Especiales de Trabajo; el Derecho Procesal, y el Derecho Administrativo Laboral.

La división del Derecho del Trabajo en estas seis partes, no significa, ni exige, que cada parte sea autónoma; por el contrario, precisamente por ser partes, reconocen la existencia de un mismo todo, que es el del Derecho del Trabajo, regido por principios comunes; los Principios del Derecho del Trabajo en la terminología del maestro Plá Rodríguez o Principios del Derecho Social, a los que con grande generosidad, se remite la Constitución Política del Ecuador y los consagra en calidad de guías de la legislación positiva y fuentes supletorias de sus lagunas o vacíos.

Somos del parecer que el Derecho Individual de Trabajo, fuente de derechos subjetivos; los Riesgos del Trabajo, estrechamente vinculados

con el progreso científico y tecnológico; los Contratos Especiales de Trabajo, y el Derecho Administrativo Laboral están ligados al nivel de desarrollo alcanzado por cada nación y a los usos y costumbres de cada pueblo, y, por lo mismo, si bien, teóricamente, pueden ser armonizadas, de hecho, en la práctica, su armonización encontrará demasiados obstáculos, unos reales y otros creados o exagerados por los sectores cuyos intereses podrían ser afectados, en cada país.

No ocurriría lo mismo, en cambio, con el Derecho Colectivo, el Derecho Procesal y, desde luego, con los Principios del Derecho del Trabajo o del Derecho Social, cualquiera que sea la terminología que se prefiera.

Los instrumentos a emplearse para la armonización del Derecho Colectivo, del Derecho Procesal y de los Principios del Derecho del Trabajo debería ser el Derecho Comunitario, adoptado por la Comisión del Grupo Andino, a través de sus Decisiones normativas y de sus directivas.

En lo tocante a la armonización entre el sistema económico de nuestras sociedades y el régimen político de nuestros Estados, hace falta más estudio y como urge una respuesta de Latinoamérica, a las recomendaciones que, en la práctica, implican imposiciones entre los proyectos prioritarios de los programas de trabajo de la Coordinadora Latinoamericana de Abogados Laboralistas –CLADAL–, y acaso, constituir una comisión especial para el efecto.

5. La expansión del Derecho Comunitario Laboral

Las Decisiones 113, 116 y 1148 son indudablemente importantes, pero se ocupan de cuestiones que desearíamos que ocurran y hay que promoverlas sin reservas, no obstante lo cual, todavía son meras expectativas.

Hay, con todo, cuestiones que las estimamos fundamentales para impulsar vigorosamente la integración; una de ellas es la creación de poderosos movimientos populares, que la asumen como uno de sus objetivos, entre esos movimientos están las asociaciones sindicales y más instituciones del Derecho Colectivo del Trabajo.

El aporte del Derecho de Trabajo sería el regular y fomentar esas asociaciones sindicales a nivel subregional, así como el funcionamiento de las otras instituciones.

5.1.- Los Principios Comunes

El punto de partida podrían ser los principios consagrados en los Convenios 87, relativos a la Libertad Sindical y a la Protección del derecho de

sindicación, y el 98, relativo a la Aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva, de la O.I.T., que tienen la ventaja de estar ratificados por los cinco miembros del Grupo Andino. Los Convenios 11 y 141 siendo pertinentes a la materia no se encuentran, lastimosamente, ratificados sino por Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela el primero, el segundo, por Ecuador y Venezuela, solamente.

5.2.- El Derecho de Sindicación

En esta materia nos parece indispensable destacar tres asuntos: primero, el respaldo político que necesita la integración, para perseverar y avanzar, no le viene de las declaraciones de los Presidentes de la República o Jefes de Estado, incluso dictadores, como prefieren los burócratas nacionales e internacionales, sino del pueblo que es la fuente originaria del poder político.

En consecuencia, al pueblo hay que interesarlo y comprometerlo con la integración y, en primer término, al pueblo representado y dirigido por los trabajadores organizados sindicalmente.

Segundo, si en verdad es importante uniformar la aplicación de los principios del Derecho Sindical en Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, lo que se podría lograr mediante una Decisión de la Comisión del Grupo Andino, tanto o más importante que eso, sería el regular el derecho de las confederaciones nacionales, de cada uno de los cinco países, para constituir confederaciones subregionales, siquiera en los términos del Convenio 87.

Tercero, las confederaciones subregionales deberán estar dotadas de competencias y atribuciones para intervenir, de alguna manera, ante los órganos principales y auxiliares del Grupo Andino; pero, también, en las negociaciones de los contratos colectivos de trabajo de las empresas transnacionales y multinacionales que operen en la subregión, ya que, solamente así, estaríamos oponiendo al poder de tales empresas, el poder del pueblo organizado del Grupo Andino, e interesaríamos a éste en la integración.

Por último, son de interés para el sector laboral, desde luego, las decisiones, programas y actividades sociales y laborales, mas, estas decisiones, programas y actividades se limitan a resolver los problemas que surgen de la aplicación de decisiones, programas y actividades económicas, políticas y culturales; por lo mismo, cuando decimos que las confederaciones subregionales han de intervenir ante los órganos principales y auxiliares en las cuestiones que les atañen a los trabajadores, decimos que deben hacer en todos estos campos, pues reconocerles el derecho a intervenir, como es usual, en los sociales y laborales, es reducir su papel al de simples bombe-

ros del sistema.

Singular atención exige el derecho de sindicación de los servidores públicos, cuyo reconocimiento supone solución a otras cuestiones previas, tales como la separación o unidad de la dirección económica y política del Estado; el concepto de servidor público, y la distinción de éste, según sea empleado u obrero.

En todas estas cuestiones, la legislación de los Países del Grupo Andino carece de uniformidad y en lo que respecta al derecho de sindicación de los servidores públicos, únicamente, Colombia y Venezuela lo reconocen y regulan, ambos con importantes restricciones, en cuanto a la competencia de los sindicatos.

El Convenio 151 de la OIT, no obstante, tan sólo ha sido ratificado por el Perú.

5.3.- Los Contratos Colectivos

Bolivia, Ecuador y Venezuela usan esta terminología, no así Colombia y Perú que prefieren denominarlos: convenciones colectivas.

El Derecho Comunitario debería ocuparse en regular, para el Grupo Andino, la celebración, clases, términos, efectos y terminación del contrato colectivo de trabajo y al hacerlo no debe olvidar que se trata de un instrumento de auto-defensa de la clase trabajadora y que su uso va a depender de las condiciones socio económicas de cada país, que determinarán el contenido y alcance de los derechos y obligaciones de las partes de la relación laboral y del mismo contrato colectivo.

El Derecho Comunitario volverá a tocar las relaciones de trabajo de los trabajadores del Grupo Andino con las empresas transnacionales y las multinacionales que operen, como es obvio, en más de uno de los Miembros del Grupo.

Contribuiría, enormemente, a la integración y, en especial, a la participación de los trabajadores en ella, el aporte del Derecho Comunitario para aproximar el contenido de los contratos colectivos de las transnacionales y multinacionales, en lo tocante a: medidas de prevención, seguridad e higiene; asistencia médica; transferencia de tecnología, no discriminación de los trabajadores del Grupo Andino, entre sí, y en relación con los extranjeros, o de terceros países, en cuanto a transporte, alojamiento, alimentación y remuneraciones, y revisión de las medidas que limitan el empleo de mano de obra extranjera, con el objeto de facilitar la movilización de los trabajadores de la subregión.

Todas estas normas han de guardar armonía con las de las Decisiones que versan sobre el régimen uniforme, al que deberán sujetarse las empresas multinacionales andinas —Decisión 46— y el régimen común sobre tra-

tamiento a los capitales extranjeros —Decisión 220—.

5.4.- Los Conflictos Colectivos

Esta es la institución más compleja y que, por el momento, va a tropezar con graves dificultades, incluso las nacidas de los perjuicios respecto de la soberanía, así como de reales o supuestas exigencias de orden público.

En esta materia constituiría un avance importante en la aproximación de las legislaciones nacionales, la adopción, por parte de la Comisión, de directivas que contengan los principios fundamentales sobre el derecho de huelga, su ejercicio, composición paritaria de los tribunales, etc.

Nuevos progresos provendrán de la madurez y fuerza que vaya adquiriendo el movimiento sindical del Grupo Andino y de las experiencias alentadoras que se vivan en las otras instituciones.

6. El Derecho Procesal

En los cinco países del Grupo, compete a la función jurisdiccional, con jueces o tribunales más o menos especializados, la administración de justicia en materia laboral; no hay, empero, uniformidad en la clasificación de los conflictos, ni, por ello, de las especies de conflictos de trabajo sometidos a los jueces de derecho.

Igualmente, poco desarrollados se encuentran, en toda la subregión, los principios del Derecho Procesal Laboral; su conceptualización, fundamento y desarrollo requieren aún de estudios, en el plano académico, lo mismo que el procedimiento.

7. Conclusiones

La integración económica es la vía para el desarrollo económico, al mismo tiempo que para la liberación, de nuestras naciones.

El éxito de la integración, como proceso, depende de múltiples factores; uno de estos factores es el derecho, que está llamado a dotarla de instituciones, mecanismos y procedimientos que instituyan nuevos sujetos y relaciones jurídicas, que susciten fuerzas sociales que la sostengan e impulsen, y que homogenicen nuestras sociedades, no en la opresión, injusticia, explotación y dependencia, sino en la libertad, justicia, igualdad y soberanía real y no meramente nominal.

El centro de esta lucha entre la opresión y la libertad, la injusticia y la justicia, la explotación y la igualdad, la dependencia y la soberanía real de

nuestros Estados, se sitúa en las relaciones de producción, de las que, en buena medida, se ocupa el Derecho del Trabajo; por consiguiente, es crucial el papel que la historia le asigna a esta rama del derecho, en nuestros pueblos.

Para cumplir éste, que puede ser papel trascendental del Derecho del Trabajo en el Grupo Andino, precisa que tomemos conciencia de que la integración subregional no es una simple integración de mercados, sino además coordinación de planes de desarrollo, en función de los cuales se han de asignar los recursos y facilitar su movilización.

En este contexto, el Derecho Laboral de la Subregión Andina tiene importantes tareas que cumplir, y su contribución puede consistir en lo siguiente.

7.1. Desarrollar y relacionar el manejo de los medios de producción y las funciones de ejecución y dirección de la economía, a cargo del Estado, dotándole de órganos económicos, que, junto a los políticos, unifiquen la dirección económica y política.

7.2.- Ampliar el Derecho Comunitario contenido en las Decisiones 113, 116 y 148, con normas y directivas sobre los principios del Derecho del Trabajo, asociaciones sindicales, contratos colectivos, conflictos colectivos y procedimiento laboral.

7.3.- Armonizar las legislaciones nacionales acerca del Derecho Individual, Riesgos del Trabajo, Contratos Especiales y Derecho Administrativo del Trabajo.

*.- Ponencia del Dr. Julio César Trujillo Vásquez para el Tercer Encuentro Latinoamericano de Abogados Laboralistas, reunido del 16 al 19 de marzo de 1989, en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia.

Convenios de la OIT ratificados en el Grupo Andino

Número del convenio	Bolivia	Colombia	Ecuador	Perú	Venezuela
1	x	x		x	x
2		x	x		x
3		x			x
4		x		x	x
5	x	x			x
6		x			x
7	x				x
8		x		x	
9		x		x	
10		x		x	
11		x	x	x	x
12		x		x	
13		x			x
14	x	x		x	x
15		x			
16		x			
17	x	x			
18		x			
19	x	x		x	x
20	x	x		x	x
21		x			x
22		x		x	x
23		x	x	x	
24		x	x	x	
25		x		x	
26	x	x	x	x	x
27				x	x
28					
29		x	x	x	x
30	x	x			
31					
32				x	
33					
34					
35			x	x	
36				x	
37			x	x	
38				x	
39			x	x	
40				x	
41				x	x

Número del convenio	Bolivia	Colombia	Ecuador	Perú	Venezuela
42	x				
43					
44				x	
45	x		x	x	x
46					
47					
48					
49					
50					
51					
52		x		x	
53				x	
54					
55				x	
56				x	
57					
58				x	
59				x	
60					
61					
62		x		x	
63					
64					
65					
66					
67				x	
68				x	
69				x	
70				x	
71				x	
72					
73				x	
74					
75					
76					
77	x			x	
78	x			x	
79				x	
80					
81	x	x	x	x	x
82					
83					
84					
85					

Número del convenio	Bolivia	Colombia	Ecuador	Perú	Venezuela
86			x		
87	x	x	x	x	x
88	x	x	x	x	x
89	x				
90	x			x	
91					
92					
93					
94					
95	x	x	x		x
96	x				
97			x		x
98	x	x	x	x	x
99		x		x	
100	x	x	x	x	
101		x	x	x	
102	x		x	x	x
103	x		x		x
104		x	x		
105		x	x	x	x
106	x	x	x		
107	x	x	x	x	
108					
109					
110			x		
111	x	x	x	x	x
112			x	x	
113			x	x	
114			x	x	
115			x		
116					
117	x		x		x
118	x		x		x
119			x		x
120	x		x		x
121	x		x		x
122	x		x	x	x
123	x		x		
124	x		x		
125					
126					
127			x		x
128	x		x		x
129	x	x			

Número del convenio	Bolivia	Colombia	Ecuador	Perú	Venezuela
130	x		x		x
131	x		x		
132					
133					
134					
135					
136	x	x	x		
137					
138					
139			x	x	x
140					x
141			x		x
142			x		x
143					x
144			x		x
145					
146					
147					
148			x		
149			x		x
150					x
151				x	
152					
153					x
154					
155					x
156					x
157					
158					x

Proyecciones del Código del Trabajo

Posibles reformas

Dr. Santiago Crespo

Al haberse cumplido los cincuenta años del Código del Trabajo, corresponde mirar a la actual generación, tanto con criterio analítico y retrospectivo, como con criterio crítico y constructivo, la verdadera imagen del hombre y su vinculación con el trabajo.

El Derecho del Trabajo apareció como una reacción contra el derecho tradicional. Los sistemas jurídicos, en general, habían omitido al hombre. Se preocuparon de las cosas, mediante la expedición de códigos patrimonialistas, dictados para organizar la protección y defensa de la propiedad. Veían en el hombre solamente al sujeto capaz de poseer, de administrar, de endeudarse, en fin se le tuvo en cuenta en función de las cosas.

Con el surgimiento de las leyes obreras, con el llamado “nuevo derecho” empiezan a resquebrajarse aquellas viejas construcciones jurídicas.

Surge el problema del hombre común, con sus problemas, sus angustias, sus pasiones y se genera el nuevo derecho, en el que se aprecia al hombre dándole una dimensión noble, con supremacía sobre las cosas.

En un comienzo el derecho del trabajo, tuvo como base su sentido asistencial, tuitivo, disminuyendo las condiciones rigurosas en que se desenvolvía el trabajador, ocupándose de un umejor trato, organizando sus períodos de trabajo y de descanso, dotándole de medios con los que se garantice su seguridad.

En resumen, se puede hablar de un derecho que se renovó para humanizarse. En su primera etapa el derecho del trabajo, era proteccionista,

tuitivo, defendía al trabajador de arbitrariedades en el orden físico y moral. Las normas se dictaron para regular las relaciones del trabajador con las cosas y los empleadores. Con las cosas: dispuso qué condiciones de seguridad debían cumplir y las obligaciones del empleador para proteger al trabajador. Otras normas se referían a las relaciones entre el empleador y el trabajador, los derechos y las obligaciones que surgían de la relación de trabajo.

Sin embargo de que el derecho del trabajo ha venido a reafirmar ciertos derechos y a valorar al hombre en sus relaciones laborales, en la actualidad ya no es suficiente. Existe la necesidad de que éste nuevo derecho afronte los demás problemas que plantea el trabajo humano.

No puede verse al trabajo simplemente como el esfuerzo de conquistar un salario. Tiene que considerarse la clase de fuerzas espirituales que oprimen o liberan el trabajo.

El hombre no puede verse sometido a una forma de trabajo monótona, fragmentaria, que convierte al trabajo en un esfuerzo doloroso, despojado del sentido humano trascendente.

“El hombre siente el deseo de perpetuarse fuera de sí mismo, de ponerse en los objetos. Todo hombre es artista por naturaleza, aspira a conocer un trabajo que sea una expansión gozosa y no encuentra sino el esfuerzo y la pena del trabajo utilitario”. (BORNE Y HENRY, “El trabajo y el hombre”).

ARON Y DANDIEU destacan como un error del capitalismo y el comunismo “esos dos hermanos gemelos de una misma civilización materialista”, considerar el trabajo humano como sometido “A los datos económicos que deben ser más bien sus auxiliares” en lugar de “recalificar el trabajo en función de sus resultados y de sus fines humanos” (ARON y DANDIEU, “La revolución necesaria”).

El nuevo humanismo del derecho del trabajo, debe ir buscando fórmulas que devuelvan al trabajo su carácter originario de actividad esencialmente humana, a la que el hombre se entrega instintivamente impulsado por su necesidad creadora.

Si el hombre no es capaz de conocer el resultado de su esfuerzo, si no conoce su obra, mal puede poner en ella su alma, su ingeniosidad, su técnica, aún su fantasía, ni puede satisfacer su deseo de crear.

Este es el nuevo concepto de la doctrina humanista: poner al hombre en contacto más íntimo con su obra.

Visto así el ámbito en el que debe desenvolverse el derecho del trabajo, cumplidos los cincuenta años de vigencia de nuestro Código del Trabajo, lapso en el cual diversos cambios han surgido de esa necesidad que en nuestro mundo se hace cada vez con más apremio que antes, citaré a Jellinek que decía en su “Teoría general del Estado”:

“No es el derecho exclusivamente el medio para conservar una situación actual sino además para colaborar en la formación de una situación para el futuro. Este carácter tiene por ejemplo la moderna legislación protectora del trabajo”.

Nuestro Código del Trabajo, decía, ha sido codificado en orden cronológico el 4 de Septiembre de 1961; el 7 de Junio de 1971 y el 16 de Agosto de 1978 por las respectivas Comisiones de Legislación.

Han transcurrido más de diez años de la última codificación, tiempo en el que el Ecuador, luego de liberarse del largo período dictatorial entró en el de la vida llamada democrática.

Durante esta etapa, los regímenes constitucionales no se han dado abasto para actualizar y reformar el Código del Trabajo.

La función legislativa, por los avatares políticos, ha dejado a un lado reformas urgentes e imprescindibles en el campo del derecho laboral y concretamente en el del Código del Trabajo.

Para concretar las reformas que en mi concepto y en el de muchos abogados se imponen, a continuación me van a permitir con la actual estructura del Código del Trabajo, como base, proponer las siguientes:

Obligatoriedad del Trabajo: Todo ciudadano ecuatoriano tiene derecho al trabajo. Las entidades públicas y las empresas particulares nacionales o las extranjeras asentadas en el país están obligadas al cumplimiento de este precepto proporcionando ocupación a los ciudadanos ecuatorianos, en la forma y con las limitaciones prescritas en la Constitución y leyes sobre la materia.

- Dentro del título preliminar, en el Art. 4 que trata de la irrenunciabilidad de derechos del trabajador considero que junto a la irrenunciabilidad, debería estar agregada la imprescriptibilidad.

Esta reforma conllevaría la necesidad de otras, concordante con normas del propio Código y de la Constitución. Así el caso de los artículos 398 que trata de la prescripción de acciones relativas a indemnizaciones en caso de accidente o enfermedad; Art. 584 en el cual se establece que en caso de nulidad del juicio de trabajo, no se tomará en cuenta para la prescripción el tiempo de duración del juicio; el Art. 611 que dispone la prescripción de las acciones por actos y contratos en 3 años se tendría que derogar, subsistiendo únicamente, como excepción las prescripciones espe-

ciales del Art. 612 de un mes para que el trabajador regrese a su puesto; de los empleadores para despedir o dar por terminado el contrato; la de los empleadores para exigir indemnización por imperfecta o defectuosa ejecución del trabajo concluido y entregado y derogar la norma del Art. 613, que es el último artículo numerado del Código en la que se establece la prescripción de cinco años para toda acción de tipo laboral.

Protección Judicial y Administrativa: Los funcionarios judiciales y Administrativos están obligados a prestar a los trabajadores oportuna y eficaz protección para garantizar el fiel cumplimiento de sus derechos por parte de los empleadores, para lo cual están facultados a iniciar acciones sumarísimas perentorias, cuando se trate de falta de pago de remuneraciones, décimos tercero, cuarto y quinto salarios, vacaciones; bonificación complementaria y compensación al alza del costo de la vida, ordenando su cancelación inmediata, valiéndose para esto incluso del apremio personal de o los deudores.

Definiciones y Reglas Generales: En el Art. 8, es decir en la definición del contrato individual de trabajo, dentro del Título Primero, al haberse eliminado los términos prestación de servicios (*locatio conductio operis*) y ejecución de la obra (*locatio conductio operarum*), mediante reforma dispuesta en el Decreto Supremo No. 2490 del 2 de Noviembre de 1964, se impone a su vez reformar las definiciones que los artículos 9 y 10 dan en su orden, de trabajador y empleador. Debería decir el Art. 9: “La persona que se compromete a la prestación de sus servicios lícitos y personales se denomina trabajador”. Habría que eliminar la odiosa distinción entre empleado y obrero.

El Art. 10 debería, en su primer inciso, decir “La persona o entidad de cualquier clase que fuese, por cuenta u orden de la cual se presta el servicio se denomina empresario o empleador

- Hay que precisar ciertos términos y corregir fallas de redacción en la actual codificación. Así por ejemplo en el Art. 12, al definir al contrato tácito, en el segundo inciso se dice: “A falta de estipulación expresa, se considera *tácito* toda relación de trabajo entre empleador y trabajador”. Debería decir se considera *tácita* toda relación de trabajo entre empleador y trabajador, o añadir antes de la palabra tácito, “contrato tácito”. Ya que el Código del Trabajo define algunos tipos de contrato, sería necesario que se definan todos, de lo contrario surgen dudas y malas interpretaciones.

- En el Art. 12 al hablar del contrato en participación, no regula y deja sin protección tanto al trabajador con contrato mixto como en participación, en especial en cuanto al salario mínimo, plazo máximo para el pago, situación del trabajador en caso de pérdidas, etc.

A propósito de la estabilidad mínima de un año garantizada en el Art.

14 para los trabajadores, es uno de los factores primordiales que la nueva legislación laboral debe mejorar. Hay que erradicar la antigua influencia del capitalismo y del civilismo que procuran y permiten al empleador la aplicación del despido intempestivo del trabajador en cualquiera de sus formas.

Y hay que incorporar a la legislación ecuatoriana del trabajo, en forma definitiva, el derecho de continuar la relación por parte del trabajador en la misma empresa, hasta su extinción por la jubilación; salvo circunstancias económicas extraordinarias, ineptitud laboral, mala conducta del trabajador o injurias graves al empleador.

El trabajo que se presta en una empresa es la condición normal de subsistencia de la gran mayoría; si se priva de esa posibilidad, se le condena directamente a la indigencia, a dejar de ser verdadero hombre, constituyendo un atropello a los más elementales derechos humanos.

El actual sistema que sanciona el despido intempestivo con una indemnización, pagada tarde, mal o nunca, atenta contra el derecho humano al trabajo.

Se tiende a ver a la estabilidad como un “beneficio” del trabajador. Más bien se constituye en una garantía de seriedad y eficiencia para la propia empresa. El empleador, ante trabajadores garantizados jurídicamente, serenos y confiados, puede dedicarse de lleno a su función.

¿Cuál de los dos factores sale beneficiado? Indudablemente trabajador y empleador, la empresa y, en definitiva, la comunidad que podrá enfrentar con decisión la lucha por el desarrollo con rostro humano.

Debe declararse la nulidad del despido injustificado, y por tanto, garantizarse la estabilidad, la subsistencia de la relación laboral. El empleador debe estar obligado a la reincorporación, mediante la imposición judicial, llegándose incluso a la intervención en la empresa para que se cumpla el deber de reincorporación de un trabajador separado por despido.

El Papa Pablo VI en su mensaje a la OIT en 1969 manifiesta que: “continuar con la posibilidad del despido injustificado es burlar los compromisos contraídos con los demás países del mundo y violentar la conciencia social de la Humanidad”.

Si se quiere el desarrollo con rostro humano, la estabilidad es necesaria, garantizando el derecho al trabajo y el crecimiento en humanidad.

Para que una nación alcance un alto grado de desarrollo debe contar con la estabilidad, que se constituye en un elemento básico para el crecimiento en paz.

Otro aspecto fundamental que se origina de una política de estabilidad laboral, es el de poder lograr la utilización sana de los recursos humanos del país y una racionalización de las políticas concertadas de planificación.

Si no se dispone de un conocimiento cabal de cuáles son los recursos humanos aprovechables en un momento determinado, al no existir garantía jurídica al derecho de trabajar, se depende únicamente de la buena voluntad de los empleadores para llegar a una concreción de planes de desarrollo.

Cualquier plan sometido exclusivamente a la voluntad de un sector, fracasaría si existiese mala fe o persistiese la inestabilidad. De esta manera se frenaría la posibilidad de salir del subdesarrollo.

Contrato a Prueba: El Art. 15 debería decir: "En todo contrato de aquéllos a los que se refiere el inciso primero del artículo anterior, cuando se celebre por primera vez podrá señalarse un tiempo de prueba, de duración máxima de noventa días. Vencido este plazo automáticamente se entenderá que sigue vigente por tiempo indefinido hasta que por la voluntad conjunta de las partes se transforme en contrato a plazo fijo.

Requisitos del Contrato Escrito: En el Art. 20, se señalan los requisitos del contrato escrito, se ha omitido, quizás porque aparece obvio, puntualizar la necesidad de que consten los nombres y apellidos de las partes, el lugar de su celebración y la autoridad ante la cual debe registrarse, pues caso de omitirse se puede dar lugar a problemas posteriores.

Obligaciones del Empleador: El Art. 41 establece las obligaciones del empleador en 32 numerales. Justamente en el último, se dispone una sanción al empleador que no exhiba en lugar visible y al alcance de todos sus trabajadores, las planillas de Seguro Social y que consiste en la multa de diez mil sucres. A propósito del establecimiento de multas con cuantía en sucres, sería muy importante que en todos los artículos del Código en los que consten valores en sucres se adopte, como norma, el de la sanción en porcentaje de los salarios mínimos vitales generales, vigentes al momento del cometimiento de la infracción.

Si la disposición del numeral 32 del Art. 41 se pusiera en el valor en sucres, igualando al monto de la devaluación de nuestra moneda en los 16 años que han transcurrido, equivaldría a S/.200.000,00 ya que el dólar en el año 70-72 se cotizaba a razón de S/.25,00 por cada dólar, mientras al momento supera los S/.500,00.

Reformas Varias: Es por esto que se hace necesaria una reforma en este sentido con lo cual se haría respetable nuestro Código, porque sabemos que le es más fácil al empleador cubrir una multa ínfima que cumplir con normas fundamentales, como son las que regulan una serie de artículos y que a manera de ejemplo puntualizo: **Art. 42** dispone multa de S/.2.000,00 a S/.5.000,00 para el caso de violación de derechos de los trabajadores llamados al servicio militar obligatorio; **Art. 43** entre las prohibiciones al empleador, está la de recibir en trabajos a ciudadanos remisos en el cumplimiento del servicio militar y la sanción es una multa similar a la

del Art. 42; Art. 51 sanciona con multa de S/.10,00 a S/.100,00 al empleador que no comunique al Inspector del Trabajo la necesidad del trabajo en sábados y domingos por circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor.

¿Qué empleador cumple con esta norma? El Art. 105 establece el plazo para pago de utilidades hasta el 31 de marzo de cada año y sanciona con multa de S/.10,00 a S/.500,00 diarios al empleador que no remita los justificativos del pago. La multa, actualmente sería de S/.200,00 a S/.10.000,00 diario.

El Art. 132 que sanciona con multa de S/.10,00 a S/.100,00 diarios, al incumplimiento del empleador en exhibir, ante la Dirección General del Trabajo, la contabilidad para la fijación de salarios mínimos; o la del Art. 157 que sanciona con multa de S/.50,00 a S/.500,00 al empleador que infrinja las reglas sobre el trabajo de mujeres y menores; o aquéllas de sancionar a los Inspectores del Trabajo con multa de S/.50,00 por no remitir los cuadros estadísticos de la Dirección General del Trabajo, establecida en el Art. 197; o la del Art. 281 que sanciona con multas que van de S/.10,00 a S/.50,00 en la primera vez y hasta de S/.200,00 en caso de reincidencia en el incumplimiento a las normas del capítulo del trabajo a domicilio; y para no citar todas, basta señalar la multa máxima establecida en nuestro Código, Art. 605, por violación a sus normas en S/.100,00 mientras que los jueces, inspectores y sub-inspectores solamente pueden imponer hasta S/.1.000,00.

— En el capítulo de la duración máxima de la jornada de trabajo, al incorporarse las reformas introducidas en Agosto de 1980, estableciendo las cuarenta horas semanales, no se suprimió el texto del Art. 51 que decía: “las circunstancias por las que accidental o permanentemente, se autorice el trabajo en los días domingos y sábados *por la tarde*, no podrán ser otras que...”.

Al haberse suprimido la jornada de trabajo obligatorio los días sábados por la tarde, debe eliminarse del texto del Art. 51 las palabras: “por la tarde”.

Dentro del capítulo de los salarios habría que incorporar el salario familiar y considerar el establecimiento del salario mínimo vital móvil de acuerdo a la mayor participación porcentual del producto interno bruto y la adecuación al incremento del costo de la vida, en forma automática.

El establecimiento del salario familiar, se fundamenta en la necesidad de pagar al trabajador no sólo lo necesario para que pueda satisfacer sus necesidades vitales, sino también las de su mujer, sus hijos y de las personas que de él dependan. El funcionamiento de este salario sería a través de “cajas de compensación”, que son organismos a los cuales todas las empresas estarán obligadas a aportar una suma por cada trabajador que labora en ellas. Estas cajas de compensación, se encargan de pagar, de ese

fondo común, a cada trabajador, según el número de cargas familiares que posea.

En cuanto tiene que ver con el salario en general, además de cubrir las necesidades vitales del trabajador y su familia, debe premiarse su esfuerzo y capacidad de producción con estímulos económicos.

Hay que ampliar radicalmente la legislación laboral para incorporar nuevas formas de trabajo.

- a) La empresa participativa, con intervención de los trabajadores en los órganos de decisión de la empresa, no sólo en el comité obrero patronal.
- b) La empresa mixta, con accionariado obrero.
- c) La empresa de propiedad de sus trabajadores, en la que los beneficios recibirán directamente los que intervienen en la producción. El mejor camino, es la creación de empresas cooperativas, para que los medios de producción, (y no solamente los de consumo) estén en poder de una gran mayoría, para evitar la concentración de dichos medios en pocas manos.
- d) La empresa autogestionada que se basa justamente en la del trabajo cooperativo. Este tipo de empresas pueden aplicarse dentro de la ciudad y con más facilidad en el agro. La empresa agrícola, a la vez que facilitaría la promoción del sector, atraería a los campesinos que emigraron a los grandes centros poblados, agigantando los cinturones de miseria. La empresa agrícola facilita la aplicación de una agricultura intensiva, mejorando la producción, empleando maquinaria y herramientas, abonos y técnica para elevar la producción por unidad de superficie.

Permite en mayor número el acceso de personas a la propiedad de la tierra mediante acciones a las que pueden tener opción los mismos trabajadores. Se podría emitir acciones de tipo popular, llegando así de una manera fácil a la industrialización de la producción agrícola.

A propósito de estas empresas cooperativas, la Iglesia Católica a través de sus máximos pastores los Papas, en las encíclicas, hacen un especial hincapié. Así en la encíclica “Mater et Magistra” el Papa Juan XXIII dice: “Deben asegurarse y promoverse, de acuerdo con las exigencias del bien común y las posibilidades del progreso técnico, las empresas artesanas y las agrícolas de dimensión familiar y las cooperativas, las que pueden servir también para completar y perfeccionar las anteriores...” (No. 85-89).

La II Conferencia Episcopal de Medellín, considera a la empresa laboral un instrumento importantísimo para el cambio social en paz y justicia:

“La organización sindical campesina y obrera, a la que los trabaja-

dores tienen derecho, deberá adquirir suficiente fuerza y presencia en la estructura intermedia profesional. Sus asociaciones tendrían una fuerza solidaria y responsable para ejercer el derecho de representación y participación en los niveles de producción y de la comercialización, nacional, continental e internacional. Así deberán ejercer su derecho de estar representados, también en los niveles políticos, sociales y económicos, donde se tomen las decisiones que se refieren al Bien Común. Por lo mismo, las organizaciones sindicales deberían emplear todos los medios a su alcance para formar moral, económica y técnicamente a quienes han de ejercer esa responsabilidad”.

Aunque parezca increíble, los artículos 390 y su concordante el 364 del Código así lo consagran. En el primero de los artículos, señala textualmente: “Para los efectos de la indemnización, el salario o sueldo anual no se considerará nunca mayor de S/.9.600,00...” y, el Art. 364 obliga al empleador a indemnizar a los herederos del trabajador fallecido con una suma igual al sueldo o salario de 4 años. La reforma que se impone en este y otros casos en los que se determinan cantidades en suces, es la de calcular el monto de las indemnizaciones en salarios mínimos vitales generales, es decir, que el monto actual de la indemnización por muerte del trabajador en accidente de trabajo calculado para los trabajadores en general, debería ser de S/.1’440.000,00 (30.000,00 x 48 meses).

El Art. 189, último inciso, debería cambiarse por el siguiente:

“...Para el caso del trabajo a destajo y en el que el trabajador perciba sueldo mixto (sueldo básico y comisiones), la remuneración se fijará a base de la percibida en el último año de servicios o durante el tiempo que haya laborado, si no llegare a un año”. Esta reforma se explica, por cuanto en el trabajo con remuneración mixta, cuando el empleador decide por su propia voluntad, unilateralmente, dar por terminado el contrato, evita por un tiempo que el trabajador gane las comisiones, valiéndose de mil pretextos y cuando despide al trabajador, éste solamente percibe la indemnización por despido a base del sueldo mínimo y no con las comisiones.

El Título V de las asociaciones de trabajadores y de los conflictos colectivos contiene disposiciones que en la práctica o no se cumplen a cabalidad o se busca la manera de disminuir su eficacia.

El sindicato, la asociación profesional y el comité de empresa, son considerados todavía por los empleadores o empresarios como el peor de los males. Basta que llegue a oídos de la empresa el rumor de la aplicación por parte de los trabajadores del derecho constitucional, legal y humano de acogerse a la libertad de asociación, para que el despido intempestivo y el visto bueno empiecen a funcionar.

De ahí que se insista en la necesidad de la unidad de la clase trabajadora obrera del país para conseguir el logro de la contratación colectiva

obligatoria.

En cuanto a los conflictos colectivos (Art. 463 y siguientes del Código), se imponen reformas drásticas y urgentes al procedimiento. La conflictividad laboral disminuiría considerablemente, si se estableciera el procedimiento verbal, desterrando para siempre la sujeción a un caduco sistema originado en la tendencia civilista que atenta contra toda la filosofía del Derecho Social.

Es hora de que el viejo y trasnochado procedimiento laboral, dé paso a un nuevo y ágil sistema procesal, tanto en lo que tiene que ver con la jurisdicción colectiva, como con la individual y administrativa.

Los trabajadores se ven sujetos en la actualidad, por los vicios en que ha caído el procedimiento para la resolución de los conflictos, a un verdadero chantaje de los empleadores. Estos, conocedores como son de la desesperante lentitud en la tramitación y solución de los juicios tanto colectivos como individuales, perfectamente asesorados por ex-inspectores del trabajo que frecuentemente son sus asesores, apelan a toda suerte de subterfugios, argucias, diferimientos, ampliaciones, impugnaciones, etc., que afectan terriblemente a los trabajadores, en especial en los casos de conflictos colectivos.

La huelga, único recurso del trabajador, en su lucha por conseguir sus condiciones de vida y de trabajo, se ve permanentemente amenazada.

Lamentablemente no se puede aplicar este derecho con la eficacia y celeridad requerida. La injusticia social se patentiza al no existir normas que den agilidad a los procesos generados en los conflictos laborales.

Los tribunales de conciliación y arbitraje deben emplear el procedimiento verbal para dar agilidad al trámite. El momento en que el empleador sepa que ya no serán 3, 6, 12 o 18 meses los que durará el conflicto colectivo, se verá obligado a procurar conciliar en un lapso muy corto. Esta agilidad disminuirá la conflictividad laboral, el desempleo y el subempleo.

Igual cosa ocurrirá en el campo individual tanto en los procesos administrativos, como en los judiciales.

Las reclamaciones individuales ante los Inspectores del Trabajo por parte de los trabajadores, han perdido toda su eficacia. Estas autoridades se ven atadas ante la imposibilidad de imponer sanciones a los empleadores que, tarde, mal o nunca, concurren a sus requerimientos. Como saben que en el peor de los casos no podrán ser multados sino con S/.1.000,00 (que en la realidad debería estar regulada esta multa en proporción a los salarios mínimos vitales), simplemente ignoran o hacen caso omiso de las disposiciones dadas en la Inspectoría del Trabajo.

Capítulo aparte constituyen los trámites de “visto bueno”, en los que, por la inexistencia de normas procesales, se cometen permanentes y graves

abusos contra los trabajadores. Se imponen reformas, eliminando el engorroso procedimiento escrito, supletoriamente acondicionado del proceso en los juicios civiles. Dentro de la etapa probatoria no se cumplen los términos que la propia ley ha establecido.

El trabajador se ve tremendamente afectado física y moralmente frente al empleador, cuando tiene que solicitar el “visto bueno” para dar por terminado el contrato de trabajo. Debe permanecer laborando mientras se tramita el “visto beno”. Mientras que el empleador, de conformidad con la norma del actual Art. 600 del Código, puede suspender inmediatamente las relaciones laborales con el trabajador cuando solicite el “visto bueno” en su contra. Debería reformarse este artículo, permitiendo al trabajador defenderse, sin que su permanencia en la empresa constituya un verdadero tormento cuando es él el actor del “visto bueno”, percibiendo su remuneración, mientras dure el trámite.

Largo sería tratar este tema y me referiré, por último, al trámite del conflicto individual que debe llevar adelante el trabajador. Pese a que teóricamente se encuentra protegido, en la práctica es objeto del chantaje, la coacción moral y hasta física que el empleador ejerce para despedir al trabajador sin justa causa.

El Código del Trabajo está supeditado a las leyes civiles: Código Civil y Código de Procedimiento Civil como leyes supletorias, en franca contradicción con el Derecho Social y la Constitución Política.

Por esto es hora de efectuar un cambio radical en el procedimiento laboral. Hay que adoptar el procedimiento verbal y desechar por caduco y engorroso el mal llamado juicio verbal sumario. Si el trabajador debe esperar un promedio de dos años ocho meses entre las sentencias de primera y última instancia, ¿de qué protección jurídica al trabajador estamos hablando? Mientras que si ponemos en práctica un juicio laboral verbal, ante un juez o tribunal laboral en el que en el mismo día se conoce la demanda, la contestación y las pruebas, y en 48 horas se dicta la sentencia, con un trámite sumarísimo, otra sería la actitud patronal; de la sentencia pueden apelar las partes, el actor interponer recurso de tercera instancia sea cual fuere la cuantía, cuando se rechace en todo o en parte su demanda; sentencia de la cual no habrá recurso alguno y, una vez ejecutoriada, deberá ejecutarse, por el inferior, asimismo en un corto plazo.

La agilidad del procedimiento laboral, la aplicación de fuertes multas al empleador incumplido, las providencias preventivas, el secuestro previo, embargo, prohibición de enajenar, etc., para evitar que el empleador se burle de las sentencias, facilitarán al trabajador el respeto a sus derechos y ya nunca más tendrá que oír la frase llena de sarcasmo que el empleador utiliza de que si algo le tiene que reclamar acuda a los jueces, atendando contra uno de los más elementales derechos como es el de trabajar.

Esta sería otra medida para evitar la proliferación de los conflictos laborales, la desocupación y subocupación; en definitiva la explotación del hombre por el hombre.

En relación con la preocupación respecto de la inexistencia de apoyo financiero para la empresa cooperativa autogestionaria de los trabajadores, se revela claramente la necesidad de la representación de éstos en los organismos de decisión: Junta Monetaria, Consejo Nacional de Desarrollo (CONADE), Banco Nacional de Fomento, Comisión Nacional de Valores, Banco Ecuatoriano de Desarrollo, CENDES, CEPE, Banco Ecuatoriano de la Vivienda, Consejo Nacional de Educación, Congreso Nacional (asesoría a sus órganos), organismos regionales como: CEDEGE, CREA, CRM, INCRAE, INGALA, etc.

El impulso a empresas participativas con intervención de los trabajadores en los órganos de mando de la empresa, no sólo en el comité obrero patronal; la empresa mixta con accionario obrero, la empresa de propiedad de sus trabajadores y la empresa colectiva y autogestionaria, son las que rescatarán e impulsarán el verdadero desarrollo, rompiendo los monopolios y disminuyendo la desocupación. El Papa Pablo VI en su encíclica "El Desarrollo de los Pueblos" (*Populorum Progressio*) dijo: "El desarrollo es el nuevo nombre de la paz". Concluyo con el profeta Isaías, quien dijo: "La paz es el resultado de la justicia."

DERECHO TRIBUTARIO

La retención de impuestos bajo la teoría de las presunciones en el Derecho Tributario*

Dr. Diego Almeida Guzmán

Las ideas vertidas en relación con las tesis del pago anticipado de obligaciones y de la garantía o afianzamiento de obligaciones, nos lleva a orientar nuestros esfuerzos en la búsqueda de una teoría jurídica más acorde con los elementos propios y los fines que persigue en el Derecho Tributario la institución de la retención de impuestos en la fuente. En orden a ello debemos encarar a esta ciencia con una actitud dinámica, que al tiempo de respetar principios jurídicos universales, recoja realidades y planteamientos mejor acomodados a las nuevas exigencias de nuestros tiempos. Se velará por la indispensable concordancia del Derecho con la economía ágil que caracteriza al Estado moderno.

La retención en la fuente constituye quizás una de las instituciones del Derecho Tributario que obliga tanto al tratadista cuanto al legislador, a analizarla a la luz de sus realidades propias, sin forzar su incursión en esquemas del Derecho Privado o esquemas ortodoxos rígidos en el espectro del Derecho Tributario clásico. De entre las modernas tendencias doctrinarias, estimamos fundamental aquella que enmarca a la institución de la retención en la fuente bajo la teoría de las presunciones en el Derecho Tributario.

En su acepción más común, presunción es la conjetura o indicio que sacamos, ya del modo que generalmente tienen los hombres de conducir-

* Extracto tomado de la obra "La retención de impuestos en la fuente" del mismo autor (Editores Namur, 1989)

se, ya de las leyes ordinarias de la naturaleza; o bien, la consecuencia que saca la ley o el magistrado de un hecho conocido para averiguar la verdad de un hecho desconocido o incierto (Diccionario de Derecho Usual, Guillermo Cabanellas).

Para el Derecho Tributario, presunción es la consecuencia que la ley deduce de un hecho conocido para llegar a un hecho desconocido, pero que puede confrontarse con lo verdadero, por lo que puede llamarse verdad anómala. Otras definiciones sostienen que presunción es el acto de aceptar la veracidad de un hecho por la evidencia de otro del que normalmente depende aquel hecho no probado (D 'Ors); y que es el resultado de un proceso lógico mediante el cual, de un hecho conocido cuya existencia es cierta, se infiere un hecho desconocido cuya existencia es probable (Becker). Puede notarse que las presunciones en los sentidos expuestos están fundadas siempre en una inducción lógica.

Los conceptos vertidos son indispensables para encasillar a la retención en la fuente bajo las proyecciones de la teoría de la presunción. Lo básico viene entonces dado por el entendimiento jurídico de que la retención anticipada de impuestos se presenta no por la realización del hecho generador establecido por la ley para configurar el tributo, sino por la efectivización de un presupuesto de hecho que a su vez no gravita en situación o actividad indicadora de capacidad contributiva.

La juridicidad de la retención en la fuente debe mirársela como un método de excepción de percepción de ingresos por parte del Estado.

Tal procedimiento, al amparo de una norma legislativa, impone a los sujetos pasivos la obligación de satisfacer una prestación tributaria, o mejor dicho una parte de ella, bajo la presunción de que en el futuro nacerá y se perfeccionará la correspondiente obligación tributaria en los términos clásicamente concebidos. En ese momento la retención anticipada practicada se convertirá en un abono de la obligación final resultante.

El hecho imponible demanda siempre la expresión de cierto grado de capacidad contributiva; la retención en la fuente en cambio, presume que en el pago sometido a ella, existe una manifestación de tal capacidad. Vemos pues como, de un hecho conocido cual es el abono de determinada cantidad generalmente de dinero, se infiere un hecho desconocido cuya existencia es probable, cual es la posibilidad del sujeto pasivo para contribuir a la cobertura de las erogaciones estatales en equitativa proporción a su aptitud económica.

Universal es la utilización de presunciones en el Derecho Tributario para enfrentar a las infracciones administrativas tales como la ocultación de hechos imposables, su verdadero valor, y en general el nacimiento mismo de obligaciones fiscales.

En el plano jurídico la legitimidad de las presunciones será tal en la

medida en que se cumplan ciertos requisitos. Sobre este tema el profesor argentino Vicente Oscar Díaz, en un trabajo publicado en el Número 2 de los Cuadernos Iberoamericanos de Estudios Fiscales bajo el título La Utilización de Presunciones para Reconstruir la Materia Imponible y la Razonabilidad de su Aplicación, determina tres requisitos que deben observarse en la aplicación de presunciones en el Derecho Tributario. Estos requisitos son la precisión, la seriedad y la concordancia.

La precisión exige que el hecho conocido esté plenamente acreditado y sea a la vez revelador del hecho desconocido que la Administración pretende demostrar. La seriedad, por su lado, significa para el doctor Díaz que debe existir una conexidad entre el hecho conocido y la consecuencia extraída, que permita considerar a esta última en un orden lógico como probable. La concordancia obliga a que todos los hechos conocidos conduzcan a la misma conclusión.

La agencia de retención, como puede notarse, abarca todos los elementos requeridos por la Teoría General de Presunciones en el Derecho Tributario. La retención en la fuente parte de un hecho conocido cual es el pago o abono en cuenta de determinada cantidad en favor de alguien. Bajo los principios tributarios ortodoxos tal hecho no genera vínculo jurídico alguno en virtud del cual deba satisfacerse una prestación; esto por cuanto el pago por sí solo no constituye un hecho generador de impuesto a la renta. Para el perfeccionamiento de la obligación tributaria debe necesariamente, en materia de impuesto a la renta, cumplirse el período previsto por la ley para medir el volumen de ingresos y egresos, y así cuantificar la capacidad contributiva del sujeto pasivo, con base en la cual se aplicará el gravamen correspondiente.

Sin perjuicio de lo anterior, el pago o abono en cuenta (hecho conocido) en el alcance de la teoría de las presunciones, pasa a convertirse en el punto de partida del proceso lógico, de cuya existencia cierta se infiere la probabilidad de realización del presupuesto establecido por la ley para configurar el impuesto a la renta.

Un método de retenciones en la fuente razonablemente concebido, por su naturaleza misma cumple los requisitos señalados como necesarios en todo esquema de presunciones. El círculo lógico del régimen impone la obligación del legislador de fijar los porcentajes de retención atendiendo al rendimiento previsto para el ejercicio económico correspondiente. Es en este aspecto donde tal vez mayor cuidado debe tener el legislador. Sobre el tema el profesor López Berenguer en su obra Manual del Impuesto sobre la Renta, señala que se debe velar porque las cantidades retenidas se aproximen lo más posible a la cuantía tributaria del sujeto pasivo, no interesando retener demasiado para evitar injusticias y las molestias de las devoluciones de los excesos retenidos, ni tampoco quedar demasiado lejos

de la deuda exacta, por la demora que supone en la percepción de ingresos para la Administración.

El método de recaudación de tributos vía retenciones en la fuente no pretende ir más allá de la percepción por parte del Estado de la justa obligación tributaria fijada con base en las premisas de la ley general. Entonces, al cumplirse el período previsto por la ley, procede liquidar el monto de la obligación tributaria y concatenar éste con aquél de las retenciones en la fuente practicadas. Si las presunciones se cumplieron, como debe suceder en la mayoría de los casos, ante el nacimiento de la obligación tributaria principal no cabe sino restar del gravamen total causado, el valor de las retenciones practicadas y exigir del contribuyente la diferencia tendiente a la satisfacción plena de la prestación a que está llamado. Sin embargo podría darse el caso de que no exista obligación tributaria que satisfacer. De ser ésta la situación, que jurídica y prácticamente sólo debería darse por excepción, nos enfrentamos a un caso de presunción fallida. El hecho conocido no resultó ser lo suficientemente revelador.

Podría también presentarse el caso de que las retenciones resultaron ser superiores al monto de la obligación principal. Al igual que en el caso de no nacimiento de obligación tributaria, el Estado deberá proceder a la inmediata devolución de los tributos retenidos en exceso más los correspondientes intereses adeudados por el uso de fondos que no llegaron a ser imputados a obligación cierta alguna.

La presencia de presunciones fallidas en ningún modo vulnera la constitucionalidad o legitimidad de la institución de la retención en la fuente. Por cierto, será indispensable que el método empleado y principalmente los porcentajes de retención sean medidos de manera razonable, con el propósito de que la devolución de tributos sea de carácter excepcional y de ninguna manera se torne en la regla común.

La moderna doctrina es fructífera en el tratamiento de las retenciones en la fuente bajo las normas y principios de las presunciones. Tal vez uno de los mejores esfuerzos en este orden lo encontramos en la obra *Presunciones y Ficciones en el Derecho Tributario*, de los tratadistas argentinos Susana Camila Navarrine y Rubén O. Asorey. Estimamos que para lo que hoy interesa, resulta revelador de las nuevas tendencias la aseveración de los citados tratadistas en el sentido de que “el legislador fiscal se vale de las ficciones para ampliar el ámbito de responsabilidad de ciertos sujetos pasivos o crear nuevos sujetos frente a la legislación (...) estas técnicas legislativas, que en sí no violan el principio de legalidad sí son expresadas por medio de él, y aunque parten de una irrealidad, como puede ocurrir en las ficciones, concluyen siempre en una nueva realidad legal constitutiva de la relación jurídico-tributaria (...) cuando la designación de agentes de retención es efectuada por medio de una ley, estamos ante una ventajosa

herramienta utilizada por el legislador para asegurar el ingreso de gravámenes y que no merecerán objeciones constitucionales”.

El tratamiento de la tesis ha despertado enorme interés en nuestro Continente. Es así como las Décimo Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario celebradas en la ciudad de Bogotá en octubre de 1985, incluyeron como uno de sus temas al uso de las presunciones y ficciones en el Derecho Tributario.

Entre las conclusiones de estas Jornadas de incluyó una que la estimamos por demás indicadora de la general aceptación que la teoría de las presunciones en el Derecho Tributario, ha tenido para explicar los fenómenos jurídicos presentes en la institución de la retención en la fuente. En efecto, las Jornadas sostuvieron que las presunciones legales son técnicas legislativas utilizadas con carácter general en el Derecho, siendo también legítimas dentro del Derecho Tributario, entre otras razones, por la proliferación de comportamientos evasivos y por la simplificación en la configuración legislativa de los hechos imponibles.

El Impuesto al Valor Agregado planteado en la Reforma Tributaria

Camilo Pazmiño Valencia

El Gobierno Nacional, a través del señor Ministro de Finanzas y Crédito Público, ha sometido a “debate nacional” un proyecto de Reforma Estructural del Sistema Tributario Ecuatoriano, dentro del cual se contempla la vigencia de una Ley de Impuesto al Valor Agregado, la cual absorbería una gran parte de la intrincada y dispersa legislación tributaria sobre impuestos al consumo que existe en el país; el presente trabajo no pretende otra cosa sino, realizar algunas breves consideraciones acerca de los aspectos fundamentales de este impuesto.

Definición y elementos del I.V.A.

El profesor uruguayo Doctor Ramón Valdés Costa, nos dice que “El Impuesto al Valor Agregado es un impuesto general al consumo. Su característica esencial, que lo diferencia de los demás impuestos de este tipo, es la de que se va liquidando y pagando al Fisco parcialmente, en cada una de las etapas de circulación de bienes y servicios, aplicando la tasa respectiva sólo sobre el valor agregado en cada una de ellas.” La mayor parte de autores concuerdan en que se trata de un impuesto al consumo y no a la producción, toda vez que el I.V.A. se pagará en cada etapa en que se exista transferencia de dominio de los bienes gravables, sin importar el estado del proceso productivo o grado de elaboración del artículo que se transfiere. Asimismo, los compradores en cada parte del proceso, podrán cargar el

valor del impuesto que pagaron al precio en que a su vez transferirán el artículo, con lo cual se asegura que únicamente se pague el impuesto correspondiente al valor que se agrega, así hasta llegar al consumidor final, el que deberá pagar la tarifa establecida sobre el total del precio del bien a adquirirse. De lo arriba dicho, desprendemos que el Impuesto al Valor Agregado, es una imposición plurifase no acumulativo; plurifase por cuanto opera en todas las etapas en que se haya producido una transferencia y por cuanto no se cobra sobre el valor total acumulado, sino exclusivamente sobre un segmento de la producción o de la comercialización.

La recaudación que realiza el Fisco del I.V.A., amplía el universo de contribuyentes y puede permitir un mejor control de los mismos, al disponer de información que puede ser cruzada con otra información del contribuyente presentada al declarar o pagar otros impuestos.

El Impuesto al Valor Agregado, es un impuesto indirecto toda vez que la carga tributaria pasa a una persona distinta del contribuyente al que fija la Ley, es decir, esa persona recibe la carga por traslación.

El hecho imponible del I.V.A.

El hecho imponible, o hecho generador que contempla la doctrina para este tributo, se configura de tres categorías, a saber:

- a) Las transferencias de bienes; transferencias que en forma necesaria deben hacerse a título oneroso y que den a su nuevo propietario la facultad de disponer de ellos;

Según la Reforma Estructural al Sistema Tributario Ecuatoriano propuesta por el Gobierno Nacional, estarán gravadas con este impuesto, todas las entregas de bienes realizadas en el territorio ecuatoriano, excepto las transferencias que se determinarán expresamente en la Ley, exenciones que, según reza el texto dado a conocer, serán básicamente las mismas que en la actualidad rigen en la Ley del Impuesto a las Transacciones Mercantiles además de otras que se agregarán; es muy importante anotar que las exenciones que se establezcan para las transferencias o entregas de bienes que no vayan a ser afectadas por el I.V.A., se deberá tener el cuidado de no incluir todos los bienes y artículos de primera necesidad (alimentos), así como todo lo relacionado con la cultura y su difusión. En cuanto a la exención o exoneración con el I.V.A. a los artículos de primera necesidad se refiere, no considero que quepa hablar, como lo hace el proyecto de, por ejemplo, “carnes en estado natural” o “pan, azúcar, sal, manteca, fideo, etc.” ya que, en el primer caso, parecería ser que la única carne en estado natural es la que se encuentra dentro de un animal vivo, pues la carne que se expende no está en estado natural, sino que ya ha sido sometida a un

procedimiento si bien no de transformación si de cierta industrialización; en el segundo ejemplo propuesto, las razones que obligarán a un cambio de redacción en lo proyectado son evidentes ya que todos los artículos mencionados, han tenido previamente un proceso de industrialización y transformación desde la materia prima hasta ser producto terminado, así el pan antes fue harina y aún antes fue trigo, no pudiendo exonerarse, como se plantea, al producto terminado sino a todos los componentes que intervienen en el proceso de elaboración de un artículo.

b) La prestación de servicios.- Podemos considerar como prestación de servicios, a aquellas operaciones onerosas realizadas por empresarios, y que no puedan ser consideradas como entregas de bienes. En nuestro país, la reforma plantea que serán incluidas y darán lugar al I.V.A., únicamente las actividades que permitan un adecuado control del pago del impuesto y aquellas que resulten importantes desde el punto de vista económico, y enumera las actividades que estarán sujetas al pago del impuesto.

Es de destacar que a pesar de la buena voluntad con que han actuado los autores del folleto repartido y sometido a discusión, en cuanto hace relación a fomentar las publicaciones culturales, buena voluntad que se evidencia al exonerar del I.V.A. a las impresiones “de libros, periódicos, revistas, folletos y publicaciones culturales, científicas y políticas”, no han atacado el problema desde sus raíces, porque si bien han exonerado del impuesto la impresión de los materiales enumerados, los que adicionalmente son sumamente necesarios para el desarrollo cultural de la población, han olvidado que en cambio se encuentra gravada la importación de papel necesario para la impresión de textos, la tinta con que van a ser impresos, etcétera, etcétera.

c) La importación de bienes.- Este es otro de los hechos generadores del I.V.A., es decir la introducción definitiva de un bien al país, cabe resaltar que la introducción del bien, deberá ser hecha efectivamente en forma definitiva, no causándose en caso contrario (v. g. internación temporal) el impuesto aludido. La reforma propuesta, contempla únicamente tres casos de exoneración para este hecho generador; así: Los bienes que introduzcan al país el Gobierno Nacional, los Consejos Provinciales y Concejos Municipales; Los diplomáticos y funcionarios de Organismos Internacionales, Regionales y Subregionales, en caso de encontrarse liberados de impuestos, y; Las Instituciones sin fines de lucro, previa certificación concedida por la Dirección General de Rentas.

Doctrinalmente, los enumerados son los únicos hechos generadores que han sido aceptados por la mayoría de países, que han adoptado al Impuesto al Valor Agregado en su legislación, países entre los que se

encuentran casi todos los de Latino América; sin embargo los autores de la reforma han decidido, por su cuenta y riesgo, el incluir otros hechos generadores del I.V.A. así han incluido como hecho generador, la transferencia de bienes inmuebles (todas las transferencias o entrega de bienes que hasta ahora hemos mencionado, se referían exclusivamente a bienes muebles), gravándolos bajo un “régimen de excepción” con una “tasa” del 1,5% sobre el valor de la transferencia, sin explicar mayormente si esta “tasa” es una especie o no del Impuesto al Valor Agregado; lamentablemente al quedarse el planteamiento de Reforma Estructural exclusivamente en declaraciones filosóficas y del espíritu de la Ley, no podemos comentarlas ya que no disponemos de un proyecto de articulado en el que se determinen claramente las transferencias y los servicios a ser gravados o no.

Tarifa del I.V.A. en el Ecuador

La tarifa del impuesto al valor agregado, será del 10 por ciento, manteniéndose por tanto la misma tarifa que venía siendo aplicada al impuesto a las transacciones mercantiles, pero adicionalmente se crea un régimen de excepción, para el impuesto a la venta de inmuebles y para las transferencias de bienes (maquinaria, equipo, instrumentos y accesorios) que se destinen a actividades agropecuarias o forestales, medida encaminada a la promoción de este tipo de industria, régimen para el cual se ha establecido una tarifa única del 1,5 por ciento.

Por otra parte se mantiene en vigencia la figura de el crédito fiscal, en la misma forma en que ahora se encuentra vigente en la Ley de Impuesto a las Transacciones Mercantiles y Prestación de Servicios, mecanismo que permite descargar el peso del impuesto respecto de ciertas operaciones.

Sujeto activo del tributo

El sujeto activo o ente acreedor del Impuesto al Valor Agregado, evidentemente es el Fisco, el mismo que lo administrará a través del Ministerio de Finanzas y Crédito Público.

Sujeto pasivo del tributo

El Código Tributario lo define en su artículo 23 como: “la persona natural o jurídica que, según la Ley, está obligada al cumplimiento de las prestaciones tributarias, sea como contribuyente o como responsable”.

La recaudación del Impuesto al Valor Agregado, operará a través de agentes de percepción, siendo éstos, aquellos a quienes el Código Tributario en su artículo 28 define como: “personas naturales o jurídicas que, por razón de su actividad, función o empleo y por mandato de la Ley o del Reglamento, estén obligadas a recaudar tributos y entregarlos al sujeto activo.” La responsabilidad de estos agentes de percepción es directa para con el sujeto activo del tributo, cuando el tributo haya sido percibido y solidaria cuando no se haya ejecutado la percepción o si se lo ha hecho solamente en forma parcial.

Ahora limitándonos a la figura del contribuyente, vemos que es la persona, natural o jurídica, sobre la cual se verifica el presupuesto mencionado en la Ley como hecho generador y que de acuerdo con los lineamientos del proyecto sometido a debate serán;

- 1) Las personas que desarrollen actividades o ejecuten actos gravados (adquirir un bien gravado);
- 2) Las personas que utilicen servicios gravados;
- 3) Las personas que importen definitivamente al país bienes gravados.

Es importante señalar que el I.V.A. únicamente gravará las operaciones enunciadas, cuando éstas sean realizadas dentro del territorio ecuatoriano.

Ahora, refiriéndonos al Estado Ecuatoriano como Sujeto Pasivo de Impuestos, como lo plantea al Gobierno en su reforma estructural, debemos hacer las siguientes consideraciones:

Todos los dineros que administra y utiliza el Estado, entran a la denominada Cuenta Unica del Tesoro Nacional; ahora, de acuerdo con la propuesta, el Estado al convertirse en Sujeto Pasivo de Tributos, para satisfacerlos deberá obtener fondos de la mencionada cuenta, los valores pagados en concepto de tributos, hasta que nuevamente y por otra vía, distinta a la cual salió, vuelvan a ingresar a la Cuenta Unica del Tesoro, deberán recorrer un largo camino lleno de gastos administrativos y burocráticos que harán que no vuelvan en la misma proporción en la que salieron, convirtiendo el pago de tributos por parte del Estado en un círculo vicioso en el cual se pierden recursos; pero aún queda otro argumento por analizarse, si partimos de que el Estado, el Fisco es el sujeto activo del tributo, y el mismo Estado está obligado a convertirse en sujeto pasivo del mismo tributo, opera la figura jurídica, que es un modo de extinguir obligaciones y que conocemos como Confusión, al conjugarse o confundirse en una misma persona las calidades de sujeto activo y pasivo del tributo; el Código Tributario reconoce expresamente a la Confusión como un modo de extinguir la obligación tributaria y en su artículo 52 la define diciendo que “Se extingue por confusión la obligación tributaria, cuando el acreedor de ésta se convierte en deudor de dicha obligación...”

El Estado, como queda dicho, conforme el proyecto, ha sido exonerado únicamente del I.V.A. en las importaciones de bienes que realice.

Se deberá por tanto analizar con mayor detenimiento la conveniencia o no de que el Estado, Concejos Municipales y Consejos Provinciales, quienes son o persiguen el orden público y que son sujetos activos de tributos, se conviertan en sujetos pasivos de la totalidad o parte de los mismos, o si por el contrario es conveniente el establecer exoneraciones en beneficio de aquellos. En refuerzo de esta última posición tenemos al artículo 34 del Código Tributario el que establece exenciones generales para todos los impuestos en favor del Estado, Municipios y Concejos Provinciales.

Para concluir este breve análisis, diremos que el proyecto de “Reforma Estructural al Sistema Tributario Ecuatoriano” planteado por el Gobierno Nacional, esfuerzo que viene a sumarse a otros proyectos de Reforma que en las últimas décadas han venido planteándose por diversas instituciones y personas particulares, estudiosos del Derecho Tributario, es sumamente positivo en cuanto al ser la Ley Tributaria una Ley de tipo social, debe estar siempre pendiente del avance de la sociedad y por tanto actualizándose de manera permanente. Lamentablemente el proyecto de reforma estructural, al menos a la fecha presente, ha mostrado únicamente los lineamientos filosóficos de la reforma, sin dar a conocer el texto y el articulado que se propone reformar, asunto éste mucho más importante y sobre el cual se podrán realizar mayores precisiones y comentarios sin temor a caer en subjetivismos cuando se pueda disponer de él. De no someter, también por un tiempo prudencial, al debate nacional los proyectos de Ley que se vayan a expedir en materia tributaria y por el contrario enviarlos al Congreso Nacional bajo el mecanismo de “emergencia económica”, corremos el serio riesgo de que quienes redacten la Ley no hayan sabido interpretar en toda su magnitud las observaciones que varios importantes sectores han realizado a la propuesta del Gobierno y que en lugar de obtener un sistema tributario, se lo complique y se lo vuelva aún más enmarañado; sobre esto tenemos el ejemplo de la Ley 006 de Control Tributario y Financiero y su Reglamento General de Aplicación, los cuales, a pesar de su corta vigencia, han debido soportar ya múltiples reformas, que en todo caso obedecen al apresuramiento con el que la Ley y su Reglamento fueron dictados.

Adicionalmente, previa a la Reforma Tributaria o paralela a la misma, se hace necesaria una Reforma Administrativa, que vuelva a la Administración Tributaria más eficiente, caso contrario, de mantenerse a la Administración en el permanente letargo en el que se halla sumida desde hace varias décadas, nunca podrá tener éxito ninguna Reforma Tributaria por mejor intencionada que fuera; en decir de los administrativistas, una Ley no es buena por la bondad de sus preceptos, sino por la capacidad de la

Administración para aplicarla. La Reforma Tributaria, deberá convertirse, como tantas veces se ha dicho, en un Objetivo Nacional Permanente, más allá de los vaivenes propios de la política, guardando incluso de un gobierno a otro la coherencia necesaria que permita el tener un verdadero Sistema Tributario.

Bibliografía

- Cosciani, Cesare, *El Impuesto al Valor Agregado*.- Ed. Depalma, 1969, Buenos Aires.
- Durango, Washington, *Legislación Tributaria Ecuatoriana*.- Ed. Universitaria, 1979, Quito.
- Garcés Moreano, Rodrigo, *Fundamentación del Código Tributario*.- Escuela de Capacitación de Rentas Internas, Quito, 1976.
- Illanes, Luis, *Evolución de la Imposición al Consumo*.- Centro Interamericano de Estudios Tributarios, Costa Rica, 1984.
- Valdés Costa, Ramón, *El I.V.A. y los Servicios Personales*.- Ediciones Jurídicas, Montevideo, 1982.
- Apuntes de la XXX Semana de Estudios de Derecho Financiero.- Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1984.
- Ley de Impuesto a las Transacciones Mercantiles y Prestación de Servicios*.- Corporación de Estudios y Publicaciones, 1987.
- Reforma Estructural del Sistema Tributario Ecuatoriano, 1989*.- Propuesta para la Discusión Nacional.- Ministerio de Finanzas y Crédito Público, Quito, 1989.

DERECHO ADMINISTRATIVO

La sentencia en el proceso contencioso administrativo

Dr. Gonzalo Muñoz Sánchez

Impugnado un acto administrativo ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la legalidad o ilegalidad del mismo, tiene que ser establecida por el Órgano Jurisdiccional mediante la sentencia. Cuando el proceso contencioso administrativo llega a su culminación mediante esta forma, decimos que el proceso ha tenido un desarrollo normal. La sentencia en el proceso contencioso administrativo pone fin al conflicto que se ha suscitado entre las partes, “la sentencia se caracteriza porque, al mismo tiempo que pone término al proceso contencioso administrativo, debe emanar necesariamente de un órgano jurisdiccional.”¹

Clases de sentencias

La sentencia en el proceso contencioso administrativo, por la peculiaridad y especialidad del mismo, se la ha clasificado de las siguientes formas:²

a.- Sentencia de inadmisión

La sentencia de inadmisión se caracteriza porque en ella el Tribunal desecha la demanda, sin haber llegado al fondo del asunto, es decir sin analizar el punto controvertido que ha generado el proceso contencioso administrativo; generalmente, el motivo en el cual se funda el Tri-

1. Jirón Vargas Enrique, ob. cit., pág. 103

2. Rafael Bielsa no está de acuerdo con esta clasificación.- Ver sobre Lo Contencioso Administrativo.

bunal para declarar inadmisibile la demanda, es su incompetencia para conocer sobre el asunto que ha sido puesto a su consideración, o en su defecto, la caducidad del recurso contencioso administrativo.³ La sentencia de inadmisión se produce, antes de que el Tribunal analice el fondo del litigio, pues es obligación del Tribunal estudiar en forma previa, los motivos que podrían causar la inadmisibilidad del recurso; al respecto, los Magistrados del Tribunal Supremo Español Trujillo, Quintana y Bolea, manifiestan: “para que el Tribunal se enfrente con el problema de fondo, es necesario que previamente, se haya superado la fase de inadmisión, rechazados los motivos que pudieran dar lugar a ésta, es cuando, en resolución de dicha cuestión de fondo, deberá dictarse la sentencia, bien sea de estimación o desestimación”.⁴

b.- Sentencia de estimación

La sentencia de estimación es aquella en la cual el Tribunal acepta la demanda propuesta por el actor, la aceptación se produce al haberse comprobado la ilegalidad del acto administrativo impugnado. En este tipo de sentencia el Tribunal invalida el acto o disposición por adolecer de vicios legales, esto es, por haber sido dictado, violando expresas normas legales o reglamentarias, o al haberse omitido ciertas formalidades en el procedimiento de su formación en vía administrativa. En la sentencia de estimación, el Tribunal además de invalidar el acto o disposición, ordena que las cosas vuelvan a su estado anterior; por otra parte, de ser procedente, señala los daños y perjuicios que deberán pagarse al administrado como consecuencia de tal declaratoria.

c.- Sentencia de desestimación

La sentencia de desestimación es aquella en la cual el Tribunal desecha la demanda, y por consiguiente confirma el acto o disposición impugnados. La desestimación del recurso interpuesto se produce cuando el Tribunal declara que el acto administrativo impugnado cumple con todos los requisitos señalados por la ley para su plena validez; en estos casos, si el actor ha intervenido en el proceso con manifiesta temeridad y mala fe, el Tribunal le condenará en costas; al respecto, refiriéndose a este tipo de sentencia, Carlos García Oviedo nos dice “se desestimará el recurso cuando se ajustare a derecho el acto disposición que en él hubiera sido objeto de impugnación”.⁵

d.- Nulidad de actuaciones

El capítulo VI de la ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa, se refiere a la nulidad de las resoluciones en la instancia administrativa y

3. La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, establece el término de 90 días para el recurso objetivo. - Ver art. 65.

4. Trujillo J. y otros, ob. cit., pág. 103. T. 2.

5. García Oviedo Carlos, ob. cit., pág. 688

de lo contencioso administrativo; al respecto, el artículo 39 de la citada ley, al referirse a las causas de nulidad de una resolución o del procedimiento administrativo, enumera las siguientes:

- a. La incompetencia de la autoridad, funcionario o empleado que haya dictado la resolución o providencia.
- b. La omisión o incumplimiento de las formalidades legales que se deben observar para dictar una resolución o iniciar un procedimiento de acuerdo con la ley cuya violación se denuncia, siempre que la omisión o incumplimiento causen gravamen irreparable o influyan en la decisión.

El artículo 60 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, establece una carga para el Tribunal, al decirnos que éste, al tiempo de dictar sentencia, examinará conjuntamente los vicios de nulidad y la cuestión o cuestiones controvertidas. Si el Tribunal llegare a declarar la nulidad del trámite administrativo, ordenará la reposición del mismo al estado que correspondiere.

Cuando el proceso contencioso administrativo adoleciere de vicios que causen su nulidad, ésta será declarada por el Tribunal y se ordenará la reposición del proceso al estado que correspondiere, en este caso y por los vicios de nulidad que adolece el proceso, estos se convierten en un impedimento para que el Tribunal dicte sentencia, la misma que se emitirá, el momento en que el proceso, saneado de los vicios que originaron la declaratoria de nulidad, llegue a esta fase.

e. Sentencia dictada en apelación

Por regla general, el proceso contencioso administrativo, principia por demanda, como excepción a esta regla, encontramos casos en los cuales el Tribunal por expreso mandato de la ley, se convierte en revisor de las sentencias dictadas por órganos de justicia administrativa. Cuando ello sucede, el Tribunal actúa como órgano jurisdiccional de segunda y última instancia, confirmando o revocando el fallo dictado por el juez inferior. Los casos en los cuales se produce esta situación son los siguientes:

1. El artículo 24 literal c) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, confiere al Tribunal competencia para conocer y resolver en apelación de las Resoluciones de la Junta de Reclamaciones.
2. El artículo 4 del Decreto Supremo No. 11-89, de 28 de febrero de 1977, publicado en el Registro Oficial No. 291 de 9 de marzo del mismo año, confiere al Tribunal competencia para conocer y resolver en apelación de las resoluciones de la Comisión Especial de Límites Interno de la República.
3. El artículo 10 de la Ley de Hidrocarburos, establece que de las sentencias del Ministro de Energía y Minas, cuando dicho funcionario actúa como Juez Especial de Hidrocarburos, se podrá apelar ante el Tribunal

de lo Contencioso Administrativo en el término de cinco días.

En la sentencia dictada en apelación, el Tribunal examinará si el fallo recurrido cumple con todos los requisitos legales para su plena validez, además, si se han actuado todas las pruebas pertinentes, caso contrario tiene la facultad para ordenar de oficio las que considere indispensables.

Formalidades de la sentencia

El artículo 41 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa, dispone que concluido el término de prueba, el Tribunal dictará sentencia dentro de doce días, sobre este punto Julio Palacios expresa: “esa disposición nunca afecta a los Magistrados Judiciales, cuya independencia debe ser respetada, sin que penas pecuniarias o de otra clase, vengan a señalarles el deber de pronunciar una sentencia, cuando no están habilitados para hacerlo, ya sea por las dificultades que el proceso ofrezca, ya sea por exceso de trabajo, ya por otras causas justificadas”⁶. En la práctica es indudable que dicha disposición no se cumple, por lo que considero indispensable una reforma a la ley ampliando el plazo que el Tribunal tiene para dictar la sentencia, pues a no dudarlo, el proceso contencioso administrativo en muchas ocasiones es complejo y reviste mayor dificultad que otros procesos.

Para que exista resolución del Tribunal se necesita dos votos conforme, por lo menos. Si por discordancia no pudiere obtenerse mayoría, se llamarán tantos Conjueces cuantos fueren necesarios para formarla. Firmarán las resoluciones todos los Magistrados y Conjueces que hubieren votado, aún cuando alguno o algunos hayan sido de opinión contraria a la de la mayoría. Los votos salvados se redactarán por separado y se notificarán a las partes conjuntamente con la sentencia de mayoría.

Contenido de la sentencia

La sentencia dictada en el proceso contencioso administrativo, debe ser clara, precisa y congruente, al resolver el asunto controvertido, “la sentencia debe ser clara en todas sus partes, pero principalmente en su fallo, que es donde se condensa la declaración de voluntad del Tribunal.”⁷

Si la sentencia no cumple con los requisitos anotados, las partes podrán solicitar su aclaración, si la misma fuere obscura, o su ampliación cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, cabe

6. Palacios Julio, ob. cit., pág. 209

7. Trujillo J y otros, ob. cit., pág. 448

mencionar que el Tribunal por ningún motivo puede revocar o alterar el sentido de la sentencia pronunciada.

Efectos de la sentencia

“Las decisiones de todo Tribunal contencioso administrativo pasadas en autoridad de cosa juzgada son obligatorias y ejecutorias”⁸, en esta forma se pronuncia Rafael Bielsa al hablarnos del efecto de la sentencia en el proceso contencioso administrativo, al respecto diremos que la sentencia es una ley para las partes, mediante ella termina en forma normal el proceso contencioso administrativo, al fallar el Tribunal sobre el asunto controvertido que fue el que originó la iniciación del proceso, el fallo del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, una vez ejecutoriado tiene que ser cumplido por las partes, salvo los casos expresamente contemplados en la ley, y que van a ser analizados posteriormente.

La ejecución de la sentencia

El artículo 62 de la ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa expresa que las sentencias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo se notificarán a las partes y se ejecutarán en la forma y términos que en el fallo se consignen, bajo la personal y directa responsabilidad de la autoridad administrativa a quien corresponda.

La ejecución de las sentencias en el proceso contencioso administrativo tiene singulares características, pues “en la materia contencioso administrativa tal ejecución presenta especiales dificultades, debido al hecho de que sea precisamente una de las partes en el proceso quien se encarga de la misma”⁹, precisamente, la ejecución de la sentencia en el proceso contencioso administrativo, le corresponde al órgano administrativo demandado, cuando se haya aceptado la pretensión del actor.

“El fin último de la justicia será obtenido siempre que las decisiones jurisdiccionales sean debidamente llevadas a la práctica, y se dote a los litigantes de la posibilidad de obtener los medios coercitivos necesarios para conseguirlo”¹⁰; en efecto, las sentencias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo deben ser cumplidas por las partes a las cuales afecta, en esta forma se materializa la razón de ser de la justicia y de la jurisdicción contencioso administrativa, al constituirse en revisora de los actos y disposiciones emanados de la Administración Pública que han causado estado y han sido impugnados ante ella, para que ésta se pronuncie sobre su

8. Bielsa, Rafael, ob. cit., pág. 343

9. Trujillo J. y otros, ob. cit., pág. 114

10. Jirón Vargas, Enrique y otros, ob. cit., pág. 167

legalidad o ilegalidad.

Procedimiento para la ejecución de la sentencia

Ejecutoriada una sentencia dictada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, ésta ingresa a la fase de ejecución, en este punto, es necesario distinguir dos situaciones:

- a. Si el Tribunal declara ilegal un acto administrativo, la ejecución de la misma “corresponderá al órgano que hubiere dictado el acto o disposición objeto del recurso, al que se comunicarán luego de que sean firmes”¹¹, la comunicación se llevará a cabo luego de que la sentencia se encuentre ejecutoriada, la finalidad de dicha comunicación es emplazar al órgano administrativo para que en un término señalado por el Tribunal, proceda a ejecutar la sentencia dictada, aquí se pueden presentar las siguientes situaciones:
 - a) Si el acto administrativo o disposición han sido declarados ilegales, inmediatamente desaparecen del mundo jurídico.
 - b) Si de la declaración de ilegalidad, el órgano administrativo tiene la obligación de dar o hacer algo en favor del Administrado, el Tribunal le concederá un término prudencial para que la cumpla bajo las prevenciones legales pertinentes; al respecto, es necesario recalcar que la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no menciona el término para la ejecución de la sentencia, omisión que la debe suplir el Tribunal en la forma antes señalada.

En cuanto a las medidas que debe adoptar el Tribunal en orden a la ejecución de las sentencias el artículo 64 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa menciona que el Tribunal mientras no conste de autos la total ejecución de la sentencia o el pago de las indemnizaciones señaladas, adoptará a petición de parte, cuantas medidas sean adecuadas para obtener su cumplimiento, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil para la ejecución de las sentencias dictadas en juicio ejecutivo.

La imposibilidad legal o material para la ejecución de la sentencia

Por imposibilidad legal o material para el cumplimiento de una sentencia dictada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, no podrá suspenderse ni dejar de ejecutarse el fallo, a no ser que se indemnice al

11. García Oviedo, Carlos, ob. cit., pág. 696 T. 7.

perjudicado por el incumplimiento, en la forma que determine el propio Tribunal.

Cuando el órgano administrativo demandado, encargado de la ejecución de la sentencia, aduzca la imposibilidad legal o material para dar cumplimiento a la misma, esta imposibilidad, debe estar claramente demostrada, luego de lo cual si el Tribunal la acepta “el derecho a la ejecución se convertirá en el derecho de recibir una indemnización”.¹²

En la legislación Española¹³, los fallos del Tribunal Supremo, deberán necesariamente ser cumplidos por las partes, así expresamente lo dice el artículo 104 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Española “habrá que estar al contenido del fallo, el cual deberá ser llevado a puro y debido efecto”.

En la citada legislación, el órgano administrativo demandado, tendrá el plazo de dos meses contados desde la notificación con la sentencia para adoptar el acuerdo de ejecución, o en su caso, el de suspensión o inejecución.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, vigente en la actualidad, tiene un vacío profundo en este aspecto, pues no menciona el término dentro del cual el órgano administrativo deberá cumplir en todas sus partes con la sentencia, aspecto que se trató de subsanar con la expedición del Decreto Supremo 1077, publicado en el Registro Oficial No. 392 de 17 de septiembre de 1973, mediante el cual se agrega una disposición a la Ley que guarda relación con la ejecución de la sentencia, la misma que menciona el hecho de que si los funcionarios o empleados administrativos que retardaren, rehusaren o se negaren a dar cumplimiento a las resoluciones o sentencias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, estarán incurso en lo preceptuado en el numeral cuarto del artículo 277 del código Penal.

Para la doctrina todos los fallos del Tribunal de lo Contencioso Administrativo deben ser cumplidos a costa de la responsabilidad penal por su incumplimiento de los funcionarios o empleados administrativos excepto en los siguientes casos:

- a. Peligro de trastorno grave del orden público, por el cumplimiento de la sentencia.
- b. Temor fundado de guerra con otro país si hubiera de cumplirse la sentencia.
- c. Quebranto en la integridad del territorio nacional.
- d. Detrimento grave en la Hacienda Pública.
- e. Cuando el fallo sea violatorio del ordenamiento jurídico vigente.

12. Entrena Cuesta, Rafael, ob. cit. pág. 357.

13. Petra Verdaguer, Francisco, Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Todos estos casos deben estar plenamente justificados, respecto al cuarto caso, cuando el órgano administrativo demandado sea condenado al pago de una cantidad, se discutirán los medios para que dicho pago se realice y sea menos gravoso para el Presupuesto del Estado.

Referente al quinto caso, la cuestión se volvería absolutamente compleja, puesto que la jurisdicción contencioso administrativa, no admite el recurso de casación.

DERECHO ROMANO

El vínculo de la obligación jurídica en el Derecho Romano

Dr. Manuel Romero Gross

La mayoría de Jurisconsultos y Tratadistas del Derecho Romano afirma que la parte más sobresaliente y destacada del sistema jurídico de Roma está constituida sin lugar a dudas por la teoría y práctica de las obligaciones jurídicas, ya sea por su claridad y acierto, ya sea por su genial estructura, que ha mantenido intangible su vigencia a través de siglos y milenios, sin que haya podido ser superada por nuevas perspectivas y ordenamientos de ese género.

Otto Gierke, citado por el Profesor Fritz Schulz ¹, dice: “La victoria del Derecho Romano fue más completa en el ámbito del Derecho de Obligaciones que en cualquier otro. Indudablemente, este Derecho constituye la más perfecta creación del genio jurídico de Roma, aplicable al comercio mundial y desarrollado lógicamente hasta sus más sutiles consecuencias, meta ésta que en Derecho Germánico difícilmente hubiera sido alcanzada. Ofrece este Derecho, aparte lo dicho, un carácter universal, no se pliega servilmente a las condiciones especiales de la vida económica y social de Roma como se pliegan otras partes del Derecho Romano. Así pues, el Derecho de Obligaciones ocupa el trono de la jurisprudencia y ha mantenido su poder soberano hasta el presente”. El mismo Schulz añade ²: “Considerado desde este punto de vista, el Derecho Romano de Obligaciones es indudablemente una obra única y realmente grandiosa en la historia de la ci-

1. Fritz Schulz: *Derecho Romano Clásico*.- Derecho de Obligaciones, pág. 442.- Bosh Casa Editorial, Barcelona, 1960.

2. Fritz Schulz: *Ib.*

vilización humana”.

Ante esta elocuente exaltación de la institución jurídica romana, cabe preguntarnos: ¿cuál es el elemento primordial y básico, el núcleo central del cual derivan las excelentes virtualidades que caracterizan al conjunto?

Creemos poder dar una cabal respuesta a esta interrogante, si examinamos la idea de obligación jurídica que nos proporcionan las propias fuentes del Derecho Romano a nuestro alcance.

Las Instituciones de Justiniano, en el Título XIII del Libro III, nos dan este concepto: “Obliga es iuris vinculum, quo necessitate adstringimur, alicui solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura”. (La obligación es un vínculo jurídico, en virtud del cual nos vemos apremiados por necesidad, a satisfacer lo que corresponde a otro, según las leyes de nuestra ciudad”.³

El Profesor Arangio Ruiz ⁴ sostiene que esta definición recogida por Justiniano y elaborada por un glosador posterior a Gayo, adolece de grave defecto en lo que respecta al objeto de la obligación “alicuius solvendae rei”. Sin embargo, encuentro personalmente de mucho valor e interés la designación y descripción del elemento central del concepto de la obligación jurídica, esto es del “iuris vinculum, quo necessitate adstringimur”.

En efecto, aquí se destaca que lo esencial y trascendental de la obligación jurídica romana es este vínculo, cuyos antecedentes, naturaleza, propiedades y características vamos a analizar en forma particular.

La primitiva sociedad romana, como toda colectividad humana, hubo de constatar que su razón fundamental de ser era la prestación de ayuda y servicios mutuos entre los asociados. Lo difícil y problemático era cómo recabar esta ayuda y servicios en forma armónica y equitativa, con agilidad, oportunidad y seguridad, sin opresión ni explotación, sin abuso ni quebrantamiento de la libertad individual y en perfecta coherencia con el bien común.

Otras sociedades más antiguas habían tratado de alcanzar algunos de estos objetivos mediante imposiciones autoritarias, planificaciones forzadas o sistemas teóricos, cuyos resultados fueron muchas veces contraproducentes, deficientes o incompletos.

Tampoco fue tarea fácil para el pensamiento e instinto jurídicos de Roma encontrar este delicado mecanismo. En sus primeros siglos, los primeros elementos e ingredientes de la futura institución aparecen curiosamente en el campo penal.⁵

3. Instituciones de Justiniano.- Edición bilingüe, pág. 236.- Editorial Heliasta, S.R.L., Buenos Aires, 1976.

4. Vicezo Arangio Ruiz: Instituciones de Derecho Romano.- Las Obligaciones.- Cap. XII: Concepto y desarrollo histórico de la “obligatio”, págs. 315 y 316.- Traducción de la 10a. edición italiana, por José M. Caramés Ferro.- Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1973.

5. El Profesor Pietro Bonfante afirma categóricamente: “La fuente primitiva de la obligación es el delito”.- (Curso de Derecho Romano.- Volumen IV: Las Obligaciones.- Concepto de obligación, pág. 35.- Dott. A. Giuffrè Editore, Milano).

Frente a la burda aplicación de la antigua ley penal del talión, surge la valiosa iniciativa privada del pueblo romano en busca de un sistema más racional y humano, que brinde a la víctima particular del delito una satisfacción más efectiva y civilizada que el simple ejercicio de una venganza primitiva.

El resultado fue la denominada “*compositio voluntaria*” o arreglo privado ente víctima y delincuente, para que éste último, en vez de sufrir un daño personal, igual al que había ocasionado, se librase de él *sujetándose* al cumplimiento de una prestación pecuniaria en favor del agraviado.

Esta *sujeción* es el primer antecedente del vínculo obligacional. En la práctica jurídica de los primeros siglos de Roma, se instrumentaba a través del “*nexus*” (nexo, atadura, liugamen), ceremonia jurídica solemne descrita en sus principales rasgos por los Manuales de Derecho Romano, cuyo principal efecto era establecer una literal atadura jurídica del reo deudor para con la víctima acreedora⁶. En caso de no cumplir oportunamente la prestación pecuniaria convenida, el “*nexus*” o atadura jurídica funcionaba automáticamente y el delincuente (nectus) adquiría la condición de “*addictus*”(*) y, mediante la “*manus iniectio*”(**), pasaba a poder del acreedor agraviado en calidad de prisionero doméstico por el lapso de sesenta días, como última vía de apremio personal para obtener el cumplimiento de la prestación requerida. En caso de no obtenerlo, la ejecución del “*nexus*” se concretaba en la venta como esclavo o en la muerte violenta del delincuente incumplido.

Este mecanismo drástico, que se comprende y en parte se justifica por su origen delictual, fue trasladado y aplicado al campo convencional y contractual. Se puede deducir que los primeros jurisconsultos (sacerdotes y pontífices) y autoridades de Roma, impresionados por lo eficaz que debió ser el sistema y guiados por esa ancestral y peculiar costumbre romana de calcar y sobreponer las nuevas instituciones en el esquema y terminología de las antiguas, aunque fueran de distinta índole, juzgaron conveniente y apropiado para un sólido fundamento y un marco de solvencia y seriedad a la realización y cumplimiento de las convenciones y contratos, adoptando para este fin el ceremonial del “*nexus*” con todas las rigurosas consecuencias antes mencionadas.

1979).- Sin embargo, otros Autores, como Arangio Ruiz (Ob. cit.), Emilio Betti (La estructura de la obligación romana y el problema de su génesis.- Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1955), sostienen lo contrario, es decir, que la primera fuente cronológica de la obligación jurídica fue el contrato o convención y que el mecanismo del “*nexus*” se aplicó posteriormente al delito privado.- Fundados en la lógica jurídica expuesta en nuestro artículo, nos adherimos a la primera opinión, como la más probable.

6. Arangio Ruiz dice: “El obligatus no es un deudor en el sentido moderno sino una persona sobre la cual el acreedor puede tomar satisfacción en caso de incumplimiento”.- (Ob.cit., pág. 436).

(*) implicado, acusado, sindicado, prisionero.

(**) ceremonia procesal, en cuya virtud el delincuente, acusado o demandado era colocado oficial y materialmente bajo la potestad o dominio del demandante, o sea, de la parte contraria.

El eminente Romanista Italiano, Emilio Betti ⁷, aún cuando defiende la prioridad histórica de las obligaciones jurídicas nacidas de contrato sobre aquellas nacidas de delito, afirma, sin embargo, categóricamente: “El procedimiento ejecutivo asignado a la original obligación constituída mediante negocio jurídico *debe ser, por lo demás, una derivación histórica del primitivo procedimiento penal-privado de la “manus iniectio”*”.

En esta forma comienza a perfilarse el concepto de que aquello que es engendrado y producido por las convenciones, los contratos y por ciertos delitos es algo caracterizado esencialmente por aquel “nexus”, aquella atadura real jurídica, que sujeta férreamente al deudor bajo la potestad del acreedor y le constriñe y apremia ineludiblemente a cumplir la prestación respectiva, bajo la amenaza cierta de perder su libertad personal y su vida.

Las posteriores contingencias sociales y políticas de Roma, así como la evolución y ampliación de sus conocimientos y doctrinas jurídicas, permiten a los prudentes y jurisperitos de la época pretoriana hacer un examen más profundo del procedimiento anotado. Sus conclusiones se plasman en la famosa “Lex Poetelia Papiria”, dictada en el año 325 o 326 antes de la era cristiana. Tito Livio ⁸ califica a esta ley como “aurora de libertad”, ya que eliminó el sistema de responsabilidad personal física del deudor de la obligación jurídica y lo transformó en un sistema de responsabilidad patrimonial.

Es en este momento, en que el vínculo de la obligación jurídica sufre una transformación trascendental y adquiere aquella naturaleza tan ponderada y digna de elogio en el campo del Derecho. En adelante, ya no es aquella atadura ominosa y opresiva que subyuga física y personalmente al sujeto deudor, sino una relación vigorosa y real que se concreta e incide en su patrimonio, apremiándole en su proyección económica a satisfacer un legítimo interés del acreedor. Es decir, pasa del antiguo campo punitivo penal en que nació, al nuevo campo económico patrimonial, que encaja mejor con su naturaleza, sobre todo en las obligaciones nacidas de contrato. El mismo Tito Livio comenta: en adelante “*pecuniae creditae bona debitoris non corpus obnoxium esset*” (en adelante, los bienes y no el cuerpo del deudor debían responder de su deuda).⁹

El gran Jurisconsulto Paulo ¹⁰ recalca: “*Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod (aliquis) corpus nostrum aut servitutem nostram faciat (suos), sed ut alium (alius) nobis obstringat ad aliquid dandum, vel*

7. Emilio Betti.- Ob. cit., pág. 118.

8. Tito Livio (VIII-28), citado por José M. Caramés Ferro. (Curso de Derecho Romano, 10a. edición.- Evolución histórica de las obligaciones, pág. 36.- Editorial Perrot, Buenos Aires, 1976.

9. Tito Livio.- Ib.

10. Martha Morineau Iduarte y Román Iglesias González.- Derecho Romano.- Cap. 6: Las Obligaciones, pág. 139.- Colección Textos Jurídicos Universitarios.- Ed. Harla, México, 1987

faciendum, vel praestandum”, cuya traducción correcta y más acorde con los antecedentes expuestos sería en nuestro criterio la siguiente: “La esencia de las obligaciones no consiste en que alguien se apodere de nuestro cuerpo o nos reduzca a esclavitud, sino en que otro nos apremie a dar, hacer o prestar algo”. Sin embargo, otros autores romanistas traducen dicha frase en este otro sentido: “La sustancia de las obligaciones no consiste en que se haga nuestra una cosa corporal o una servidumbre, sino en exigir que se constriña a otro a darnos, hacernos o prestarnos alguna cosa”¹¹, en cuyo caso Paulo habría querido establecer la diferencia esencial entre los derechos reales y los personales.

Sin entrar en mayor discusión sobre dicha sentencia, lo que importa ahora es precisar la nueva naturaleza que adquiere el vínculo de la obligación jurídica.

En la nueva situación y perspectiva, este vínculo es una relación de carácter jurídico, esto es, una conexión, correspondencia, trato o comunicación de un sujeto capaz, de derecho, con otro de igual categoría; relación que es establecida, contemplada, regulada, amparada y sancionada por el Derecho. Esta relación no es igual a otras relaciones jurídicas, en las que se presupone que los sujetos, términos de la relación, están en un plano o nivel de igualdad. Por el contrario, la relación del vínculo obligacional establece una gradación de subordinación del sujeto pasivo para con el sujeto activo. Esta subordinación no es física, no es permanente ni indefinida, no es total, ni siquiera amplia. Tampoco es meramente moral, de buena voluntad o ficticia. Es una subordinación real en el campo del Derecho, que, sin violentar ni oprimir la libertad individual ni la autonomía del sujeto pasivo ¹², puede hacerse efectiva mediante mecanismos especiales contemplados expresamente en la ley, como son la acción y la excepción procesales y las vías de apremio judiciales. Esta subordinación tampoco va en desmedro de los intereses y derechos legítimos del sujeto pasivo, únicamente le impone la observancia de una actitud o comportamiento racional, determinado, lícito y posible en provecho del sujeto activo.

Es tan real esta relación de subordinación, que normalmente produce en el sujeto pasivo hasta un estado psicológico de conciencia de apretura, de cierta sutil ansiedad, descrita magistralmente por aquellos términos de la definición: “quo necessitate adstringimur”, que puede traducirse: “por cuya virtud, somos constreñidos, apretados, apremiados, empujados a una situación de necesidad”.

Visto así este vínculo de la obligación jurídica, su diferencia es obvia

11. José M. Caramés Ferro.- Ob. cit., pág. 28.

12. José Arias Ramos.- Derecho Romano.- II Volumen.- Obligaciones: Cuestiones doctrinales e históricas en torno al concepto de obligación, págs. 548-549.- Editorial Reavista de Derecho Privado, Madrid, 1966.

respecto de otros débitos jurídicos, como los familiares y los de sometimiento a las leyes y a las autoridades legítimas. Pero esta diferencia se hace más nítida y aparece más claro el perfil del vínculo de la obligación jurídica, si examinamos sus propiedades y características principales.

La primera propiedad o consecuencia que se deriva del vínculo en mención, es la facultad o potestad del sujeto activo de exigir, incluso coactivamente por los medios jurídicos antes anotados, que dicho vínculo se traduzca en el cumplimiento de la prestación correspondiente por parte del sujeto pasivo. A su vez, el vínculo se concreta en el establecimiento del débito y de la correspondiente responsabilidad económico-patrimonial a cargo del sujeto pasivo. Precisamente, la coacción del sujeto activo puede ejercerse exclusivamente en la responsabilidad patrimonial, mientras queda a salvo la libertad y autonomía del sujeto pasivo en lo que respecta al voluntario cumplimiento o incumplimiento del débito.

Una importante nota característica de este vínculo es que la subordinación que impone al sujeto pasivo para con el sujeto activo, se concreta en un plano sumamente limitado y determinado, bajo un aspecto concretísimo, que no ahoga ni entorpece las aspiraciones y libertad de acción en general del primero. Además es una relación determinada de un sujeto activo determinado con un sujeto pasivo determinado.

Más todavía, este vínculo tiene un carácter intrínseco de eminente transitoriedad. Su existencia y vigencia son *per se* efímeras y es algo inherente a su propia naturaleza el llamado a desaparecer en forma breve, ya que por lógica las obligaciones jurídicas están destinadas esencialmente a cumplirse y con ello, a extinguirse en el más breve lapso posible. Cuando falle o no pueda cumplirse la obligación jurídica por cualquier motivo, aparecerán otros medios jurídicos que ineludiblemente provocarán la eliminación del vínculo correspondiente.

Rudolf Von Ihering¹³ y algunos otros Romanistas sostienen que no es característica peculiar de las obligaciones jurídicas el tener un contenido económico, pero sí es verdad que su objeto y, en lo que a nosotros respecta, su vínculo mismo tienen o pueden tener en todos los casos una perspectiva o una apreciabilidad económico-patrimonial; lo que no sucede en otro tipo de obligaciones del campo jurídico o moral. Esto se demuestra con evidencia, por cuanto las obligaciones jurídicas y su contrapartida, los derechos personales, forman incontrovertidamente parte del patrimonio de una persona y, además, pueden negociarse, cederse o transferirse como cualquier otro valor económico.

Al recapitular lo expuesto sobre el vínculo de la obligación jurídica,

13.- Rudolf Von Ihering.- Estudios Jurídicos.- Del interés en los contratos y de la supuesta necesidad del valor patrimonial de las prestaciones anteriores.- Cap. I: Consideraciones Legislativas, págs. 89 a 100.- Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1974.

aparece con claridad meridiana que los Jurisconsultos romanos nos legaron un instrumento delicado y maravilloso, que permite a quienes viven bajo un régimen de derecho, encontrar y utilizar la necesaria e imprescindible cooperación y ayuda de los demás, en todos los órdenes de la vida: material, corporal, psíquico, psicológico, intelectual y espiritual, no sólo en el limitado campo del altruismo y buena voluntad, sino en la aplicación mutua y en el entrecruzamiento en grado infinito de relaciones y vínculos de obligaciones jurídicas. Esa mutua colaboración se hace realidad en forma seria, efectiva y suficiente en el campo privado y en el social y público, preservando al propio tiempo la libertad y autonomía de los sujetos de Derecho.

El amparo jurídico del deudor de mutuo y su aplicación a la deuda externa del Tercer Mundo*

Dr. René Bustamante Muñoz

Debo empezar por agradecer al distinguido catedrático de Derecho Romano de la Universidad Católica del Ecuador, Dr. Manuel Romero Gross, la grata oportunidad y honor de intervenir en este importantísimo certamen que se ha organizado gracias principalmente al entusiasmo y vocacional entrega del nombrado profesor de una materia que siempre fue importante y que pensamos va cobrando cada día mayor reconocimiento de la necesidad de su vigencia y de su proyección desde las aulas universitarias hacia toda la sociedad que se regula por normas jurídicas que se inspiran en el milenario Derecho Romano siempre vigente en fundamentales principios de justicia, de equidad y de razón práctica.

A pesar de mis deficiencias para afrontar temas relacionados con el Derecho Romano a instancias de mi generoso amigo el profesor Romero Gross, yo diría que con verdadera audacia" he aceptado participar en este evento en el cual toman parte destacadas figuras tanto del Ecuador como de Italia. Qué podría decir yo, me he preguntado, en estas circunstancias, comparado con lo que pueden enseñar distinguidísimos profesores venidos de la Península Itálica, herederos directos de aquellos célebres jurisconsultos de Roma que crearon el Derecho más sabio y prudente de la antigüedad, quienes con sentido práctico y de justicia fueron resolviendo

* Ponencia presentada en el Primer Congreso Italo-Ecuatoriano de Derecho Romano

los diferentes problemas que se presentaban en las relaciones familiares y económicas de los habitantes de la Roma antigua, creando instituciones que, como he dicho, permanecen en normas jurídicas universales de los tiempos modernos.

Puedo dar testimonio como catedrático de Derecho Civil en la rama de Derecho de Obligaciones, sobre la íntima relación existente entre las Instituciones actuales y las del Derecho Romano. Frecuentemente he debido hacer en mis clases referencia al antecedente histórico en todos aquellos casos en que se manifiesta con tal nitidez que no puede dejar de darse a conocer a los alumnos durante la enseñanza del Derecho positivo ecuatoriano, desde el comienzo, con la definición de obligación y esa vigorosa e insuperable expresión del “*juris vinculum*”.

Esta circunstancia es la única que me ha alentado a intervenir ahora para referirme al tema que en este momento nos ocupa y que se concreta al contrato de mutuo.

El contrato de mutuo que es uno de los más importantes y de mayor frecuencia en la vida práctica y en ámbitos de actividades de todo orden, sea en el orden privado, sea en el orden público, y en las relaciones interestatales, es decir en las esferas de los entes públicos, como el Estado, los Municipios y otras organizaciones seccionales; sea en las instituciones financieras públicas como el Banco Central del Ecuador, Banco Nacional de Fomento, la Corporación Financiera Nacional, etc.; sea en las Instituciones Financieras Privadas como son los Bancos y las Compañías Financieras. Y esto, sin referirnos al contrato de mutuo entre simples particulares y personas individuales. Este contrato, pues, invade todos los ámbitos de la actividad económica y ocurre con intensidad que lo hace, como digo, de los principales contratos del Derecho Civil y del Derecho Comercial.

El origen de las instituciones jurídicas vigentes en nuestro país es europeo; vino desde España durante el proceso de la conquista y la colonización; a su turno fue a España desde Roma también por un proceso de la conquista y colonización de los romanos en la Madre Patria.

Así como se produjo la romanización jurídica de España, siglos más tarde se realizó la hispanización jurídica de América, manteniendo lo que se podía de las instituciones y costumbres indígenas, en uno y otro caso.

Rigieron en América hispánica la Novísima Recopilación y las Partidas. En cuanto a éstas, la Partida Quinta, que contiene el Derecho de Obligaciones y Contratos, es casi una copia del Derecho Romano sobre la materia.

De esta manera podemos decir que el Derecho civil patrio, y, en general el hispanoamericano, está constituido por influencias que nos vienen desde Roma a través de España y también del Derecho Francés, igualmente romanizado, especialmente del Código Civil de Napoleón que tan gran-

de impacto ejerció en la redacción del Código Civil Chileno que nosotros adoptamos a mediados del siglo pasado.

Desde luego, el Derecho Romano venido acá a través de tales conductos, no sólo tiene importancia para nosotros sino que tiene una importancia universal. de manera particular en países anglosajones como los Estados Unidos se le da mucho relieve y para muestra basta un botón. Si vemos el diccionario jurídico de Black, por ejemplo, hemos de encontrar una cantidad de expresiones y palabras latinas allí definidas o explicadas que realmente son propias del Derecho Romano o provenientes del mismo y nos causa admiración encontrar en un diccionario del Derecho Anglo Americano más expresiones latinas que en un diccionario del Derecho español e hispanoamericano como es el Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia de Escriche, que casi carece de ellas, aún cuando en el desarrollo de sus títulos esté lleno de referencias al Derecho Romano, como es obvio.

Al tratar de la clasificación de los contratos, nuestro Código Civil incluye una que es un verdadero trasunto de la clasificación básica de los contratos en el Derecho Romano. El artículo 1486 del Código Civil, en relación con los requisitos para el perfeccionamiento de los contratos los clasifica en contratos reales solemnes y consensuales, en los siguientes términos:

“El Contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no surte ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el sólo consentimiento”.

Por su parte, las Instituciones de Justiniano, después de haber hecho la división de las obligaciones en civiles o pretorias, dice en el párrafo dos del título trece:

“Por otra división se distinguen en cuatro especies (las obligaciones); pues nacen, o de un contrato, o como de un contrato, o bien de un delito, o como de un delito. En primer lugar tratemos de las que nacen de un contrato las cuales a su vez se dividen en cuatro especies: o están formadas por la cosa o por palabras, o por escrito, o por el sólo consentimiento. Tratemos de cada una de ellas”.

Podemos admirar en este conciso párrafo de las Instituciones el remoto origen del que hoy es nuestro artículo 1480 del Código Civil, que enumera las fuentes de las obligaciones, y también la del ya citado artículo 1486.

En el mismo orden en que lo hace nuestro Código Civil, las Instituciones mencionan en primer término a los contratos que se contraen por la cosa, re contrahuntur, que son nuestros contratos reales; luego se refie-

ren a los contratos por palabras o por escritos *aut verbis*, *aut litteris*, que vienen a estar actualmente representados por los contratos que nosotros llamamos solemnes; y finalmente se menciona a los contratos *aut consensu*, que son nuestros contratos consensuales y que se perfeccionan por el sólo consentimiento.

Fácil es comprender y estimar como muy apropiado que el contrato de mutuo haya sido seleccionado como tema de este evento, si se tiene en cuenta que entre los Romanos la forma más antigua de contraer una obligación era el *nexum* que tenía por causa un préstamo de dinero. El mutuo fue siempre entre los jurisconsultos Romanos considerado como el contrato por excelencia y del que trataron en primer lugar; originalmente no se llamaba acreedores, creditores, sino a los que habían dado un préstamo de dinero y este término se extendió posteriormente a todos aquellos a quienes se debía alguna cosa; así mismo, el deudor era el que ha tomado a préstamo el dinero de otro.

Inclusive hoy día, cuando se habla de acreedora y deudores, se piensa enseguida que lo son en virtud de un préstamo.

Sin embargo, se considera probable que las formalidades del *nexum* pudieran haber sido empleadas para conferir a otras convenciones que tenían por objeto deudas de dinero, la fuerza obligatoria que les faltaba. Las partes simulaban un préstamo, consecuencia de lo cual, el deudor estaba obligado como si hubiese realmente recibido dinero prestado.

En la época en que los romanos no conocían aún la técnica de acuñar moneda, la cantidad de metal dada en préstamo era pesada en una balanza tenida por un funcionario investido de carácter religioso, ante cinco testigos ciudadanos romanos. El acto de pesar el cobre subsistió aún después de que se conoció la manera de acuñarlo porque esta moneda aún tosca solamente tenía valor de acuerdo a su peso que era necesario comprobar. Posteriormente, después de la aparición de la moneda de plata, ya no fue necesario pesar las piezas sino que se las contaba. El uso del cobre y de la balanza ya no prestaba desde entonces utilidad material, ya no se le consideraba como parte esencial del contrato, sino más bien se lo mantuvo como un símbolo. A esta solemnidad se agregaba una declaración del acreedor que determinaba la naturaleza del acto y que contenía una autorización para emplear la ejecución *per manus injectionem* contra el deudor que no efectuaba el pago. De esta manera quedaba comprometida y respondía por el pago de la deuda la persona misma del deudor.

Muy antiguo es el préstamo no solemne al que se le llamaba *mutuum* y que apareció después de haber desaparecido el *nexum*, que era el contrato de préstamo con la solemnidad *per aes et libram*, que antes hemos descrito.

El préstamo a mutuo se constituía por la entrega simple de las cosas

prestadas transfiriendo su propiedad al prestatario. El requisito de la entrega material no se exigía rigurosamente, ni siquiera se exigía que la entrega fuese hecha por el propio prestamista o mutuante al mutuario; bastaba con que el prestamista encomendara a un tercero, por ejemplo a su deudor, la entrega de la cantidad y que éste cumpliera la orden. Aquí puede advertirse las formas de delegación, tanto la delegatio solvendi como la delegatio promitendi, que vienen a hallarse en el fondo de las estructuras de las operaciones de comercio exterior tales como las cartas de crédito y créditos documentarios en el Derecho actual. Se consideró también como existente el préstamo en el caso en que no mediaba transferencia de cosa alguna de prestamista a prestatario, como sucedía si acreedor y deudor convenían que la obligación existente entre ellos y proveniente de otra causa, por ejemplo en el concepto de precio de un contrato de compra venta, valiese en el futuro como obligación de mutuo. También se estimó que nacían las obligaciones propias del préstamo si una persona con intención de conceder crédito a otra entregaba a ésta una cosa para que la vendiese y retuviera el precio en concepto de mutuo.

Las consecuencias del nexum eran sumamente duras en los tiempos primitivos del Derecho Romano cuando se aplicaba el sistema de las acciones de la ley entre las cuales se encontraba la acción per manus injectionem o sea la acción ejecutiva de aquella época que era la conocida como la del Derecho Quiritario. Según el relato de Ortolán, en vía de ejecución se concedía para las sentencias y para la confesión de una deuda de dinero. El deudor tenía treinta días para buscar cómo cumplir esta obligación; si pasado dicho término no pagaba, el acreedor podía conducirlo delante del magistrado y cogiendo al deudor por alguna parte de su cuerpo pronunciaba unas palabras sacramentales. El deudor no podía rechazar esta aprehensión y desde entonces era declarado "nexum" y tratado como esclavo de hecho. No podía defenderse por sí mismo, como un hombre libre, sino que era necesario que presentase un fiador solvente, que lo reclamase y libertase, tomando su defensa. No haciéndolo así, por declaración del pretor y sin remitirlo ante el juez, quedaba adjudicado al demandante que se lo llevaba a su casa como prisionero. Esta situación duraba sesenta días y si sus parientes o amigos no hacían un esfuerzo para liberarle y pagar por él, terminaba la vida del ciudadano y hombre libre del deudor, pero se extinguía también el crédito de su acreedor. Sobrevenía así la esclavitud de derecho. Más aún, también se hallaba escrito en la ley el derecho del acreedor para dar muerte al deudor.

Por cierto en el Derecho Germánico eran tanto o más crueles los términos de la responsabilidad del deudor. Brunner y Von Schwerin dicen al respecto lo siguiente:

"Haftung es responsabilidad por una deuda. La persona responde con

su cuerpo, con su libertad, con su honor, con su patrimonio, o bien con uno de estos elementos de afectación. Se puede responder por deuda propia o por deuda ajena. Históricamente, la responsabilidad de tercero ha precedido la responsabilidad propia. El antiguo Derecho abandona al arbitrio del acreedor al deudor que podía pagar una deuda por multa o que no daba fiadores. El acreedor podía comportarse con él como quien pierde la paz y queda a merced de su venganza: podía matarle, mutilarle, maltratarle, reducirle a prisión o tenerle en servidumbre forzosa. En el desenvolvimiento ulterior se atenúa el arbitrio del acreedor, pero no se agota por completo ya que pone en sus manos medios coactivos para determinar que el deudor se entregue voluntariamente en servidumbre por deuda. En este sentido tenían el derecho de mutilación, que todavía se encuentra en fuentes más modernas, en cuyo ejercicio le estaba permitido, según el Derecho de la localidad noruega de Drontheim, cortar al deudor un número de miembros tal que su valor conjunto equivaliera al importe de la deuda. Pero en general el derecho del acreedor quedó limitado a permitirle tener al deudor en prisión rigurosa sin quebranto de su salud. En lugar de la prisión privada aparece más tarde, y primero en las ciudades, la custodia del deudor en prisión pública por deudas”.

Los excesos y abusos cometidos por los acreedores contra los deudores nexi determinaron hacia el año 428 de Roma, 325 antes de Cristo, se dictara la Lex de Poetelia Papiria en favor de ellos. Declaró libres a los ciudadanos nexi, prohibió encadenar a los deudores y dispuso que en lo sucesivo no responderían sus personas sino solamente sus bienes.

Hace fines de la República esta forma de ejecución personal comienza a ceder ante la ejecución patrimonial pero todavía con carácter general o de concurso que alcanzaba a todo el patrimonio. La ejecución personal se siguió practicando y sólo en algunos casos exclusivamente determinados por el edicto pretorio, la legislación imperial o el derecho de los juristas, la responsabilidad del deudor se limitó a sus bienes. Si, al ser demandado por su acreedor, alegaba su derecho a este beneficio, el juez limitaba la condena del demandado a lo que estuviera en sus manos hacer, *in id quod facere potest*.

El juez entonces había de investigar la situación económica del deudor y condenarle sólo por la cantidad que pudiera ser pagada por el patrimonio con que contara.

Este concepto debe ser puesto de relieve en el tratamiento que debe darse a todo deudor y que ha ido imponiéndose en la atenuación del principio de responsabilidad personal y patrimonial.

Con referencia al gran problema de la asfixiante deuda externa de los pueblos hispanoamericanos, debemos unir nuestros esfuerzos para que nuestros acreedores beban en las fuentes del Derecho Romano que refle-

jan los principios humanitarios que se proyectaron sobre el mundo con la migración civilizadora judeo-cristiana que conquistó a Roma, y así acepten la realidad de los pueblos deudores y el pago de sus deudas *in id quod facere potest*.

Igual consideración debe hacerse respecto a los deudores externos del sector privado que, en su afán de producir, de crear riqueza y fuentes de trabajo, se endeudaron cuando las perspectivas económicas abrieron nuevos horizontes con la explotación del petróleo; las cortas dimensiones de nuestro sistema financiero, así como las restricciones de la política monetaria que mantuvo topes de cartera y altos encajes bancarios, limitando el crédito local, fueron circunstancias que condujeron a nuestros empresarios a aceptar el crédito externo en divisas que se les ofrecía, no sólo con facilidad sino con insistencia, a bajos tipos de interés, con participación de avales o intermediación de instituciones financieras privadas.

Tal oferta se originaba en el flujo de divisas, petrodólares y eurodólares, que urgía colocar a la banca extranjera, y en nuestros países encontraron mercado para ello.

Por su parte, el Estado autorizó y registró tales operaciones y por tanto existe una responsabilidad que debe ser compartida por el Estado, el acreedor externo, el deudor privado y las instituciones financieras.

Por ello, consideramos razonables las Regulaciones de la Junta Monetaria sobre el refinanciamiento de la deuda externa pública y privada, en las que se hace la sucretización de la deuda mediante la transformación y sustitución de obligaciones, que asume el Banco Central frente al acreedor externo.

Se ha aplicado así la institución jurídica de la novación, que proviene del Derecho Romano y se desarrolla en el Título XV del Libro IV del Código Civil ecuatoriano, artículos 1671 y 1694.

Por otra parte, Ecuador fue siempre cumplidor en el servicio de la deuda pública, y las favorables circunstancias de la producción y exportación del petróleo le permitían incrementar el flujo de sus recursos financieros mediante la aceptación de nuevos créditos que se le facilitaban en vista de las buenas perspectivas para su capacidad de repago.

Pero sobrevinieron graves circunstancias, e imprevisibles, como una inusual estación lluviosa en 1983 y un terremoto en 1987 que destruyó el oleoducto, produciéndose una suspensión de la exportación del petróleo y gravísimos daños de diferentes órdenes; además, cayeron fuera de todo lo previsible los precios del petróleo y de otros productos de exportación, por los que nunca hemos recibido un justo precio.

Frente a estos problemas, provenientes de la alteración de las circunstancias que afectan a los deudores, debemos también invocar las doctrinas que tratan de atenuar el rigorismo del principio clásico del “*pacta sunt*

servanda”, consecuencia de la libertad de contratación, que permanece en el Art. 1588 del Código Civil, entre las cuales podemos mencionar la de la cláusula “*rebus sic stantibus*”, de la que alguna mención se hace en el Digesto Romano, pero que es puesta de relieve en la Edad Media bajo la influencia de los canonistas, o sea del cristianismo, así como las teorías de la base del negocio y del riesgo imprevisible. Al amparo de cualquiera de estas doctrinas, se puede exigir la rescisión del contrato, o lo que para el caso de la deuda externa es más aplicable y defendible, la revisión y modificación de su contenido.

Nuestro Código Civil en el Art. 1964, regla segunda, ha recogido estas doctrinas para permitir la revisión del precio de construcción de un edificio, y leyes especiales se han dictado para el reajuste de precios en los contratos de obras públicas.

El más propio campo de aplicación de estas doctrinas son los contratos de tracto sucesivo, que mucho dependen de hechos futuros, y por ello el Código Civil italiano, en el Art. 1467, autoriza demandar la resolución de estos contratos cuando llegaren a ser excesivamente onerosos para una de las partes por acontecimientos sobrevenientes extraordinarios e imprevisibles.

Los textos legales del Código Civil Ecuatoriano desde el siglo pasado y del Italiano de más reciente confección, traducen así las doctrinas de la imprevisión en amparo del deudor afectado por el cambio de circunstancias imprevisibles que determinan para él una excesiva onerosidad.

La doctrina de la imprevisión llegó a tener acogida en nuestra Constitución Política aprobada por el Referéndum de 1978. Al Art. 19, párrafo 11, decía:

“Toda persona goza de las siguientes garantías:

11. La libertad de contratación. La ley regula las limitaciones de este principio y lo relativo a la revisión de los contratos para evitar el enriquecimiento injusto y mantener la equidad en las relaciones contractuales”.

Probablemente nuestro país fue el primero en elevar al nivel constitucional esta doctrina que tan útil nos es para el problema de la deuda externa. Pienso que fue lamentable que las reformas de 1983 suprimieron la parte referente a esta doctrina y sólo dejaron la tradicional garantía de “la libertad de contratación con sujeción a la ley”.

Finalmente, viene también en amparo del deudor en general y por tanto del deudor de mutuo, la regla de interpretación de los contratos contenida en el Art. 1609 de nuestro Código Civil, que tiene su origen romano, según la cual no pudiendo aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor.

En el siglo II después de Cristo, la responsabilidad del deudor experimentó la atenuación consistente en derecho a retener lo necesario para la subsistencia. En un principio esto sólo se aplicaba con respecto al donante cuando se trata de hacerle cumplir su promesa de donación, caso al cual, a la presente fecha, se refiere el numeral cinco del artículo 1669 de nuestro Código Civil. Posteriormente este beneficio se extendió a todos los casos en que estaba indicada la condena en todo lo que fuera posible hacer. De esta manera surge el nombre usual desde la Edad Media de “*beneficium competentiae*”, beneficio de competencia, en la forma como está actualmente en los artículos 1668 y 1669 de nuestro Código Civil.

La ejecución para los bienes del deudor tuvo en un principio un carácter universal que afectaba la totalidad del patrimonio nombrándose a un magister, que era uno de los acreedores concursados, a quien se confería el encargo de vender los bienes, *bonorum venditio*; tal venta después de observar ciertas formalidades y transcurrido algún tiempo, se realizaba en subasta pública y por el entero patrimonio. El comprador, *bonorum emptor*, que adquiría el activo patrimonial adquiría también la obligación de pagar a cada acreedor un tanto proporcional. La *bonorum venditio*, que aparejaba una nota de infamia, a partir de la Lex Julia fue modificada junto con la obtención del beneficio de competencia en el caso de que el deudor hiciese voluntariamente al acreedor o acreedores la *cessio bonorum* o cesión de bienes. Finalmente se estableció un régimen más considerado de ejecución patrimonial singular; esto es en objetos concretos, no en entera masa de todos los bienes. Tal es la *distractio bonorum*, por la cual se autorizaba la venta de cosas singulares hasta alcanzar una suma para atender las justas exigencias de los acreedores.

La cesión de bienes fue también establecida entre nosotros como un beneficio para el deudor de buena fe que ponía sus bienes a disposición de sus acreedores, siendo los principales beneficios quedar libre del apremio personal, o prisión por deudas, cuando ésta se encontraba en vigor, y la posibilidad de convenio con el deudor o concordato.

La prisión por deudas existía ampliamente entre nosotros antes de la Ley de 25 de Octubre de 1918 que la redujo a un número muy limitado de casos.

Actualmente el apremio personal sólo subsiste con respecto a deudas por alimentos forzosos y para la ejecución de ciertas providencias judiciales. Las Constituciones políticas de 1929 y 1945 la prohibían sin excepción alguna, ni aún la de alimentos. Podemos decir que en virtud de la prisión por deudas, el deudor responde con su libertad corporal en cuanto la amenaza de su privación o la privación misma, en circunstancias concretas, puede ser vía eficaz para constreñirle al cumplimiento. Sin embargo, un deudor privado de su libertad generalmente se encontrará en peores con-

diciones que antes para poder cumplir con su obligación, sobre todo si la fuente de sus ingresos es exclusivamente el trabajo personal.

En este punto, me parece conveniente anotar que la responsabilidad del deudor no sólo debe referirse a sus bienes sino preferiblemente a su capacidad o fuerza de trabajo. Esto puede hacer de una persona un mejor sujeto de crédito que los bienes que posea.

El Papa Juan XXIII decía: “Es un hecho de nuestros días que el hombre prefiere el dominio de una profesión determinada a la propiedad de los bienes y antempones el ingreso cuya fuente es el trabajo, o derechos derivados de éste, al ingreso que proviene del capital o de derechos derivados del mismo”,

El proceso de atenuación de la responsabilidad patrimonial universal ha continuado su curso como podemos apreciar en las disposiciones nuestras al tratar de la cesión de bienes y en la enumeración cada vez más amplia de los bienes inembargables. Sin embargo, todavía hay anacronismos tales como aquellos de que se consideran inembargables los libros relativos a la profesión del deudor hasta el valor de S/.20.000,00 y las máquinas e instrumentos de que se sirva para la enseñanza de alguna ciencia o arte hasta dicho valor.

Tratándose del concurso de acreedores, el beneficio de competencia tiene una norma especial que fue introducida en nuestro derecho a través de una reforma al Código de Procedimiento Civil y posteriormente incorporada en la séptima edición de éste. Según dicha reforma, el fallido queda de hecho en interdicción de administrar bienes y en cuanto los que adquiere en lo posterior, el 50% pasará a la masa común repartible entre los acreedores y quedará el otro 50% para los gastos personales del fallido y de su familia administrados directamente por el fallido. Esta inhabilidad no comprenderá la administración del patrimonio familiar.

Parece que según esto el deudor podría retener en su poder bienes por el 50% de los adquiridos después de haberse formado el concurso aún cuando exceda del beneficio de competencia que le deja al deudor lo indispensable para una modesta subsistencia, según su clase y circunstancias, y con cargo de devolución cuando mejore de fortuna. Estas limitaciones parece que en el caso del concurso de acreedores han sido suprimidas y que inclusive podría darse el efecto de que el deudor tenga una considerable fortuna y en cambio sus acreedores no hayan sido pagados en su totalidad con los bienes posteriormente adquiridos. A menos que se entienda que ese 50% de los bienes posteriormente adquiridos se encuentre limitado en los términos del beneficio de competencia como tradicionalmente fue entendido y como consta en las normas generales del Código Civil o sea dejándole lo necesario para su cómoda subsistencia.

Según el proemio del título 14 libro tercero de las Instituciones, la obligación se contrae por la cosa, por ejemplo, dando a mutuo. La dación de mutuo no tiene lugar sino en las cosas que se cuentan, pesan, o miden, como el vino, aceite, trigo, dinero, cobre, plata, oro; cuyas cosas damos a peso, número o medida para que queden propias del que las recibe, de suerte que deben devolver, no las mismas cosas sino otras de igual naturaleza y calidad. De aquí proviene el nombre *mutuum*, porque lo que yo te doy, de mío pasa a ser tuyo. De este contrato nace la acción llamada “*condictio*”.

En este párrafo de las Instituciones encontramos el origen de los contratos de mutuo o préstamo en el derecho moderno, que se reglamentan en los artículos 2126 y 2142 de nuestro Código Civil y 553 a 563 de nuestro Código de Comercio, principalmente.

El Código Civil nos dice que mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad.

Empezando por la denominación misma del contrato “mutuo”, viene del latín *mutuum*, que era la denominación propia del Derecho Romano; en este Derecho se inspiran las normas vigentes entre nosotros.

No se perfecciona el contrato de mutuo sino por la tradición y la tradición transfiere el dominio, lo mismo que en el Derecho Romano.

Varias son las disposiciones legales que amparan al deudor de mutuo según los artículos citados.

Así encontramos que si se ha prestado dinero, sólo se debe la suma numérica enunciada en el contrato como dicen el Código Civil y las Instituciones, lo cual teniendo en cuenta la constante económica y universal de la devaluación monetaria, es realmente favorable al deudor.

Cosa similar encontramos en la primera parte del artículo 556 del Código de Comercio.

Podrá darse una clase de moneda por otra, aún a pesar del mutuante, siempre que las dos cantidades se ajusten a la relación establecida por la ley entre las dos clases de moneda, dice el inciso segundo del artículo 2129 del Código Civil; norma que sería muy favorable al deudor en un sistema monetario en el cual hubieren diferentes clases de moneda, como decir monedas de oro, de plata, de cobre, etc.; caso que no es el nuestro, porque aquí solamente tenemos la distinción entre las especies monetarias en billetes del Banco Central y moneda fraccionaria emitida por el mismo instituto, que tienen igual poder liberatorio.

En cuanto se refiere a las obligaciones en moneda extranjera oro y plata, la condición del deudor ha perdido la ventaja que tenía anteriormente y por consiguiente podemos decir que ha empeorado. En la Ley de Régimen Monetario de 1947 se establecía que el deudor conservaba el de-

recho de efectuar el pago en sucres haciendo la conversión de acuerdo a la paridad legal vigente al tiempo de la celebración del contrato. De esta manera el riesgo de la devaluación de la moneda recaía sobre el acreedor y no sobre el deudor. Así por ejemplo, si en 1982 una persona recibía un préstamo de US\$1.000,00 que entonces equivalían a S/.25.000,00 en 1988, supuesto el caso hipotético de un plazo tan largo, podía pedir que se liquide la obligación para pagar en sucres a la paridad vigente al tiempo del contrato, o sea a S/.25,00 por dólar y por ende podía liberarse de obligación pagando S/.25.000,00 con los cuales el prestamista tan sólo hubiera podido obtener US\$50,00 a cambio de los US\$1.000,00 que prestó, si se tiene en cuenta la cotización de S/.500,00 por dólar que alcanzó en 1988. La reforma de 1985 a la Ley de Régimen Monetario cambió el sistema y estableció que la conversión se haría de acuerdo al tipo de cambio vigente al tiempo del pago, de esta manera el deudor que quería pagar en sucres tenía que pagar, en el ejemplo propuesto, la suma de S/.500.000,00 en lugar de los S/.25.000,00 que habría tenido que pagar bajo el sistema anterior. Bien se ve que esta situación no resulta favorable para el deudor, pero sí lo es para el acreedor.

El préstamo civil naturalmente y de suyo no devenga intereses, al contrario de lo que sucede con el préstamo mercantil que devenga intereses salvo convención en contrario.

Según el artículo 2133, el mutuante es responsable de los perjuicios que experimente el mutuario por la mala calidad o los vicios ocultos de la cosa prestada.

El mutuario deberá pagar toda la cantidad prestada aún antes del término estipulado, salvo que se hayan pactado intereses. En este aspecto la situación del mutuario no es tan favorable, toda vez que tiene que obtener el consentimiento del acreedor para poder pagar antes del vencimiento, de lo contrario no podrá hacer el pago ni por consignación.

En cuanto a los intereses, está protegido por las normas de los artículos 2136 y siguientes, según los cuales el interés convencional civil o mercantil, no podrá exceder de los tipos máximos que se fijaren de acuerdo con la ley; en lo que excedieren lo reducirán los tribunales aún sin solicitud del deudor.

Si se han pagado intereses no estipulados, el deudor puede exigir la devolución o imputarse al capital.

Si se han estipulado intereses y el mutuante ha dado carta de pago por el capital sin reservar expresamente los intereses, se presumirán pagados.

Según el Código de Comercio, siempre que un acreedor haya dado recibo a su deudor por la totalidad del capital de la deuda sin reservarse expresamente la reclamación de réditos, se tendrán éstos por condonados.

Se prohíbe, en el mutuo, estipular intereses de intereses, o sea lo que se denomina “anatocismo”.

En los préstamos en los que el deudor se compromete a pagar en especies el valor recibido o a cubrir en su defecto al acreedor otra cantidad fijada de antemano, la mora del deudor no determinará más derecho en el acreedor que exigir la cantidad prestada con los intereses respectivos, de cuya proporción no podrá exceder su acción ni bajo el concepto de cláusula penal.

El acreedor que pactare o recibiere intereses superiores al máximo permitido con arreglo a la ley, aún cuando fuere en concepto de cláusula penal, perderá el 20% de su crédito, que será entregado al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, aparte de las demás sanciones a que hubiere lugar y sin perjuicio de lo ya indicado.

Se presumirá que existe usura cuando el acreedor otorgue recibos o cartas de pago de intereses o hace anotaciones en el documento relativas a la obligación, sin determinar concretamente el valor recibido.

Además de esto, existen las sanciones penales para los usureros. Según el artículo 584 del Código Penal, será reprimido con prisión de seis meses a dos años y multa, el que se dedicare a préstamos usurarios, y con prisión de uno a tres años y multa, el que encubriere con otra fórmula contractual cualquiera la realidad de un préstamo usurario. Y así tenemos algunas otras normas penales que tipifican delitos y establecen penas para sancionar a los prestamistas que abusan mediante la usura de las necesidades del mutuario.

La gratuidad natural del mutuo civil, es decir, que no devenga interés sino mediante estipulación expresa, la *stipulatio usurarum*, como la limitación del tipo máximo convencional, y la prohibición del anatocismo, provienen también del Derecho Romano.

El Emperador Justiniano prohibió el anatocismo y su prohibición está vigente en el Ecuador, y fijó el interés en el 6% anual, y así estuvo escrito en nuestro Código Civil hasta 1970.

Actualmente los intereses legales y convencionales, se fijan conforme a normas de la ley de Régimen Monetario mediante regulaciones de la Junta Monetaria que conforman un complejo sistema. El interés legal fijado en 1987 es de 23% anual.

Son también normas ventajosas para el mutuario las que se refieren a los plazos en los artículos 2130 y 2131. Según ellos, si no se hubiere fijado término para el pago, no habrá derecho de exigirlo sino después de los 10 días subsiguientes a la entrega; y si se hubiere pactado que el mutuario pague cuando le sea posible, podrá el juez, atendidas las circunstancias, fijar un término. Según el artículo 555 del Código de Comercio, no resultando bien determinado el plazo del préstamo, el juzgado lo fijará prudencial-

mente tomando en consideración los términos del contrato, la naturaleza de la operación a que fuese destinado el préstamo y las circunstancias personales del prestamista y del prestatario.

Y esto es lo más importante: El principio de la centralidad de la persona para el Derecho que ha destacado el Profesor Sandro Schippani. Tener siempre en consideración las circunstancias personales del deudor y del acreedor, para que se alcancen soluciones que no detengan el desarrollo de los pueblos, que no conduzcan a la liquidación de las empresas, a la insolvencia de los empresarios privados ni a la quiebra de los comerciantes. Por ello, es necesario promover el amparo al deudor de mutuo en base de la buena fe y de su esfuerzo para la producción y circulación de los bienes en beneficio de la comunidad.

En resumen, las instituciones del Derecho Romano están vivas en nuestro Derecho civil, mercantil y financiero.

El Contrato de Mutuo con toda su importancia en la economía, los beneficios de competencia y cesión de bienes, el concepto básico de los intereses y la prohibición del anatocismo, la novación y la delegación en las regulaciones de la deuda externa y en los mecanismos del Comercio Exterior, etcétera, son de origen romano, por lo cual el estudio del Derecho Romano es y seguirá siendo indispensable en la formación del jurista para que él pueda cumplir con sus responsabilidades profesionales y sociales.

Para concluir, felicito a los organizadores de este Congreso y hago votos porque a él sigan otros que continúen con sus laudables propósitos.

He dicho.

El Instituto Ecuatoriano de Derecho Romano

Dr. Manuel Romero Gross

A primera vista quizá parezca discordante que en esta época, próximos a finalizar el siglo XX, de tremendos avances tecnológicos y científicos, de conquistas siderales y de novísimas orientaciones sociales y políticas, se haya constituido una agrupación, tomando como base el conocimiento, estudio y difusión de un sistema jurídico de un pueblo que floreció y feneció hace más de mil quinientos años.

La extrañeza desaparece, si se toma en cuenta la naturaleza y características de ese sistema, así como su trayectoria y proyección en las épocas posteriores hasta llegar al derecho contemporáneo.

En un hecho incontrovertido que el Ecuador, así como la mayoría de países del mundo occidental y algunos del mundo oriental, viven sistemas e instituciones jurídicas raigambre romanista.

Por otro lado, existe un afán actual de todos los pueblos por encontrar conceptos y un lenguaje común de entendimiento, en lo que respecta a sus mutuas relaciones e intereses de convivencia pública y privada. Para este objeto, los expertos han buscado un instrumento idóneo y, entre los estudiosos y eruditos de mayor renombre de todos los países, va surgiendo nítida la idea de que es necesario y conveniente establecer un conjunto de tratados, normas y leyes internacionales, que deben tener un fundamento común, sólido y claro en el campo del derecho.

Conscientes de esta situación, los integrantes de un selecto Grupo de eminentes jurisconsultos romanistas de Italia, desde principios de la década

de los setenta, han iniciado un poderoso movimiento destinado a remozar, actualizar y mejorar el conocimiento y divulgación del Derecho Romano, no sólo dentro de su propio país, sino en todos los países del mundo.

A partir de entonces, el esfuerzo, investigación y peregrinaje de este Grupo han tenido resultados brillantes y sorprendentes. Así, han podido constatar que se ha impuesto como materia obligatoria la enseñanza-aprendizaje del Derecho Romano en las Facultades de Derecho de la Unión Soviética y de casi todos los países bajo su influencia política. Los nuevos países africanos y asiáticos están demostrando creciente interés por instaurar esta cátedra en sus Universidades y en Pekín existe ya una disciplina de Derecho Romano, que ha reclamado la presencia y ayuda del Grupo Romanista Italiano. Se nota también un nuevo renacimiento y fervor por los estudios romanistas en varias famosas Universidades Sajonas de Estados Unidos e Inglaterra.

Los países de Latinoamérica se han mostrado como un campo propicio y promisorio para la reactivación y mejoramiento del conocimiento y enseñanza de aquella antigua disciplina. Numerosas y frecuentes misiones de representantes del Grupo Italiano han visitado y expuesto sus ideales y objetivos en los centros jurídicos de Buenos Aires, Sao Paulo, Río de Janeiro, Caracas, Mérida, Lima, Bogotá, Santiago, México, San José, etc. En cada una de estas ciudades han establecido y están en funcionamiento comités y asociaciones jurídicos romanistas de gran actividad y nivel cultural, que realizan con frecuencia seminarios, conferencias, encuentros, congresos, a nivel nacional e internacional, a la vez que publican valiosas obras, libros, revistas y artículos de especialidad.

Las Universidades Ecuatorianas y principalmente la Universidad Central del Ecuador, de histórica y arraigada tradición romanística, no podían quedar fuera de la mira de este gran movimiento. Así es como, en agosto de 1986, una distinguida delegación de Profesores italianos del citado Grupo Romanista, con la valiosa intervención y apoyo de la Embajada de Italia en el Ecuador, se puso en contacto con los señores Decanos y varios Profesores de las Facultades de Jurisprudencia de las Universidades Central y Católica de Quito, para informarles cumplidamente de su elevado propósito.

En reuniones subsiguientes trataron más a fondo del tema con los catedráticos de Derecho Romano de ambas Universidades y los estimularon para enrolarse en el movimiento a través de una activa correspondencia con el Grupo Italiano y mediante la preparación de un Primer Encuentro de Docentes y Cultores del Derecho Romano de las Universidades Ecuatorianas, al que también asistirían algunos Profesores Italianos.

Impresionados por las brillantes perspectivas y realizaciones de este movimiento, los Profesores de Derecho Romano de las Universidades Cen-

tral y Católica acogieron con entusiasmo la dinámica iniciativa y organizaron el Primer Encuentro mencionado, que tuvo lugar en los días 14 y 15 de agosto de 1987. Por ser época de vacaciones, la concurrencia a este evento no fue tan numerosa como era de desearse, pero sí muy selecta. Vinieron expresamente de Italia y participaron en este Encuentro el Dr. Giovanni Lobrano, Director de Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Sassari, Cerdeña, y el Dr. Sandro Schipani, Coordinador del Grupo para América Latina y Profesor Romanista de la Universidad II, La Sapienza, de Roma. El primero dictó una conferencia sobre los Constitucionalismos Modernos y el Modelo Romano y el segundo, sobre las ideas romanistas de Andrés Bello en el Código Civil Chileno. Ambas exposiciones, de mucha erudición y profundidad, fueron tratadas con método y matices de avanzada actualidad y provocaron diálogos y comentarios de alto nivel intelectual entre los presentes. También se presentó una disertación sobre la enseñanza del Derecho Romano en las Universidades Ecuatorianas. Estas conferencias han sido publicadas en el número monográfico de Jurisprudencia de la Revista de la P.U.C.E.

Como fruto práctico de este primer Encuentro, los participantes decidieron constituir en primera instancia un Comité Ecuatoriano de Derecho Romano. Aparte de su finalidad básica, el Comité se fijó dos objetivos inmediatos: el de obtener la personería jurídica, mediante el dictamen, discusión y aprobación de sus estatutos y la preparación y realización del Primer Congreso Italo-Ecuatoriano de Derecho Romano.

En diversas y sucesivas reuniones fueron esbozándose y tomando cuerpo los citados estatutos y en una de ellas se resolvió cambiar el nombre de "Comité" por el de "Instituto" Ecuatoriano de Derecho Romano. Luego de las gestiones correspondientes, los estatutos del Instituto fueron aprobados oficialmente por el señor Ministro de Educación de la República del Ecuador, mediante Acuerdo Ministerial No. 2328 del 20 de diciembre de 1988, promulgado en el Registro Oficial No. 94 de 26 de diciembre de 1988.

Asimismo, tras activos contactos con Profesores Romanistas de las Universidades de Guayaquil y Loja, y con distinguidos Jurisconsultos de las Universidades de Quito, con el auspicio de la Pontifica Universidad Católica del Ecuador y con el invalorable apoyo y ayuda de la Embajada de la República de Italia en el Ecuador, se realizó el Primer Congreso Italo Ecuatoriano de Derecho Romano.

Este Congreso desarrolló sus trabajos en los días 24 y 25 de noviembre de 1988, con la participación de Especialistas de las Universidades de Quito (Central y Católica), de Guayaquil (Católica y Laica), de Loja (Universidad Nacional), de Roma (Universidad Segunda), de Cagliari y Sassari (Cerdeña, Italia), y de numerosos juristas y estudiantes de la capital.

Se trataron los siguientes temas: Ideas constitucionalistas del Libertador Simón Bolívar y sus antecedentes en el Derecho Romano, la Organización familiar en el Derecho Indígena precolombino, la Sociedad Conyugal en el Derecho Romano, la Tutela jurídica del deudor de mutuo con referencia a la deuda externa de los países del tercer mundo, los intereses en el contrato de mutuo según el Derecho Romano, la tutela de la mujer en el Derecho Romano, Influjo del Derecho Romano en el Derecho Procesal Ecuatoriano, la enseñanza del Derecho Romano en las diversas Universidades Ecuatorianas.

Al final del Congreso se hizo expreso un consenso general sobre los siguientes puntos:

1. El Derecho Romano constituye un elemento vivo del ordenamiento jurídico ecuatoriano en el contexto del sistema latinoamericano y del sistema romanista.
2. En este sentido, constituye la base de muchas instituciones jurídicas vigentes, que sólo pueden ser comprendidas e interpretadas correctamente a la luz del conocimiento profundo de dicho Derecho.
3. El Derecho Romano constituye igualmente una base de reflexión crítica, que puede ayudar en la búsqueda de objetivos de mayor justicia y de renovación jurídica, incluso bajo una perspectiva, ya sea de mayor integración del Derecho Indígena, ya sea de unificación e integración jurídica y social de América Latina, como fue proyectado y querido por los grandes Gestores de su independencia.
4. El estudio del Derecho Romano en las Universidades Ecuatorianas cumple un papel formativo y crítico y, por lo mismo, no puede ser reducido a pocas nociones elementales. Por lo tanto, se expresa grave preocupación por la reducción de los Cursos de Derecho Romano en las Facultades de Jurisprudencia de las Universidades de este país, particularmente de la Universidad Central del Ecuador, que es la más antigua de este Estado y que fuera cuna de una tradición jurídica oarientada y fortalecida en el Derecho Romano.

En forma paralela a los trabajos del Congreso se realizó también una exposición de modernos libros y textos de Derecho Romano, de más de ciento setenta títulos, impresos en Italia y que fueron donados con esta oportunidad por la gentileza y generosidad del Grupo Italiano al Instituto Ecuatoriano de Derecho Romano. Actualmente estos libros constituyen el núcleo de su patrimonio bibliotecario y son de gran importancia para el estudio e investigación actualizados de esta disciplina. Están a disposición de todos los estudiosos de esta materia, principalmente miembros del Instituto, en la Biblioteca de la Asociación Escuela de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Sus variados temas se refieren al Dere-

cho Público y al Privado: Derecho Constitucional, Administrativo, Penal, Internacional, Económico, Militar, Historia del Derecho Romano, y a las diversas partes del Derecho Civil.

En el curso del citado Congreso se realizó una reunión de los miembros del Instituto, en la cual se trazó un programa de las principales actividades que proyecta realizar esta Entidad.

De lo expuesto hasta aquí, aparece claramente que el Instituto Ecuatoriano de Derecho Romano es una Asociación Ecuatoriana de carácter civil, sin afán de lucro, con una finalidad científico investigativa sobre los principios y doctrinas del Derecho Romano en relación con el Derecho contemporáneo y su amplia difusión en todos los ámbitos académicos y culturales. Es un organismo de carácter nacional que tiene su principal campo de acción en las Facultades de Derecho de las Universidades de nuestro país.

Los objetivos del Instituto están puntualizados en sus estatutos y son:

- Profundizar en el conocimiento del Derecho Romano y en su relación con los conocimientos jurídicos actuales,
- Difundir la conciencia y convicción de la necesidad e importancia del conocimiento e investigación de los principios y doctrinas de ese sistema jurídico para la mejor formación académico jurídica de los intelectuales ecuatorianos,
- Estimular el intercambio docente y estudiantil entre los miembros de las Universidades ecuatorianas y las del exterior,
- Recomendar y promover las convenientes reformas del pénsum académico ante las respectivas Facultades de Jurisprudencia.

Los dos primeros objetivos son suficientemente claros por lo ya dicho. en cuanto al tercero, del intercambio docente y estudiantil, se proyecta concretar este objetivo mediante la efectiva participación de nuestros profesores y estudiantes universitarios de Derecho, en conferencias, seminarios, congresos y otros actos de similar índole, propiciados por Universidades europeas, anglosajonas, latinoamericanas, etc.; en el intercambio de libros, revistas y publicaciones especializadas en la materia; y particularmente en la creación y obtención de becas de estudio para cursos de perfeccionamiento en el Derecho Romano.

En lo que concierne a las reformas sobre el estudio del Derecho Romano en las Facultades de Jurisprudencia de las Universidades del Ecuador, nuestro afán se dirige en primer término a que esta disciplina no vaya eliminándose o reduciéndose a una mínima expresión, entre las de enseñanza obligatoria en el respectivo pensum académico. En segundo lugar, a que su enseñanza-aprendizaje se modernice y perfeccione de acuerdo a las nuevas perspectivas, orientaciones y métodos de actualidad, presen-

tando a los alumnos tópicos de trascendental interés y fomentando su investigación en relación con las vivencias jurídicas de nuestro tiempo y las proyecciones del futuro inmediato. Y, en tercer lugar, a que, sin sobrecargar la distribución de materias, la enseñanza-aprendizaje del Derecho Romano se haga en forma paralela y concordante con las otras materias jurídicas, sobre todo del Código Civil y Procesal. Así, me permito poner un ejemplo, la enseñanza del Derecho Internacional Público y Privado podría tener como respaldo y contrafondo el estudio y la investigación de los principios y doctrinas del famoso “Ius Gentium” de los Romanos, así como de sus principales instituciones y prácticas en el campo internacional, afines a las nuestras.

En cuanto a las principales características de nuestro Instituto, podemos afirmar que se trata de una asociación abierta, universalista, a la que pueden ingresar y pertenecer los profesores, estudiantes, investigadores y cultores del Derecho Romano en general, que se sientan atraídos por sus postulados y deseen pertenecer a ella. No entran en consideración los aspectos religiosos, políticos, sociales, raciales, económicos, etc.

Sus órganos directivos son de carácter temporal, alternativo, elegidos por los socios del Instituto en votación mayoritaria y democrática, sin restricción ni recomendación alguna. Sus personeros colaboran en sus respectivas funciones en forma gratuita, motivados por los nobles y altos ideales y objetivos del Instituto.

DERECHO MERCANTIL

Naturaleza de la cesión de acciones de las compañías anónimas en nuestro derecho

Dr. Carlos Jiménez Salazar

I. La acción como un título valor de participación social

El Art. 155 de la Ley de Compañías, (LC), al definir la compañía anónima destaca, como una de sus características fundamentales, la de que su capital se encuentra “*dividido en acciones negociables*” y el Art. 191, la de que la acción como parte del capital social confiere a su titular legítimo la calidad de accionista y le atribuye como mínimo los derechos fundamentales que de ella se derivan y se establecen en la ley.

La doctrina reconoce comúnmente a estos títulos del carácter de “títulos valores de participación social, de carácter negociable.”

Este aspecto documental de las acciones ofrece extraordinaria trascendencia ya que representa gráficamente la participación patrimonial de sus titulares, acredita la titularidad de éstos, dentro de la colectividad social y les habilita para el ejercicio de los derechos legales y estatutarios inherentes a su calidad de accionistas.

Pero este aspecto documental se encuentra íntimamente ligado al Libro de Acciones y Accionistas, en el cual deben inscribirse las sucesivas transferencias, la constitución de derechos reales y las demás modificaciones que ocurran respecto al derecho sobre las acciones, para que surtan efecto contra la compañía y contra terceros, (Arts. 190 y 202 LC).

Como indica Garrigues, (Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas, Madrid, 1976), de la triple función probatoria, dispositiva y constitutiva que pueden cumplir los documentos en general con respecto al hecho o acto a que se refieren, el título de la acción realiza solamente las dos primeras. La acción es naturalmente un documento probatorio, pero no tiene exclusiva ni esencialmente el objetivo de servir de prueba de la condición de accionista y de los derechos que ella comporta, sino que cumple ante todo una función de carácter dispositivo, porque permite la rápida y fácil transferencia de los derechos que incorpora y legitima a su titular para el ejercicio de esos derechos.

Los derechos que la acción transmite nacen con independencia del título que los incorpora y pueden existir, aún sin que el título exista materialmente; por eso, éste no tiene función constitutiva. Pero una vez que el título se emite, los derechos del accionista se unen a él de modo inseparable y juntos corren las mismas vicisitudes, salvo el caso de que se justifique su pérdida o destrucción. (Art. 210 LC).

La incorporación de los derechos al título y la permanente función dispositiva del título-acción, ha llevado a la doctrina a incluirle en el sistema general de los denominados títulos valores, si bien las características especiales de la acción le confieren una fisonomía y un lugar especial dentro de ese sistema. Su más perfilada peculiaridad es la de ser un título valor que no incorpora ni derechos de crédito, (como los genuinos títulos valores, es decir, como la letra de cambio o el cheque, etc.), ni derechos reales, (como el resguardo de los almacenes generales de depósito o el conocimiento de embarque), sino *“un conjunto de derechos corporativos que integran la calidad de accionista”*. Por eso se dice que las acciones son sencillamente títulos de participación social.

Pero las relaciones del accionista con la compañía y los derechos sociales o corporativos, no están definidos y delimitados exclusivamente por los términos literales que se expresan en la acción. Esta es un documento necesario y suficiente para el ejercicio de los derechos del accionista, siempre que el título se encuentre inscrito en el Libro de Acciones y Accionistas, mas no es en cambio un título completo, precisamente porque el contenido de esos derechos no dimana de la acción, sino del contrato social y puede variar cuando éste se modifica, sin necesidad de alterar los términos de aquella. Si a esto se añade que las acciones son títulos emitidos en masa, esencialmente iguales dentro de cada serie, en razón de la igualdad o proporcionalidad de los derechos incorporados en cada acción, habremos señalado rasgos que confieren especial fisonomía a esta categoría sui generis de títulos valores que son las acciones.

II. La acción como título negociable que se transfiere por cesión

Por su función económica y societaria la acción tienen el carácter de título negociable, es decir, llamado a cambiar de propietario y a circular de un modo ágil y flexible que en nuestro Derecho se encuentra especialmente regulado en los Arts. 200 a 203 LC y que consiste en esencia en la nota de cesión firmada al menos por el cedente que tiene que constar en el título o en una hoja adherida al mismo, (Art. 201), y en la inscripción que tiene que hacerse, bajo la firma del representante legal de la compañía, en el Libro de Acciones y Accionistas, para que la transferencia surta efectos frente a la sociedad y a terceros, (Art. 202).

Estas regulaciones de la ley invitan a reflexionar acerca de la naturaleza de la cesión de acciones que básicamente plantea el siguiente dilema:

- a) ¿La cesión es un contrato o más precisamente el único contrato por el cual puede transferirse la propiedad de las acciones en nuestro derecho positivo? o,
- b) ¿La cesión es, “*el modo*” de transmitir la propiedad de las acciones, que, siguiendo el sistema general de transferencia de propiedad en nuestro Derecho supone la existencia de “*un título*” o causa de esa transmisión?

El adherirse a una u otra tesis no tiene consecuencias exclusivamente conceptuales, sino prácticas; ya que, de considerar a la cesión como un contrato, no podría perfeccionarse jurídicamente una compraventa, una permuta, una donación o, en general, ningún otro contrato relativo a las acciones, que sirviera de antecedente a la cesión y, en el supuesto de que se hubiera celebrado, no podría demandarse su cumplimiento para que se transfiriera la propiedad mediante la cesión, porque ese contrato sería nulo y no tendría valor alguno. Podría únicamente ejecutarse la acción de repetición del pago de lo no debido. En cambio, si se considera la acción como un modo de transferir el dominio que supone la existencia de un título, podría demandarse que, en cumplimiento del contrato celebrado de compraventa, permuta, o donación, tuviera lugar la tradición de las acciones mediante el procedimiento de cesión.

En el juicio Citibank contra Elías Nader, la Quinta Sala de la Corte Suprema consideró a la acción como un contrato y desestimó la demanda de que se condenara al demandado a perfeccionar la cesión, en razón del contrato de compraventa que se había suscrito. En las dos instancias anteriores, especialmente en la sentencia muy bien razonada y coherente del Juez de primera instancia, se mantuvo la tesis contraria, (Gaceta Judicial

Serie XII, N° 7, Págs. 1351-1352 y 1477 y siguientes).

Actualmente, se encuentra pendiente de resolución en la Cuarta Sala de la Corte Suprema, el juicio Patiño contra Molestina, en el cual en segunda instancia se mantuvo que “el contrato de compraventa era una categoría distinta de transferencia de acciones de una compañía por cesión, y que no podía surtir efecto alguno, ni era posible demandar la cesión en razón de dicha venta

III. La cesión de acciones como contrato

En algunos de los alegatos y de las sentencias indicadas, quienes sostienen esta tesis afirman que la propiedad de las acciones se transmite por cesión y que basarse en un contrato de compraventa para demandar la cesión constituye aducir un fundamento ilegal; que la cesión, de acuerdo con el Art. 204 del Código de Comercio no es un contrato meramente consensual como la compraventa, sino estrictamente formal y que aún en el campo civil no se perfecciona sino en virtud de la entrega del título, (Código Civil, Art. 1868).

Concluyen, por lo tanto, que si no hay un contrato perfeccionado de cesión, ni una promesa de celebrarlo que reúna las condiciones establecidas en el Art. 1597 del Código Civil, no existe obligación alguna de perfeccionar la cesión de acciones, ni puede esta demandarse en base de otro contrato que le sirva como título antecedente.

IV. La cesión de acciones como modo de llevar a cabo su tradición

Los fundamentos que se aducen en apoyo de esta tesis los desarrollamos en los siguientes apartados:

/) Sistema general para la transferencia del dominio de los bienes

Nuestro Derecho, siguiendo la pauta del Código Civil Chileno, se ha mantenido dentro de los principios de la legislación romana que exigía para que las cosas apropiadas por una persona pasaran a poder de otra, la existencia no sólo de un modo de adquirir, causa próxima o inmediata de la adquisición, sino de un título, causa remota o mediata y que servía de antecedente o fundamento del modo de adquirir. A este propósito el jurisconsulto Paulus decía:

“El dominio no se adquiere nunca por la nuda tradición, (la sola entrega), sino que se

adquiere, cuando precede venta o cualquiera otra justa causa, en virtud de la cual se sigue la tradición."

Las normas pertinentes se encuentran principalmente en el Libro Segundo de nuestro Código Civil, de acuerdo con cuyo Art. 622, los únicos cinco modos de adquirir el dominio son la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción.

Con relación a estos modos, Claro Solar, (Derecho Civil Chileno, Tomo VI, Págs. 486-487), expresa:

"Modos de adquirir originarios son aquellos mediante los cuales se adquieren las cosas que no pertenecen actualmente a nadie o que no han sido aún apropiadas, tales son la ocupación y la accesión... Modos de adquirir derivativos son aquellos mediante los cuales se adquieren las cosas ya apropiadas y suponen que una persona deja de ser propietaria, al mismo tiempo que otra persona pasa a serlo; éstos implican enajenación o transmisión..."

Los modos derivativos, y la tradición entre ellos, requieren de un título, es decir, de un acto o negocio jurídico previo, y de la entrega que tiene que efectuarse del modo prescrito por la ley.

"Por consiguiente, la entrega de la cosa con ánimo de transferir el dominio, por una parte, y de adquirirlo, por la otra, no basta para que la adquisición se realice, sino que es necesario que exista, además, entre ambas partes un contrato que sirva de título a la adquisición del dominio: justa causa traditionis", (Claro Solar Op. cit., Tomo VI, Pág. 493).

Este sistema de transferencia del dominio se aplica a toda clase de bienes, ya sean corporales o incorporeales y, por lo tanto, también a los derechos personales o créditos a que se refiere el Art. 615 del Código Civil, en razón de lo prescrito en el Art. 733 que dice:

"La tradición de los derechos personales o créditos que un individuo cede a otro, se efectúa por la entrega del título hecha por el cedente al cesionario."

En afianzamiento de esta disposición el Art. 1868 establece que:

"La cesión de un crédito personal, a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título."

2) Citamos en relación con estas normas, las opiniones de varios connotados autores nacionales y extranjeros que afirman que la cesión de derechos personales no es un contrato, sino el modo de efectuar la tradición de estos derechos que se apoya en un acto jurídico causal o título.

A) *Carrión Eguiguren* en su Curso de Derecho Civil, Cuarta Edición, Quito, 1982, Págs. 220, 221 y 222, dice:

"Para que valga la tradición de un crédito se requiere un título traslativo de dominio; cualquier título, en expresión del Art. 1868. Podría ser, por lo tanto, venta, permuta,

donación, etc. Pero como la transferencia del dominio no es efecto inmediato del contrato, sino de la tradición, debe efectuarse ésta mediante la cesión del crédito. Así, el contrato antecedente o título, es la causa remota de la adquisición; y la tradición, que se efectúa mediante la cesión, es la causa próxima o modo de adquirir el dominio del crédito... Tradición de las acciones de compañías.- La propiedad de las acciones se transfiere mediante nota de cesión... Por consiguiente, la solución de la obligación originada en el contrato se efectúa mediante la tradición."

B) Larrea Holguín, en su *Curso de Derecho Civil del Ecuador*, Segunda Edición, Tomo VII, Pág. 289, dice a propósito de la tradición de derechos personales:

"Es importante tener en cuenta que el título que se debe entregar para transferir el derecho personal, es el título del derecho que se transfiere, por ejemplo el contrato de mutuo por el cual una persona pasa a ser el nuevo acreedor, puede verificarse por cualquier título, según dice el Art. 1868: puede ser a título gratuito, (donación, legado), oneroso, (como en la venta, permuta, etc.), por acto entre vivos o también por causa de muerte; pero el efecto de la cesión entre, el cedente y el cesionario, solamente se produce por la entrega del título, lo cual constituye el modo de adquirir. Frente a terceros, la eficacia, puede exigir nuevas formalidades, como la notificación, y en ciertos casos, la inscripción y la notificación de la inscripción; pero todo esto, en el campo civil, no afecta a la válida transferencia del derecho personal, (a diferencia de lo que disponen las leyes de comercio que prevalecen en la respectiva materia especial que regulan: cheques, etc.)."

C) Somarriva Undurraga, en su obra *Las Obligaciones y los Contratos Ante la Jurisprudencia*, Editorial Nascimento, Chile, 1939, Pág. 188, dice:

"La Corte Suprema reconoce expresamente el carácter de tradición que tiene la cesión de créditos, en lo que está en la razón, pues es inadmisibles, como algunos, pretenden que sea un contrato."

D) Alessandri, en su *Curso de Derecho Civil*, Editorial Nascimento, Chile, 1939, Tomo IV, Pág. 426, dice:

"Vemos en resumen que la cesión de créditos no es un contrato por las cuatro razones indicadas, no es más que la tradición de los derechos personales, el acto por el cual se transfieren los derechos personales."

3) Dentro de nuestro sistema general y con relación a tradición de créditos mercantiles, el Art. 1876 del Código Civil prescribe que:

"Las disposiciones sobre cesión de derechos no se aplicarán a las letras de cambio, pagarés a la orden, acciones al portador y otras especies de transmisión que se rigen por el código de Comercio o por leyes especiales."

Pero a su vez, el Art. 204 del Código de Comercio estipula que:

"La cesión o trasmisión de derechos y de documentos se hará, si están a la orden del beneficiario, por el endoso y en la forma y con los efectos establecidos en este Código; si a favor, por la cesión notificada a la parte obligada, y si al portador, por la mera entrega del título respectivo."

Es decir que el Código de Comercio se remite, a su vez, a las normas sobre cesión de derechos que constan en los Arts. 1868 y siguientes del Código Civil, cuando se trata de títulos nominativos como son las acciones de una Compañía Anónima y no modifica en absoluto este sistema general de transferencia del dominio de los bienes, que conlleva el modo y el título.

- 4) Las acciones de una compañía anónima son títulos nominativos negociables, a los cuales por ley se entienden incorporados una serie de derechos personales fundamentales del accionista, de los cuales no se le puede privar, de conformidad con los Arts. 155, 189 y 220 de la Ley de Compañías y a su transferencia de dominio por acto entre vivos se refiere la Ley de Compañías, particularmente en sus Arts. 201 y 202, según los cuales:

“La propiedad de las acciones se transfiere mediante nota de cesión...”, pero esta transferencia “no surtirá efecto contra la compañía ni contra terceros, sino desde la fecha de su inscripción en el Libro de Acciones y Accionistas.”

- 5) Este sistema de transferencia de la propiedad de las acciones no implica la modificación del sistema general de transferencia de bienes referido en los acápites 1º y 2º anteriores, sino que, *dejando intacta la necesidad de un título de transferencia, determina cómo ha de tener lugar el modo de la tradición*, en virtud de los siguientes motivos:

5.1. Nuestro Código de Comercio, en su Art. 3, numeral 2º, se refiere expresamente, al enumerar los actos de comercio “a la compra y a la venta de las acciones de una sociedad mercantil.”

5.2. *No puede argüirse que esta norma haya sido derogada por los Arts. 201 y 202, (o por cualquier otro), de la Ley de Compañías: no expresamente, porque esta Ley no manifiesta que deroga dicha norma, ni tampoco tácitamente porque los Arts. 201 y 202 no sólo que son perfectamente compatibles con el Art. 3, numeral 2º, del Código de Comercio, sino que deben serlo porque conservan el sistema general de nuestra legislación, en cuanto a modo y a título en la transferencia del derecho de propiedad de las acciones de la compañía anónima.*

5.3. El Art. 232, numeral 3º, de la Ley de Compañías se refiere expresa y reiteradamente al caso de “la venta de las acciones por cuenta y riesgo del accionista moroso” y hace la distinción entre la venta, por intermedio de un martillador público o de un corredor titulado y “la entrega del título de la acción”, que debe efectuarse por medio de la cesión, porque la sola venta no bastaría para perfeccionar la transferencia, es decir, *entre el título y el modo para adquirir la propiedad de las acciones por medio de la tradición.*

En una palabra, de la interpretación lógica de este artículo, relacionada con la de los Arts. 201 y 202, se desprende claramente que la compra-

venta de acciones constituye el supuesto necesario *para transferir su propiedad por tradición que tiene lugar por medio de la cesión acompañada de la inscripción de la misma en el Registro de Acciones y Accionistas, no sólo en el caso a que se refiere, sino de modo general en todos los casos de compraventa de acciones.*

5.4. Según el Art. 155 de la Ley de Compañías, “la compañía anónima es una sociedad cuyo capital se encuentra dividido en *“acciones negociables”* y este carácter esencial de su negociabilidad se encuentra especialmente destacado por el Art. 204 de la misma ley:

“El derecho de negociar las acciones libremente no admite limitaciones.”

“Negociar”, según el Diccionario es:

“1. Tratar y comerciar, comprando y vendiendo o cambiando géneros, mercaderías o valores para aumentar el caudal.- 2. Ajustar el traspaso, cesión o endoso de un vale, efecto o letra.”

Conforme a la primera acepción, es claro que “negociar” comprende *“la compra y venta de valores, es decir, de acciones”*, y conforme a la segunda, el ajuste de un traspaso, cesión o endoso, supone a su vez el perfeccionamiento de un acto jurídico que da lugar y origen a cualquiera de estas operaciones, acto que puede ser una compraventa, una permuta, una donación, etc.

Por ello, es evidente que el Art. 204 de la Ley de Compañías se refiere no sólo a la libre elección de la persona del cesionario de las acciones, sino a las diferentes modalidades que puede comportar el acto jurídico en el cual se plasma la negociación y que constituye el título que, a su vez, da origen a la obligación de entrega o tradición de las mismas, mediante la cesión inscrita, conforme a los Arts. 201 y 202 de la Ley de Compañías.

5.5. Hasta su supresión, por medio del Decreto Supremo N° 1353-A, de 31 de diciembre de 1974, promulgado en el Registro Oficial n° 720, de 13 de enero de 1975, existían las acciones al “portador”, a más de las acciones “nominativas” y el Art. 193 LC prescribía que:

“La propiedad de las acciones al portador se transfiere por la tradición del título y se prueba por la posesión del mismo.”

Luego, a renglón seguido y en forma concomitante, se ordenaba, en los Arts. 194 y 195, que

“la transferencia, (o tradición), de las acciones nominativas, tenía que hacerse mediante la cesión e inscripción del título en el Libro de Acciones y Accionistas”.

Del examen lógico y armónico de estas disposiciones aparece claro que se distinguían el modo y el título de transferencia respecto de ambos tipos de acciones, puesto que la tradición de las acciones al portador, o sea su entrega, requería de una justa causa, o sea de un acto jurídico previo,

(que podía ser una compra, permuta o donación), y obviamente esta necesidad de justa causa o de acto previo a la tradición, o sea a la cesión inscrita, tenía también que producirse en tratándose de las acciones nominativas.

En una palabra, lo que variaba entre los dos tipos de acciones era sólo el modo de efectuar la transferencia de dominio, pero no la exigencia del título o acto jurídico previo, la cual era idéntica en ambos casos.

Al desaparecer las acciones al portador, no han variado, sin embargo, las exigencias y los requisitos de nuestra ley con respecto a las acciones nominativas, es decir, el título, (o contrato de compraventa, permuta o donación), previo a la tradición de las mismas, que debe tener lugar por medio de la cesión inscrita, de acuerdo con los Arts. 201 y 202 de la Ley de Compañías.

5.6. *Asimismo, la distinción en nuestro Derecho Positivo entre el modo y el título de transferencia de las acciones surge de la interpretación lógica de los Arts. 201 y 202 en relación con el Art. 203, inciso primero, de la Ley de Compañías.* Este último se refiere a los casos de adjudicación de acciones por participación judicial o venta forzosa, en los cuales, la escritura de partición o el auto de adjudicación sirven de título para que el Juez pueda suscribir la nota de cesión y para que esta cesión se inscriba en el Registro de Acciones y Accionistas.

Es evidente que también en los casos regulados por los Arts. 201 y 202 de la Ley de Compañías, (que no se refieren ni a la partición judicial o venta forzosa, sino a la negociación voluntaria), tiene que producirse el título, o sea el negocio jurídico previo al modo de transferir del dominio, es decir, a la cesión y a su inscripción en el Registro de Acciones y Accionistas.

6) La doctrina de que la cesión de acciones y su inscripción constituye el modo de adquirir la propiedad de las acciones, modo que debe ir precedido de un título o acto causal que dé lugar a él, como la compraventa, la permuta o la donación, es afirmada también por relevantes juristas españoles sobre normas de derecho positivo similares a las nuestras, (Ley Española de Sociedades Anónimas del 17 de julio de 1951):

Manuel Broseta Pont, en su *Manual de Derecho Mercantil*, Editorial Tecnos, Madrid, 1971, Pág. 194, dice:

"Para la transmisión plena de las acciones nominativas es necesaria, en primer lugar la concurrencia de un negocio causal, (causa traditionis), acompañado de la tradición de los títulos. Esta tradición exige la anotación de la transmisión en el título mismo y la correspondiente inscripción del adquirente en el Libro Registro de Acciones Nominativas."

Jesús Rubio, en su *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1967, Pág. 142, dice:

"Para transmitir las acciones al portador basta la tradición unida al negocio o causa

traditionis. Las nominativas exigen, además de la tradición legitimada por la designación nominal y el negocio causal, la notificación al deudor...”

Joaquín Garrigues y Rodrigo Uria, en su *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1976, Tomo I, Pág. 404, dicen:

“Es así como el contrato de compraventa de acciones sólo engendra la obligación de entregar la cosa y de pagar el precio, y la adquisición de la propiedad de las acciones vendidas no adviene sino a virtud de la transmisión o tradición posterior...”

V. Conclusión

En vista de lo expuesto, prestamos nuestra adhesión a la doctrina de que la cesión de acciones constituye un modo de efectuar su tradición que se distingue lógicamente del título que puede dar lugar a ella consistente en una compraventa, permuta, tradición, etc. y esperamos que nuestra Jurisprudencia en todos los niveles la acoja en el futuro.

HISTORIA DEL DERECHO

Actividad mercantil en el Reino de Quito, (Siglo XVII hasta Independencia)

Dr. José Reig Satorres

Profesor de Historia del Derecho de la
Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

Nuestro trabajo ante el VI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, tuvo el intento inicial de abarcar una visión panorámica de la actividad mercantil en el Reino de Quito desde la Conquista hasta la independencia del Ecuador, creímos en un principio que, dada la escasez de fuentes del siglo XVI, podíamos encuadrar el estudio dentro del margen que la extensión de los trabajos deben tener en nuestros Congresos, pero por fortuna nos equivocamos y el trabajo iba a tener un volumen superior a lo señalado, por lo que tuvimos que plantearnos necesariamente una segunda parte, que hoy ofrecemos y por la misma razón anterior también resumida.

Ante esta situación de hecho ha resultado que expusimos en la primera parte la iniciación, si se quiere un tanto heroica, de un comercio o actividad mercantil en general, propia de una época, en que todo era balbuciente, por lo demás todo muy lógico como en el resto del Continente, en que se fundía una cultura y civilización primitivas con otra llegada de una Europa rica en milenaria evolución.

La segunda parte cae de su peso que debe ser: asentamiento y estabilidad, siempre de acuerdo con la época, con un intento de vivir y relacionarse tratando de identificarse en lo posible con la civilización occidental,

con todas las variantes lógicas que la distancia e idiosincracia deben marcar en los nuevos territorios. En lo que ya al Reino de Quito se refiere en concreto, se da una distinción territorial y climática tan aguda, que divide en dos zonas casi radicalmente distintas: Costa y Sierra. Las exposiciones hechas del período escogido para el estudio, no pocas veces adolecen de una falta de valoración precisa del tiempo en que se viven, y, en bastantes ocasiones de matiz negativo, que en nuestros días se puede agudizar con una visión ideológica cargada de materialismo economicista. Por nuestra parte vamos a tratar, sencillamente, de ofrecer unos datos que en la medida posible nos reflejen los hechos.

Las fuentes para el estudio de este segundo período del trabajo son ya relativamente abundantes; abundancia que crece considerablemente a partir de la segunda mitad del siglo XVII, al menos en la Sierra, pues la Costa con tanto incendio de Guayaquil, inclemencia del tiempo ecuatorial (con humedad en ocasiones hasta del 90%), y variedad de voraces polillas, han mermado en forma imaginable toda documentación, a lo que debe unirse un notorio descuido, que en nuestros días se trata de superar.

Siguiendo el esquema de la primera parte continuaremos distinguiendo entre Sierra y Costa, que si en un principio tuvieron diferencias, más se agudizan con el correr del tiempo, y no es nuestra intención apuntar siquiera diferencias, sociales o aún políticas, sino que, por la índole del trabajo y por convencimiento, señalamos exclusivamente las variantes en la producción y peculiaridades de la realidad mercantil.

Es indudable que cuando haya que hacer un estudio, más exhaustivo de esa realidad mercantil indiana se tendrá que revisar con detalle la abundante documentación notarial y judicial, que si no aportará mayor alteración a la visión general, si enriquecerá multitud de matices de la vida mercantil serrana y costeña.¹ Aspectos estos que no abarcaremos de momento, sino que intentamos dar una base previa para un posterior análisis con mayor rigor jurídico.²

I.- Visión general

Se ha dicho³ y no sin razón, que los estudios sobre aspectos económico-mercantiles americanos del período indiano se han realizado un tanto va-

01. Un avance de dicha tarea ha sido el realizado por John C. Super, *Empresarios quiteños en 1580-1620*, Morgantown, West Virginia, artículo traducido y publicado por Julio Estrada Ycaza en Revista del Archivo Histórico del Guayas, No. 16, Diciembre, 1979, págs. 5-20.

02. Como por ejemplo el trabajo presentado en el II Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano en Santiago de Chile, de nuestro colega José Martínez Gijón, *La práctica del comercio por intermediario en el tráfico con las Indias durante el siglo XVI*. Vid. Rev. Chilena de Historia del Derecho, págs. 363-368, Santiago, 1970; y Anuario de Historia del Derecho Español, Tom. XL, págs. 5-83, Madrid, 1970.

03. Cfr. Lorenzo Sanz, Eufemio, *Comercio de España con América en la época de Felipe II*,. Institución Cultural Simancas, Valladolid, Tom.I, 1979; Tom.II, 1980. Prólogo de Demetrio Ramos Pérez, Tom. I, p.7.

gamente, y en realidad lo que nos sucede es que se necesita una mayor publicación de fuentes locales y regionales del propio territorio, para poder confrontar y deducir conclusiones al cotejar las normas generales y principios de la legislación metropolitana con la realidad americana. Aunque tampoco es oportuno olvidar que pocos aspectos de la vida social son más dinámicos que los relacionados con la actividad mercantil de cualquier tiempo. Piénsese, por ejemplo, que la flota marítima del virreinato peruano —que es el que a nosotros nos afecta—, se calculaba entre 50 y 70 barcos de alto bordo en el siglo XVII, lo que le hace concluir a Clayton que era una muestra del intenso comercio, pero “los armadores que fabricaban estos barcos y los mercaderes que hacían el comercio peruano han sido estudiados muy poco o en forma secundaria..., tampoco hay historias adecuadas de las ciudades portuarias tales como Valdivia, Arica, Callao, Paita, Guayaquil..., sin embargo, el material para cualquiera de los anteriores temas, es vasto y está disponible.”⁴

Afortunadamente, al menos para Guayaquil, se había superado ya la ancestral reserva castellana de no intervenir en el comercio aquellos que podían ver afectada su alcurnia, algo que todavía lamentaba Veitia Linage, y que sin duda permanecía en Quito, marcándose ya ahí, en cierta manera, la raíz de la *distinta actividad económica* de la Sierra y la Costa.⁵

La conocida política económica de los Austrias de limitar el comercio interindiano, todavía se hacía más grave cuando trataba de proteger los productos peninsulares. Proteccionismo que en el caso de la Presidencia de Quito afectó a la Sierra muy especialmente al restringirle la expansión de sus obrajes,⁶ que en su género lograban tanto desarrollo —medida que aparentemente se cubría muy bien, siendo real, diciendo que se abusaba

04. Clayton, Lawrence A., *Documentos en el Archivo General de Indias para el estudio de la historia marítima y comercial de Guayaquil en el siglo XVII*, en Rev. del Archivo Histórico del Guayas, No. 6, Diciembre, 1974, p. 64, Guayaquil.

05. Cfr. De Veitia Linage, Joseph, *Norte de la contratación de las Indias Occidentales*, lib. I, cap. XVIII, 2, págs. 161-162, Buenos Aires, 1945: Tocado queda en el capítulo antecedente, que este género de comerciar en las Indias enviando o llevando las cargas para vender por mayor, o hacer cange de ellas por frutos de aquellas provincias (que esto se llama rescate, como parece por una cédula del año de 1522) no perjudica a la nobleza, y añadido que ni se opone a ella, pues perdiendo de la costumbre, y estimación (como lo resuelve con muchas autoridades Don Juan de Solórzano) y estando en estilo que no sólo Caballeros muy calificados, sino Títulos de Castilla carguen para las Indias, lo que debemos sentir es la inadvertencia nuestra, que por no haber sabido favorecer, fomentar, estimar y premiar a los comerciantes, está hoy lo más de los comercios en poder de extranjeros, que se han hecho de señores de ellos, enriqueciendo, y ennobleciéndose con lo mismo que nosotros estamos despreciando.

06. Aunque al estudiar los obrajes se vean más detalles, sirva de adelanto lo siguiente: En las instrucciones y despachos secretos que se dieron a don Francisco de Toledo cuando fue a gobernar aquellos reinos, se le ordenó que tuviera mucho cuidado de no consentir que en ellos se labrasen paños ni pusiesen viñas por muchas causas de gran consideración, y principalmente porque habiendo allá provisión bastante de estas cosas, no se enflaqueciesen el trato y comercio con estos reinos, con ser este negocio de lo más importante que se pueda ofrecer, pues en efecto es medio por donde se provee a todo lo tocante a la predicación evangélica, defensa y conservación en ella de esos naturales, he sabido que no sólo no se ha tenido la mano tan apretada en esto como conviniera, sino que como si no hubiera prohibición, se ha excedido notablemente en esto, y más en particular, en lo de las viñas que se dice van en gran aumento y el obraje de paños Hanke, Lewis, *Los Virreyes españoles en América durante el gobierno de la Casa de Austria. Perú III*, BAE, tom. CCLXXXII, No. 40, p. 25, Madrid, 1978: Instrucción que S.M. da al Conde de Chinchón, a quien ha proveído por Virrey del Perú para el ejercicio de dicho cargo y los demás que S.M. le encomienda. 15-III-1628, en AGI, Indiferente 512, lib. I, ff. 110v-135v.

de los naturales—; y en la Costa, restringiéndose la producción del cacao, al prohibir el trato directo con la Península, México y Centroamérica, obligando a canalizar toda relación a través de los comerciantes limeños.

Sin embargo, como luego se verá con más detalle, tanto la Sierra como la Costa, con mayor o menor dificultad, desarrollarán un buen comercio gracias a las variadas producciones de la tierra, tanto que ya bien entrado el siglo XVIII, entre las distintas manufacturas que en Portobelo cargan los galeones de regreso a España, se señalan: cacao y cascarrilla⁷; y hacia el sur del Continente, que llega Chile y Buenos Aires, hay envíos de: paños, lienzos, bayetas y cacao⁸. Un dato parcial de 1791 indica, por ejemplo, que las exportaciones al Callao ascendían a la considerable cantidad de 335.112,50 pesos⁹. Y según referencia del *Correo Mercantil de España y sus Indias* de Buenos Aires¹⁰, llegan allí cacao y telas quiteñas. También consta que en 1791 desde Guayaquil se envían a Acapulco 10.000 cargas de cacao por valor de 35.000 pesos¹¹.

A todos estos datos muy parciales registrados oficialmente habría que añadir los navíos de registro sueltos que según la magnanimidad de los Virreyes se enviaban al sur y al norte especialmente; y para la Costa debe contarse con la intensa actividad que extraoficialmente se realizaba de hecho, como se verá al tratar del contrabando. Parece que también tuvo su importancia algo que abiertamente ocurría en el Caribe, y era que comerciantes extranjeros adquirían mercancías —en lo que se hizo evidente con la cascarrilla— que luego cargaban en sus barcos en lugares asequibles, y que los nativos aprovechaban para dar salida a sus productos¹².

Si para la Presidencia de Quito el siglo XVI no deja de ser un período inicial de considerable esplendor y riqueza, de ahí su prestancia en el conjunto indiano de la época, un primer síntoma de decaimiento, al menos para la Sierra, se observa al disminuir la explotación aurífera que en un pri-

07. Cfr. Jorge Juan y Ulloa, *Relación histórica del viaje a la América Meridional*, Primera Parte, tom.I, lib.II, cap.VI, No. 237, Madrid, 1978.

08. Id Segunda Parte, tom.II, lib. II, cap. IX, No. 579.

09. Cfr. Estrada Ycaza, Julio, en *Historia del Ecuador*, 8 vols. Salvat Editores Ecuatoriana, cuadernos 22-23, p. 109, Quito, 1980.

10. Noticias del *Correo Mercantil de España y sus Indias*, sobre la vida económica del Virreinato del Río de la Plata. Academia Nacional de Historia, con Estudio Preliminar de José María Mariluz Urquijo, Buenos Aires, 1977: en III-1797 registra entrada de cacao de Guayaquil y en IV-1797 y XII-1797 paños de Quito.

11. Cfr. Estrada Ycaza, J. Historia ... obr. cit. en nota 9. La carga contiene 81 libras.

12. Cuenta, por ejemplo, ese curioso viajero que fue Gregorio de Robles que va a pasearse por buena parte del Reino de Quito, cómo se cargaba "tabaco y frutos de la tierra... especialmente (naves) inglesas y holandesas que son las más codiciosas y cuidadoras de estos tráfico. Y preguntando el declarante a algunos de los pocos españoles que allí residen, por qué permitían este ilícito comercio le respondieron (no con poco sentimiento a su parecer) que allí entraba raras veces embarcación española y, cuando sucedía, les llevaba tan caro por cada género que se hacía intolerable, mayormente no queriendo recibir sus frutos, en que consistían todos sus caudales. Que ellos bien sabían no era lícito comerciar con extranjeros, pero que su extrema necesidad se lo dispensaba...". Cfr. Gregorio de Robles, *América a fines del siglo XVII*, Seminario Americanista, Valladolid, 1980, p.30.

mer instante se cree obedecía a la falta de mano de obra¹³.

Sin embargo, ese decrecer real de la minería se compensa, en buena parte, por el desarrollo de los obrajes, el incremento de la ganadería y de la agricultura, de modo que el siglo XVII, sin lugar a duda es de relativo bienestar que precisamente se echa de menos a partir de mediados del siglo XVIII, y que a fines del siglo es ya de verdadera penuria.

La crisis de los tejidos quiteños se iniciará agudamente cuando instaurada la dinastía borbónica se autoriza a los barcos franceses que arriben a los puertos españoles para reaprovisionarse; se calcula que entre 1714-1715 llegaron a la Mar del Sur medio centenar de naves, que lógicamente aprovecharon para realizar contrabando introduciendo tejidos especialmente. Tan notorio fue el efecto, que ante el reclamo de las autoridades quiteñas, la Corona tuvo que prohibir en 1720 cualquier clase de trato comercial con naves francesas.

Pero ese no fue más que el comienzo de la decadencia para la Sierra ya que en 1723 gravitaron sobre la economía serrana fenómenos meteorológicos de extraordinaria magnitud: sequía prolongada a la que siguió lluvia en demasía, para terminar en heladas que acabaron con la agricultura. Todas las actividades quedaron así afectadas y de las 400 tiendas que existían en Quito hacia 1700, apenas quedaban 60 en 1724. En 1732 se calcula que unos diez mil naturales de Riobamba, Ambato y asentamientos contiguos emigraron hacia Quito ante la imposibilidad de afrontar su tributo personal. Estas y otras calamidades explican que en 1764 el Oidor Juan Romualdo Navarro redactara un “Proyecto para que la ciudad y Provincia de Quito salga de su miseria”, situación que se acabaría de agravar cuando en 1797 un tremendo terremoto destruía vidas y bienes numerosos, principalmente en Riobamba, Ambato y Latacunga.¹⁵

El estado realmente decadente al que llegó la Sierra se aprecia en el expediente que se formara en el Consejo de Indias (AGI, Quito 223), como consecuencia de la renuncia del Obispo de Quito Don Josef Pérez Calama, con una serie de dictámenes de la Fiscalía General, Contaduría, Sala 2a. del Consejo, etc., donde se reúnen tanto las opiniones de los altos funcionarios del Consejo como de los Presidentes de Quito, incluido el muy res-

13. R.C. 22-IX-1590: Presidente y Oidores de mi Real Audiencia que residen en la Ciudad de San Francisco de la Provincia de Quito: Yo he sido informado que esa tierra se va enflaqueciendo por haber falta de minas y no entrar en ella oro ni plata de otra parte y que así convenía mucho se labrasen las minas de Conducta, Cuenca y Zaruma y poblallas de negros, dándose sobre ello la mejor orden y traza que se pudiese; y porque quiero ser informado del estado en que se halla la labor y beneficio de las dichas minas y la orden que se tiene de proveer de indios para el servicio de ellas y la que se podría dar para que fuesen en aumento y se descubriesen y labrasen otras en beneficio de esa provincia, os mando que habiéndolo considerado muy atentamente, me enviéis relación de todo con vuestro parecer para que visto se provea lo que convenga. Colecc. de Cédulas dirigida a la Aud. de Quito, Tom.I, 1538-1600. Publics. del Arch. Municipal, vol. IX, Quito, 1935.

14. Cfr. Estrada Icaza, J. *Historia del Ecuador*, obr.cit. p. 108. Si bien ese fuera el principio de la crisis textil, se completó definitivamente con el libre comercio que posteriormente se decretará para todas las Indias.

15. Id, id, págs. 108 - 110.

ponsable y competente Barón de Carondelet¹⁶.

Ante esa realidad de la Sierra ecuatoriana abocada al deterioro desde finales del siglo XVII, se da la compensación de la Costa, desde el siglo XVII en auge cada vez mayor, sin que por ello deje de sufrir las limitaciones de la política general económica de la Corona, y su peculiaridad de puerto apetecido de piratas y filibusteros.¹⁷

Aunque de inmediato analicemos la trascendencia que tuvieron los Astilleros y la rica producción cacaotera, es indudable que si la Costa logró ser lo que fue, hay que atribuirlo en principio a la importancia como puerto principal en el Reino de Quito, a través del cual se tenían que realizar todas las importaciones y exportaciones destacándole en el comercio de la Mar del Sur.

Pero Guayaquil y su provincia no sólo contaban con los grandes rubros: astillero, cacao y maderas, sino que tenían además una abundante serie de productos que podemos calificar de secundarios sin que en otras circunstancias lo hubieran sido tanto: “algodón, arroz, pescado salado y seco ... ganado vacuno, mular y otros... tabacco, cera, maní, ají, lana de ceibo...”, que no pudieron menos de admirar a Jorge Juan y Ulloa¹⁸; productos que en su mayoría abastecían la serranía quiteña y las zonas limítrofes de Perú y Nueva Granada, aunque mucho de este tráfico lo fuera más de contrabando o extraoficial, pero que en situaciones de escasez o de ventaja de precios se hacía muy considerable.

La tenaz y rigidísima restricción del comercio guayaquileño con Centroamérica y México, que sin duda tenía por principal motivo el proteccionismo hacia el cacao venezolano y el evitar la entrada de “ropa china”, se aca-

16. Reig Satorres, J.: *Medios de socorrer y fomentar el Reino de Quito y sus vasallos*, en Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano, vol. VI, Quito, 1980, págs. 647-714. Una buena parte de las causas del problema se observa en las siguientes palabras: Que la época de la decadencia de aquellas Provincias (Quito) ha sido la de sus fábricas, y obrajes, ocasionadas por la grande introducción de los paños de segunda, lienzo, y demás ropas en aquellos Reynos por el Cabo de Hornos, con los cuales no pueden competir sus géneros en los Mercados de Lima, y demás de todo Perú, que ellas surtian antes abundantemente no sólo de paños, bayetas, sayales, y otros efectos de lana, pero también de lienzo, medias, gorros de algodón, trencillas, rosarios, peynes, tinteros, cuadros, estatuas, cedazos, rengos, restas, y otras menudencias que en el día provee la Metrópoli a precios más acomodados, mediante el incremento que ha tomado su comercio y la perfección de las máquinas de que carecen aquellos habitantes. AGI, Quito 223, ff 54v-55.

17. En opinión del empeñoso investigador costeño Estrada Ycaza: Con punto de partida debe considerarse que más que sus afamados artilleros coloniales, más que la misma riqueza del litoral, ha sido siempre el comercio el motor de Guayaquil. Un anónimo pelagudo observador quedó impresionado en 1820 por el peculiar ambiente que matizaba el actuar de propios y extraños: «El hombre laborioso, al pisar este país, se hace comerciante por un influjo irresistible». La plutocracia guayaquileña de comienzos del siglo XIX no tenía una visión de túnel; sus miras eran más amplias. El «gran cacao», el grupo de influyentes cosecheros de cacao que eran simultáneamente comerciantes-exportadores o que estaban ligados a éstos por vínculos familiares o de amistad, era cosmopolita”.

18. La razón humana del autor se expone de esta manera: La naturaleza era su aliada. Mientras el indígena de la serranía tenía que vertir en la tierra todas sus energías para poder subsistir, en la Costa el montubio ha tenido siempre que pedir misericordia para evitar que la naturaleza lo ahogue con su feracidad. La desfavorable relación esfuerzo-producción que prima en la Sierra es indudablemente un factor que contribuyó a la rebeldía... En la Costa una productividad multiplicada compensaba sobradamente el esfuerzo empleado”. Estrada Ycaza, J., *La lucha de Guayaquil por el Estado de Quito*, obra manuscrita que al autor nos permitió ver gentilmente, cap.VIII, págs. 1-2.

18. Jorge Juan y Ulloa, *Relación histórica*... obr. cit. Primera Par., Tom.I, lib. IV, cap. X, 274 ss.

ba de completar con el monopolio que quería mantener para Guayaquil el Consulado de Lima¹⁹. Circunstancias éstas que inevitablemente lanzaba a los audaces guayaquileños a que penetrasen de lleno en el terreno del contrabando, única razón que puede explicarnos cómo, ante una legislación agudamente restrictiva para salida de productos de la Presidencia, se observe en la Costa un indiscutible florecimiento del comercio dentro de lo que eran las características de la época.²⁰ Mucho sorprende al conocer la historia de *El Realejo*²¹ el constatar el continuo movimiento de barcos guayaquileños, unas veces por viajes directos y, otras, por “arribadas forzosas”, que según se dice obedecían a causas de mal tiempo, lo cual siendo cierto en algunos casos, se ve con claridad que dichas “arribadas” tanto a las costas centroamericanas como a las de la Nueva España, eran perfectamente planeadas.

Si el siglo XVII es para la Costa como el despertar de un gran activismo mercantil, su florecimiento alcanza honda raigambre en el siglo XVIII, tal como lo muestra el gran movimiento del puerto con su relevante salida y entrada de mercancías que ponen en evidencia lo que de ahí en adelante será “la vitalidad guayaquileña”²², y que los cuidados estudios de Hamerly confirman por la composición de sus vecinos²³.

El despertar mercantil guayaquileño coincide con la creación del Consulado de Lima²⁴, ante el cual primero, y muy posteriormente con el Consulado de Cartagena en Nueva Granada, habrá que mantener una pelea constante, pues no cabe duda que se trató continuamente de absorber y monopolizar el vigor comercial del puerto de la Presidencia quiteña, que si salió adelante fue debido, en buena parte, a saber sortear con ingenio y audacia las prohibiciones legales. A ese vigor, ayudó también, el incremento

19. En algún instante esa presión fue tal, que los vecinos de Guayaquil y su distrito recurren al Cabildo, para que se mande un Procurador ante el Gobierno Superior —virreinato—, y si es necesario ante el Monarca. Cfr. *Los vecinos de esta ciudad y su jurisdicción sobre se ocurra al Superior Gobierno, pidiendo la libre salida y extracción del cacao a Panamá, y Tierra Firme, que a petición del Consulado de Lima, se prohíbe por tiempo de dos años*, Guayaquil, 1698; Archivo de la Secretaría Municipal, Guayaquil, Documentos varios, 1698-1729, II. Transcripción de Julio Estrada Ycaza. Rev. del Archivo Histórico del Guayas, NO. 16, Diciembre, 193. Documentos, págs. 127-132.

20. En ocasiones tenemos la impresión de que aficionados —y por tanto carentes de una visión de la realidad de conjunto—, y hasta historiadores un poco parcializados, valoran la actividad mercantil en relación con volúmenes y cantidades de nuestros días. Hoy mismo se puede observar en el país —algo similar a otros lugares del Continente— que hay grandes espacios de territorio cuyos productos no pueden comercializarse por carencia de vías, encarecimientos de transportes, y factores humanos, que valdría la pena comparar con lo que de hecho sucedía en siglos pasados.

21. Cfr. Rubio Sánchez, Manuel, *Historia del Realejo*, Colección Cultural Banco de América; Serie: fuentes históricas, No. 14. Managua 1975.

22. El intenso comercio de Guayaquil con Perú, Chile, México, Centroamérica, etc., le motiva esa expresión a Lawrence A. Clayton, *Los astilleros de Guayaquil colonial*, Publicaciones del Archivo Histórico del Guayas, Guayaquil, 1978.

23. Cfr. Hamerly, Michael T., *Historia social y económica de la antigua provincia de Guayaquil, 1763-1842*. Publicaciones del Archivo Histórico del Guayas, Guayaquil, 1973, Tabla 21, págs. 114-115.

24. Relación del estado de gobierno de estos reinos que hace el Marqués de Montesclaros al señor Príncipe de Esquilache, su sucesor, 12-1615: Me pareció conveniente esforzar la conservación de tan importantes vecinos —la universidad de Mercaderes— para la estabilidad de estas provincias. Tomé por medio entre otros formar un Tribunal de Consulado que hasta ahora no habla en el reino, aunque diversas veces se intentó por otros virreyes, queda ya en forma y con ordenanzas para su gobierno. Cfr. Hanke, L., *Los virreyes... Perú II*, obr. cit. p. 13.

demográfico continuo que especialmente en el siglo XVIII absorbió en la Costa una población desorientada de la serranía²⁵ ante tantas catástrofes naturales, y la crisis textil a la que ya se hizo referencia.

II. Sierra y Oriente

Quito

Muy pronto Quito, cabeza del Reino, se incorpora a la nueva civilización para vivir con mucha prestancia, engalanándose incluso con muy bellos monumentos.

En una descripción anónima que se sitúa hacia 1615, luego de referirse a la estructura de su Audiencia, se dice que es “ciudad grande y de bon trato, muy abundante de trigo y de muchos ganados ovejunos de cuyas lanas labran gran cantidad de paños y bayetas y cordellates, bayetas y cobertores... Y por todo el reino es tierra fertilísima...”²⁶.

Más o menos por la misma época dice de Quito Vázquez de Espinosa, que es “muy abundante, abastecida, regalada y barata”, lo cual certifica al mostrar los precios de los más comunes productos que completa con “grandísima cantidad de cordobanes que es muy gran trato”, junto a sus manufacturas —debe referirse a los obrajes— que comercia con “la ciudad de Los Reyes y otras partes”, al mismo tiempo que se refiere a su abundancia de oro y plata —estuvo por Zaruma—, aunque ya para esas fechas no eran tan abundantes como lo fueron en el siglo anterior²⁷.

Datos todos ellos de acuerdo con la Descripción y Relación que el Obispo de Quito, Ilmo. Don Agustín de Ugarte y Saravia mandaba a solicitud del Rey por R.C. de 8-XI-1648, y que el Prelado mandó redactar al clérigo Diego Rodríguez de Ocampo, quien dice de la ciudad de Quito, que tiene “35.000 vecinos y moradores dentro de la ciudad y las cinco lenguas... (que con) criollos y traginadores, mujeres, niños y de todo sexo, 25.000 personas”; aunque quejumbroso al final, para así lograr más ayuda del Rey, dice con toda naturalidad, que “es ciudad que merece justamente este nombre”.²⁸

Ese sagaz y curioso *trotamérica* que fue Gregorio de Robles, hospeda-

25. Hamerly, M.T., *Historia social...* obr.cit. cap.IV, págs. 65-89.

26. *Descripción del Virreinato del Perú*, crónica inédita de comienzos del siglo XVII, Rosario, Argentina, 1958, p.23.

27. Cfr. Vázquez de Espinosa, Antonio, *Compendio y descripción de las Indias Occidentales*, BAE, tom. CCXXXI, lib. III, cap.VI, No. 1095-10, p.255, Madrid, 1969.

28. Descripción y Relación del Estado Eclesiástico del Obispado de San Francisco de Quito que se ha hecho por mandado del Rey N.S. en virtud de su R.C. (8-XI-1648) dirigida al Ilmo Sr. Don Agustín de Ugarte Saravia, Obispo de Quito, del Consejo de S.M. por cuya orden la Diego Rodríguez Ocampo, clérigo presbítero secretario del Venerado Dean y Cabildo de aquella catedral. Año de 1650, Cfr. Jiménez de Espada, *Relaciones Geográficas de Indias*, III, Ap.1. BAE, tom.CLXX, Madrid, 1965, págs. 5-77.

do en Quito por el Presidente Mata Ponce de León, cuenta que “vio la ciudad, que es muy hermosa, de gran comercio, y abundancia de todo género de frutos, y de una riqueza particular... y como los obrages que allí hay son tantos y rinden tanto fructo, se mantiene la ciudad con opulencia”²⁹.

Conocida como lo es la perspicacia de Jorge Juan y Ulloa, todavía se sorprenden en el primer tercio del siglo XVIII, hasta el extremo de hacer un buen canto a la abundancia de frutos, granos, carnes, etc., y a los tejidos que vendidos a Lima surten “todas las provincias interiores del Perú... grande en utilidad”, siendo Quito “de un Vecindario crecido... que atendida con respeto a otras Ciudades de las Indias no es considerable; pero tampoco se puede reputar por Ciudad Pobre. En otros tiempos fue más opulenta de Caudales según muchas noticias que se conservan de las memorias antiguas”³⁰.

Todos estos datos que por varias y abundantes fuentes se repiten de una y otra forma confirmando la realidad, es lo que resume Alcado, cuando dice ser “tan fértil y abundante de toda especie de frutos así de los que se conocen en ambas Américas como de los de Europa, que como dijo un célebre autor, no hay por necesidad quien trabaje; cría infinito ganado de todas clases, y de sus lanas fabrican en muchos obrages gran cantidad de ropas de la tierra, como pañetas, bayetas y jergas, de que antes se abastecían todas las provincias del Perú y hacían un considerable comercio, como de tejidos de lienzos de algodón; tiene minas de oro, plata, cobre y demás metales, pero no se trabajan, y lo mismo sucede con las que se han descubierto de azogue... y de bellísimos mármoles... trigo, cebada, toda especie de menestras y papas...”³¹. Es evidente que las expresiones en pasado sobre los tejidos y el comercio indican que ya el Reino de Quito –Sierra– se halla en su período de decadencia cuando Don Antonio redactaría lo referente al territorio que le vio nacer.

En cuanto a la incipiente actividad industrial que en la serranía se vio reducida a discretos trapiches, curtimbres y molinos, no se acabó nunca de desarrollarse en el Quito andino, aunque en el siglo XVIII no faltaron intentos de cierta envergadura, como aquel de la instalación de una fábrica de loza que acabó por no realizarse³².

29. Cfr. Gregorio de Robles, *América a fines...* obr. cit. cap. VII, p. 71.

30. Cfr. Jorge Juan y Antonio de Ulloa, *Relación histórica...* obr. cit. Tom. I, lib. V, cap. V, págs. 363 y 378, No. 645 y 672; cap. VII, págs. 388 - 401, Nos. 686-708; y cap. VIII, págs. 402-404, Nos 709-715.

31. Alcado, Antonio de, *Diccionario geográfico de las Indias Occidentales o América*, tom. III, págs. 277-281. BAE, vol. CC-VII. Madrid 1967.

32. AGI, Quito 306 y 377, contienen los 70 folios del planteamiento de D. Salvador Sánchez Pareja. Parece ser que las razones de exclusividad y privilegio que reclamaba Sánchez Pareja, para conservar su monopolio para toda Suramérica, motivaron que el Consejo de Indias aconsejara que más bien se tratase de cubrir las necesidades de la región, y nada más. Todo quedó en nada. Tal vez por esto el quieto inventor Sánchez Pareja surge de nuevo intentando diseñar dos máquinas: una para moler cacao y otra para pilar arroz; toda más –lo cual no deja de ser curioso para la época–, diseñó “dos

Si bien es evidente que lo más relevante de Quito, en cuanto al comercio y toda actividad mercantil, fueran sus tejidos, cabe también destacar otros productos que en mayor o menor cantidad *complementaron aquella* mayor producción.

Latacunga, por ejemplo, según Vásquez de Espinosa, es tierra de “muchísima abundancia y regalo”, con gran cantidad de granos, ganado mayor y carneros marinos, de ahí sus obrajes valiosos³³, y que de inmediato estudiaremos en el conjunto del reino. Algo muy peculiar de Latacunga fue su producción de pólvora.

Una de las primeras noticias sobre la producción de pólvora en Latacunga la hallamos con motivo del ataque de Drake a Guayaquil en 1579 por el envío de la fabricada por un tal Pedro Domínguez. Tal vez esta noticia llegó a la Corona y de ahí la pregunta del Monarca en la R.C. dirigida a la Audiencia de Quito en 1626 que motiva la información del Presidente Morga al Virrey Marqués de Mancera y el establecimiento definitivo de la fábrica de pólvora en Latacunga³⁴. Su buen funcionamiento se confirma en 1681 por la relación que el virrey Conde de Castelar hacía a su sucesor Don Melchor de Liñan y Cisneros³⁵.

máquinas adicionales para extraer aceite de higuerilla y de nav para usarlo en el alumbrado de la ciudad (en este caso Guayaquil). Cfr. Hamerly, Michael T., *Historia social...* obr. cit. cap. VI, págs.134-135

33. Vid Vásquez de Espinosa, obr.cit. No.1108, p. 257.

34. Presidente y Oidores de mi Real Audiencia de la Ciudad de San Francisco de Quito... habiéndose entendido en mi Consejo y Junta de Guerra de Indias que en esa Provincia hay muy buena disposición para hacer labrar la dicha pólvora, en mucha cantidad y a precios moderados, por ser en esas partes los ingredientes de que se hace muy a propósito y eficaces, y salir muy refinada y de mucho alcance, y moderados los jornales de los indios que trabajan en recoger el salitre y otros materiales, se ha tratado y platicado si convendría asentar en ella la labor y beneficio de la dicha pólvora; y porque para tomar en esto la más acertada resolución que convenga y sea necesario quiero saber qué disposición hay para ello y en qué partes se podría labrar mejor y con más comodidades y a menos costa y cuántos quintales se podrían labrar cada año y cómo saldrá cada uno, os mando me enviéis muy particular relación de todo, con vuestro parecer, para que visto por los del dicho mi Consejo y Junta de Guerra, se provea lo que convenga. Fecha en Barcelona a diez y nueve de abril de mil seiscientos veinte y seis años. Vid Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano, vol.IV, págs.143-144. Quito-Guayaquil, 1976. De nuevo el Monarca escribe a la Audiencia el 23-II-1642 ordenando se envíen “sin ninguna dilación” 500 quintales a Portobelo para que los recoja la Armada y “sirva para su defensa y seguridad de vuelta”. R.C. Madrid, 23-II-1642., en Colección de Cédulas Reales dirigidas a la Audiencia de Quito, 1601-1660. Publs. Arch. Munic. vol.XXI, págs.334-335. Quito, 1946.

La Audiencia informa al Virrey Marqués de Mancera el 15 de septiembre de 1642 que la fábrica de Latacunga se paralizó por orden del Virrey Conde de Chinchón al Presidente de Quito Morga en Diciembre de 1634 por falta de pedidos, pero que para las necesidades regionales tienen 147 botijas de 35 libras (--\$145) que quedan a su disposición, y esperan sus órdenes para que la fábrica funcione de nuevo. Cfr. Id, Id, págs. 345-346.

El virrey Marqués de Mancera contesta a la Audiencia el 25 de octubre de 1642 diciendo que ya mandó lo pedido por el Rey y no es nesario que la Audiencia mande la pólvora a Portobelo; pero de nuevo escribe el Virrey a la Audiencia indicándole que ponga en marcha la fábrica de Latacunga. Vid. Id Colección... págs. 346-347. La Audiencia contesta a esa carta del Virrey el 1o. de febrero de 1643 informándole de la reapertura de la fábrica. Cfr. Id, id, p.350

35. Remiti al señor Presidente de Panamá de la pólvora que se fabrica en Lima 10.285 libras y el general de la armada Don Josef de Alzamora le entregó en aquella ciudad, de la que llevaba en ella 40 botijas con 2.249 libras; que ambas partidas hacen 12.535 libras y con otras 12.000 que de mi orden se le remitieron de Guayaquil de la que hice labrar para el efecto en el asiento de Latacunga por ser más barata, hacen 24.535 libras. Cfr. Hanke, L., *Los virreyes...Perú V.*, obr.cit., No.160, p. 134. Relación del Conde de Castelar a su sucesor, Don Melchor de Liñan y Cisneros, 13-IX-1681. BAE, vol. CCLXXXIV, Madrid, 1979.

Asiento muy bueno, y bien poblado de naturales, fue Ambato y su comarca, con lugares bien conocidos desde el principio como Pelileo, Patate, San Andrés, Chambo, etc., de cuyo territorio decía Vásquez de Espinosa, que tenía “temple de primavera, muy abundante, barato y regalado, donde hay muchos frutos de la tierra y de España, higos, duraznos, manzanas y las demás en abundancia. Hay mucha frutilla de Chile, que son las frescas...”; zona de ingenios de azúcar, y algo que explica el fundamento de sus obrajes como los de Riobamba, cuando el mismo observador nos asegura contarse en aquella zona hasta 600.000 carneros, junto al abundante ganado mayor³⁶.

Otras referencias contemporáneas y posteriores siguen confirmando ser “tierra tan pingüe en granos y frutos, que en un mismo día están en ella sembrando, segando y trillando”, tal como puede seguir hasta hoy, por lo que se contaba de Ambato su “fertilidad y gran comercio”³⁷.

Riobamba era el Corregimiento, y por tanto el eje de cuanto acabamos de decir; se distinguía por su cierta prestancia, propia de haber sido la primera ciudad fundada en el Reino de Quito con vecinos prominentes, de ahí que a su paso comentara con naturalidad Gregorio de Robres: “La ciudad es hermosa y no pequeña... muchísimos los obrajes... la campaña tiene todo género de ganados y sementeras, de modo que puede mantenerse con comodidad”³⁸, y con la fertilidad asombrosa que tanto admiraba a Jorge Juan y Ulloa de los varios lugares del actual Ecuador³⁹. Ya desde fines del siglo XVI se le calculaban 80.000 cabezas de ganado vacuno en el distrito⁴⁰; y Alcedo estimaba para todo el corregimiento una producción de 14.000 arrobas de lana al año⁴¹.

Los otros dos corregimientos relevantes que circundan a Quito son, el uno Otavalo y el otro San Miguel de Ibarra. De ambos dirá Vásquez de Espinosa que es zona sumamente fértil, rica y opulenta, con un elemento muy valioso como es el humano por su densidad, afirmando incluso que “es de la tierra mejor y más poblada de las Indias”⁴².

Esa población abundante permitió multiplicar los obrajes de Otavalo en gran número, haciéndoles opulentos dada su gran inclinación a los tejidos, cuya artesanía hasta hoy sigue famosa; su peculiaridad fue el ser de

36. Vásquez de Espinosa, A. obr. cit. lib.III, cap.IX, no. 1110., p.257.

37. Alcedo, A., obr.cit. I, BAE vol CCV, p.50, Madrid, 1967.

38. Gregorio de Robres, obr.cit.cap.VII, págs. 70-71.

39. Jorge Juan Ulloa, *Relación...* obr. cit.lib.VI, cap.I, No. 760, págs. 426-427: Las haciendas... son muchas, y grandes; las de obrajes cuantiosas, y en mayor número que en ninguna otra parte de la Provincia; cuyos indios por naturaleza son inclinados a texar en especial los del Pueblo de Guano... Las haciendas de ganado Lanar, u ovejeras, son también muy opulentas; y estas proveen de Lanas todos aquellos obrajes. La fertilidad de la tierra es mucha... se ve con más frecuencia lo que tengo dicho en otra parte; pues al mismo tiempo que se siembra en un lado, se siega de inmediato en otro; espiga la sementera, que está ya en sazón para ello; empieza a nacer la que ha poco que se sembró...”

40. Estrada Ycaza, J., *Historia...* obr.cit.Cuaderno 23, p.97.

41. Alcedo, A., obr.cit. III, p.307.

42. Vásquez de Espinosa, A. obr.cit. lib.III, cap. VII, No.1104.

algodón, dada la gran producción y calidad que daba Ibarra por la benignidad de su clima. No faltaba tampoco la abundante producción de granos y la calidad del ganado mayor, y de ahí, como algo peculiar, resultó la abundante producción de quesos que llega hasta nuestros días con gran prestigio para la industria de Cayambe. Abundan las fuentes de los siglos XVII y XVIII que confirman lo dicho por Jorge Juan y Ulloa⁴³, tal es el caso de Alcedo⁴⁴.

Loja

Del período que nos ocupa y de la materia mercantil de cierto volumen, cabe decir de Loja que tiene cuatro productos de consideración: tejidos, aunque no hemos logrado hasta el momento mayores datos de su volumen, sabemos que sus buenas y ricas alfombras se conocen en toda la Presidencia; de la exportación a otras provincias o reinos poco se sabe⁴⁵.

Otra línea es la abundancia de ganado vacuno que se vende hasta Quito, y en mayor cantidad va hacia el Perú. Parece ser que también era numeroso el ganado mular.⁴⁶

Lo relevante de Loja, al menos durante el siglo XVIII es la cascarilla o quina, y en parte, también, la cochinilla que permitía los lindos colores para sus tejidos. De la cochinilla opinamos, al igual que en Ambato y Cuenca, que hay una producción relativa, que debió abarcar las necesidades de la Presidencia; si bien es cierto que dada la producción de toda la Sierra quiteña y Cuenca debió ser considerable.

Jorge Juan y Ulloa son quienes, según su costumbre⁴⁷, dan con detalle la referencia precisa de todo lo relativo a la existencia y calidad de la quina o cascarilla, que aquí nos interesa por su volumen de producción y comercialización, pues es “la principal riqueza de este país llamada allí cascarilla de Loja, que no se halla en otra parte, y sólo de él se provee todo el mundo, haciendo un cuantioso comercio de tan precioso fruto con todas las naciones⁴⁸”. Pío Jaramillo, historiador lojano, describe desde su origen indígena hasta los tiempos modernos la trayectoria seguida por la quina o cascarilla y su importancia para la medicina y para la ciudad de Loja⁴⁹.

43. Jorge Juan y Ulloa, obr. cit., Tom., I, lib. VI, cap. I, No. 720-735.

44. Alcedo, A., obr. cit. III, págs. 72-73. Por su curiosidad sencilla y espontánea tienen valor idénticos criterios expresados por Gregorio Robles, obr. cit. cap. VII, p. 733.

45. Aunque Alcedo dice que “su principal comercio es el de los tejidos de lana y algodón de que tienen muchas fábricas (entiéndase telares) y de alfombras excelentes que tienen particular estimación”. Vid obr. cit. II, p. 329.

46. Jorge Juan y Ulloa, obr. cit. Tom. I, lib. VI, cap. II, No. 802.

47. Id., id No. 784-786, págs. 440-441.

48. Alcedo, A., obr. cit. II, p. 329.

49. Jaramillo Alvarado, Pío, *Historia de Loja y su Provincia*, Segunda Parte, cap. I, t. págs. 188-193, Casa de la Cultura Ecuatoriana, Quito, 1955. En la obra se indican las reservaciones de zonas que el rey quiso se dedicaran para la Real Botica de Madrid; la vigilancia que se le exige al Presidente de la Audiencia para el cuidado y conservación de los bosques; como el 28 de Abril de 1752 los vecinos se dirigieron al Presidente de la Audiencia de Quito denunciando el negocio que están

Un índice claro de la real importancia de este comercio, largos años monopolizado en exclusiva en los montes de Loja y parte de Cuenca, es el memorial —en su momento lo estudiaremos con detalle— que el comerciante D. Miguel de Jijón y León entrega al flamante Ministro de Indias José Gálvez, según el cual entre 1745 y 1758 se enviaron a la Península Española 2.431.389 libras de cascarilla que suponía millones de pesos al ser distribuida y renegociada por toda Europa. El análisis muy preciso y exacto del referido comerciante le lleva a lamentar que no se cuide una comercialización tan importante y rentable; él cree, y lo demuestra, que ese comercio de cascarilla unido a otros valiosos productos, como el cacao de Guayaquil, el café, etc., tendría rendimientos superiores a lo que se saca de la plata de Potosí, y según explica al Ministro: “...por una libra que se trae a España, se llevan dos, o tres los extranjeros, que ya tienen conocidos aquellos comercios, donde la pagan bien, por no verse precisados a venir a comprarla en España donde por precisión la habían de tomar recargada de derechos Reales y particulares, como de los exorbitantes fletes, que llevan los poquísimos navíos Españoles⁵⁰, como que ellos también consiguieron sus licencias en el crecido gravamen de toneladas.⁵¹”

Una gran ayuda para completar la riqueza de cascarilla o quina de Loja se halló en ciertos bosques de Cuenca, que ante el desorden y descontrol que la exigencia de los extranjeros había despertado en la explotación de los bosques, ayudaron a mantener el ritmo de producción. Tanto es así que de Loja y Cuenca entre enero y septiembre de 1785 se sacaron 1.232.945 libras.⁵²

Cuenca

Es indudable que junto a Quito y Guayaquil, es Cuenca y su rico territorio agropecuario el tercer elemento que configura la relevancia del Reino de Quito, con una ventaja, cual es que al decaer desde finales del siglo XVIII la riqueza comercial quiteña por la crisis de los tejidos y los lamentables fenómenos naturales, Cuenca compensa en buena parte esa crisis, que aún en el ramo tejidos mantiene su mejora frente a Quito y su provin-

explotando comerciantes de Pira “comprándola a los necesitados de ésta en precios muy bajos, y vendiéndola ellos a precios subidos”; así mismo el Cabildo de Loja en 21-IV-1782 prohíbe la explotación de la cascarilla de Uritusinga y Cananuma donde se daba la mejor calidad y parece ser que estaban destrozando los contrabandistas.

50. Dicho comerciante le dice a Gálvez que mientras circulaban un máximo de cuatro o cinco barcos de registro españoles durante el año, los extranjeros tenían alrededor de 600 barcos para sacar mercancías de sus posesiones ya logradas y para el contrabando.

51. AGI, Quito, 223. El autor del memorial sostenía que un buen cuidado de la forma de cosechar aseguraría una producción de 600.000 a 700.000 libras anuales. El mismo pudo constatar en 1764 que la quina llegada a Cádiz era de 800.000 libras, si bien la irregularidad y descontrol apuntado anteriormente motivaba grandes variantes en las cantidades que se producían cada año o se hacían llegar.

52. Palomeque, Silvia, *Historia económica de Cuenca y sus relaciones regionales*, art. en Revista del Archivo Nacional de Historia, Sección del Azuay, No.1, Cuenca., 1979, págs. 126-128.

cia⁵³. El hecho mismo de que una buena parte de la riqueza producida en Cuenca tenga relación con Guayaquil y no con Quito, explica el florecimiento cuencano de fines del siglo XVIII y principios del XIX.

De la información genérica que dan las fuentes de los siglos XVII al XIX, sabemos que Cuenca tiene “más de 500 vecinos españoles; su temple es de primavera, de buen cielo, y la tierra muy alegre, apacible, abundante y barata tanto como la ciudad de Quito por el mucho ganado que tiene en su comarca donde se coge mucho trigo y maíz”⁵⁴.

Parece ser que hasta mediados del siglo XVIII los tejidos de Cuenca tienen un volumen relativamente bajo, pues así lo muestra la valoración que hacen Jorge Juan y Ulloa buenos observadores de todos los detalles; según ellos es una industria casera⁵⁵ de mucha calidad —mejor que la de Quito, y tal vez aquí esté el secreto de su conservación ante la competencia que no pudieron soportar los tejidos de Quito—, pero “pequeño comercio”. Es decir, no parece que se dio en Cuenca el tipo de obraje quiteño, sino una “pequeña industria doméstica” que, en una población indígena numerosa hizo multiplicar su volumen hasta el extremo que estudios recientes —todavía incompletos— señalan para 1802 una producción de bayetas y tocuyos de 723.778 varas, de los cuales se envían a Chile 136.540 varas; a zonas limítrofes peruanas un poco más de 60.000 varas; a Lima 254.981 varas; a Panamá 6.284 varas; a Guayaquil 250.448 varas que hacía llegar a distintos puertos del Mar del Sur; y el resto a diferentes poblaciones de la misma Presidencia de Quito⁵⁶.

El valor total de esos tejidos —si nuestro cálculo no es erróneo— sobrepasaría los 160.000 pesos, cantidad nada despreciable en esa época, pues en 1791 un registro de exportación de Guayaquil en el que se incluyen 320.000 varas de tocuyos de Cuenca sube a 70.000 pesos⁵⁷.

De la producción cuencana de cascarilla o quina no tenemos datos precisos, pero sí la referencia de varias fuentes en que se insiste en la existencia de bosques y su extracción⁵⁸.

53. Por ligeros datos, y más por intuición, sostuvimos siempre ese criterio, pero últimamente la iniciación de investigaciones realizadas en el Azuay muestran con datos que Cuenca no estuvo decadente en los finales del periodo indiano.

54. Cfr. Vázquez de Espinosa, A. Obr.cit.lib.III, cap.XV, No. 127, p.264.

De su paso por Cuenca dice Rodrigo de Robles, que llegó a la apacible hermosa ciudad de Cuenca, que parece con sus vías, fructos, ganados, y poblaciones a la de estas provincias... Tiene esta Ciudad gran número de telares, y muchos mercaderes que tragan a Quito y el Perú. Tienen gran copia de granos, con la circunstancia de dar dos cosechas cada año, y tienen también grande copia de ganados mayores y menores... Obr.cit.cap.VII, p.70.

55. Las mujeres son al contrano trabajadoras, muy dadas a la labor; hilan Lanas y tejen Bayetas, las cuales tienen fama así en aquella provincia, como en las demás del Perú, por su buena calidad y finura de los tintes que les dan (—no olvidemos que en sus montes tienen cochinilla y cascarilla, para el tiempo magníficos colorantes—); y también hacen algunos Tocuyos: ellas son quienes intervienen en los tratos con los mercaderes, compran, venden, y conservan aquel pequeño comercio. Cfr. Jorge Juan y Ulloa, obr.cit.Tom.I, lib.VI, cap.II, No.775, p.434.

56. Palomeque, Silvia. Art.cit. cuadro No. 1, p.247.

57. Estrada Ycaza,J. *Historia...* obr.cit. cuaderno 23, p. 109.

58. Vid., contenido de la nota 52. También Vázquez de Espinosa, obr. cit., p. 264. Jorge Juan y Ulloa son los más explícitos al decir: En la jurisdicción de Cuenca se han descubierto muchos parages de Montaña, donde también se crían árbo-

Oriente

Las provincias de Quixos y Macas, Jean de Bracamoros, etc., no tienen la producción suficiente para tomarse en cuenta desde el ángulo que estamos enfocando el trabajo, pues la población reducida y esparcida por grandes territorios carentes de las mínimas comunicaciones indispensables, convertía esas tierras en lugares ricos y feraces para el futuro, pero de momento incapaces de competir con sus productos⁵⁹. Sin embargo parece que en esos territorios se producía buen tabaco y algodón. El tabaco además de venderse en la Presidencia, llegaba al Perú y hasta a Chile⁶⁰; el algodón se consumía en los obrajes, que por supuesto necesitaban mayores cantidades. En cuanto a la canela, que motivara la famosa expedición de Gonzalo Pizarro, al no tener la calidad del oriente asiático es natural que su cultivo no pograra.

Obrajes

Vamos a enfocar en este apartado la visión general de los obrajes en la Presidencia de Quito, teniendo en cuenta que aquí el estudio nos interesa desde el ángulo fundamental de su alcance mercantil y sus consecuencias en la riqueza del territorio⁶¹.

Se ha dicho con buen fundamento, que “los obrajes fueron, durante el siglo XVII, la única actividad que prosperó en el interior. Los tejidos de lana quiteños tenían demanda dentro y fuera del territorio de la Audiencia; las ovejas se criaban sin dificultad, y desde Ibarra se confeccionaron buena cantidad de tejidos de algodón. A los buenos resultados logrados comercialmente al estimularse el desarrollo de las provincias se unía otro aspecto práctico de sumo interés, como era el ser un medio fácil de cobrar el tributo a buena masa de naturales, de ahí que “la fabricación de paños

les, y estando yo en aquella Provincia, hizo sacar una porción de cascarilla el Cura Mayor, que era entonces de Cuenca, y la remitió a Panamá, único parage para donde tiene salida: con este ejemplar, y asegurando los que la cortaban ser de la misma especie, que la de Loja, se dedicaron otros Vecinos de Cuenca a descubrir más, y hallaron montes espesos, y dilatados en toda la jurisdicción, que están llenos de estos árboles. Cfr. Tom.I. lib. VI, cap. II, No. 786, p. 441. Véase también Alcedo, obr. cit. p.405.

59. Jorge Juan y Ulloa refiriéndose en concreto al cacao en Jaen —siendo similar para Quijos y Macas— que crece como árboles silvestres: crece con vicio y dan fruto pródigamente los de cacao, cuya calidad no cede al que se cultiva: pero allí sirve de poco, por ser su consumo en aquellos Países inmediatos tan escaso, que casi no tiene uso alguno; y si se hubiera de sacar para otras partes más distantes o para conducirlo a Europa levantaría tanto el precio con el costo de los fletes, que no sería soportable su valor; por lo cual se pierde en los árboles. Cfr. Obr. cit. Tom.I, lib.VI, cap.IV, No. 863, p.489.

60. Id, id.

61. Nuestra referencia a los obrajes en el presente trabajo tiene tan sólo la finalidad de incluir una fuente más de las varias que integran la riqueza del reino de Quito, y, por tanto, no está en nuestro ámbito: origen, desarrollo, trato con los naturales, clases de obrajes, etc.

62. Estrada Ycaza, J. *Historia del Ecuador*, obr. cit., cuaderno 23, p. 107.

será la que reciba el mayor empuje por parte de la administración superior⁶³, hasta que el abuso en el trato y explotación del trabajo llevará a las autoridades inmediatas a informar sobre su inconveniencia, y la Corona ordenará la estricta vigilancia y la supresión de determinados obrajes.

Sin duda alguna, un factor decisivo en el amplio desarrollo de los obrajes quitenos fue el crecimiento demográfico, algo muy distinto a lo que ocurre con los naturales de otras regiones del Continente, y, junto a ello, no menos esencial, por las características de la tierra: el clima, los pastos, etc.⁶⁴. Y en cuanto al posible volumen que movilizaba esa verdadera industria, sabemos que desde finales del siglo XVI existían en la Presidencia más de 2.000 pastores⁶⁵, que según los rebaños habituales que se cuidaban y descontando el ganado vacuno, podría calcularse alrededor de 1.600.000 cabezas de ganado lanar, teniendo en cuenta que sólo en Ambato y su comarca se calculaban 600.000 ovejas.⁶⁶

No disponemos todavía de base firme para poder plantear el volumen del movimiento económico que significaba ese resurgir de la producción de tejidos en el conjunto del reino durante todo el siglo XVII, que es el de mayor apogeo, y su continuación del primer tercio del siglo XVIII en que se inicia el receso —si excluimos a Cuenca—. Pero los datos parciales algo nos pueden indicar para deducir un adelanto del conjunto. Por ejemplo, sabemos por el informe del Presidente Ibarra en 1604, que en ocho obrajes de comunidad y cuatro de particulares, el valor anual de la producción de paños oficializada ascendía a los 150.000 pesos; y otro cálculo del Presidente Marqués de Selvaalegre en 1754 (hay que ver lo adelantado de la fecha) estimaba en cantidad igual y superior los doce obrajes de Riobamba; sin olvidar que a la vez se producía frazadas, jergas, jerguetas, sayales, etc.⁶⁷.

Esta orientación por el número de obrajes y su rendimiento puede servirnos para cálculos muy relativos, que por lo demás serían poco confiables, no sólo por la escasez de fuentes, sino porque de las salidas al exterior por Guayaquil por donde se dirigían a toda Suramérica pasando por Lima, no tenemos en Guayaquil esa documentación a causa de tanto incendio de la ciudad, como de las polillas. Y aunque contáramos con esos registro de salida a Lima y otras ciudades de la Mar del Sur, serían deficientes por la actividad particular de tantos comerciantes que compraban en los “muchos galpones”, y chorrillos que son oficinas en que trabajan por

63. Freile-Granizo, Juan. *Historia del Ecuador*, Salvat, obr.cit. p.144.

64. Ortiz de la Tabla Ducasse, Javier: *El obraje colonial ecuatoriano*. REV. de Indias, No. 149-150. Julio-Diciembre 1977, págs.474-475, Madrid, 1977. El autor llega a esa conclusión por la abundante documentación del Archivo de Indias, que le ofrecen los informes llegados de Quito. La realidad es todavía más real que esos informes.

65. Landázuri Soto, Alberto: *El régimen laboral indígena en la Real Audiencia de Quito*, Madrid, 1959. El autor recoge en su Documento 4 el Memorial que envía al rey el Presidente Dr. Miguel Barros de San Millán (AGI, Quito, 8), donde le dice: los ganaderos (indios pastores) serán otros dos mil y más, los cuales se mudan por Annos”. Vid p. 55.

66. Vid nota 36.

67. Cfr. Ortiz de la Tabla., art. cit. p.505.

menor estos tejidos⁶⁸. De Cuenca nos consta que los abastecedores de algodón y comercializadores de los tejidos producidos son los comerciantes de la “carrera de Lima”, algo similar a lo que sucede con Loja; luego, sabiendo que junto a los obrajes oficiales o controlados por licencia, existía una abundante producción marginada de toda fiscalización, cualquier cálculo, por tanto, de la producción y su rentabilidad será siempre deficiente.

Sabemos con más o menos precisión que en 1663, por un auto acordado de la Real Audiencia que firma el Presidente Don Antonio Fernández de Heredia el 5 de enero de ese año, se conmina una información de los obrajes, y de ella resultan 26, que por supuesto no son todos los de la Presidencia⁶⁹.

El 22 de febrero de 1680 se dirigía una R.C. “Para que el Virrey de las Provincias del Perú, y los Presidentes, Audiencias, Gobernadores y Corregidores, informen qué obrajes... hay en ellas, y con qué licencias están fundados y que se demuelan los que no las hubieren....”⁷⁰. A esta Real Cédula contestaba el Presidente de la Real Audiencia de Quito, Don Antonio Lope de Munibe, con un Informe de 34 folios, minucioso hasta el extremo de referirse a cada punto señalado en la Cédula, con detalle de obrajes y dueños en toda la Audiencia, que en total suman 50 obrajes⁷¹, y donde el Presidente, con objetiva valoración social y económica, recomienda la continuidad de los obrajes para el reino de Quito⁷².

En la **Descripción de la Provincia de Quito**, que se mandó al rey en 1754, al referirse a Latacunga y sus “diez y siete Pueblos”, precisa que “en estos pueblos se contienen veinte y ocho obrajes”⁷³.

El hecho aquí importante es que en toda la serranía de la Audiencia se

68. *Descripción de la Provincia de Quito*, del Marqués de Selvaalegre, Presidente de la Real Audiencia, de 20-IX-1754, Vid AGI, Quito 220, f.6; y el mismo en AGI, Quito, 278, f.6, con fecha 13-IX-1754.

69. Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano, vol.II: Autos Acordados de la Real Audiencia de Quito, 1578-1722, págs. 87-91. Quito-Guayaquil, 1971: Dijo que por cuanto en esta Ciudad y sus cinco leguas de ella y en los corregimientos de la Villa de Riobamba y Asiento de Latacunga hay muchos obrajes de labrar paños, jerguetas, bayetas, frezadas y otras cosas menudas, y algunos batanes donde se aliña y batana mucha ropa, con decir tienen licencia del Gobierno Superior para tener dichos obrajes y batanes, y labrar en ellos la ropa referida con indios voluntarios y otros que les están señalados de algunos pueblos, y para que se sepa en qué modo y forma tienen los dichos obrajes y batanes, qué licencias, con qué indios y a cómo les pagan en los oficios que cada uno tiene...

70. Muro Orejón, Antonio: *Cedulario Americano del siglo XVIII*, Tom.I, 40, págs. 72-76. Sevilla, 1956.

71. Landázuri, A., obr.cit. AGI, Quito, 69. Documento 32, págs. 110-158. Véase, también, Ortiz de la Tabla, J. art.cit. Apéndice II y III, págs. 538-541.

72. Al concluir su largo análisis e informe dice al rey: De todo lo cual se infiere que el uso de estos obrajes de comunidad y particulares son necesarios conservar y mantener para el buen cobro de vuestro real haber y para la utilidad de los mismos indios porque hallan en ellos en qué trabajar para su sustento y paga de tributos siendo también útiles para su conservación y aumento porque son buscados y reducidos a sus pueblos para los obrajes lo cual no se hace donde no los hay. Como también para el abrigo y vestuario de ellos, sus hijos y familias en esta provincia y para las otras de todo este Reino del Perú donde no tienen otra ropa de lanas que la que de ésta se envía.

Son útiles y necesarios para el comercio común y público y más para el derecho de vuestras reales alcabalas y almojarifazgos que por el mar y tierra destila esta ropa en las muchas partes donde se celebran ventas y conoras creciendo más en las provincias donde más se remonta; es muy útil este bien de la lana y el ejercicio de su fábrica especial y únicamente a esta provincia de Quito. Vid Landázuri, obr. cit. f. 34, p. 157.

73. Vid nota 68. Será interesante, cuando se realice bien un estudio del aspecto social de los obrajes en el país, tener en cuenta la idea que este Presidente de la Real Audiencia hiciera al rey recién posesionado de su oficio, al solicitarle se le

acabó creando una fuerte industria —palabra ésta más actual, pues para la época sería mejor decir artesanía—, cuya comercialización por toda Suramérica y aún Centroamérica supuso una riqueza indiscutible, aunque sin duda tuvo que realizarse a costa de no poco abuso de la mano de obra⁷⁴.

La decadencia para toda la producción textil serrana se inicia, como ya quedó apuntado, cuando instaurada la dinastía borbónica se empieza a permitir la entrada de barcos franceses en los puertos del Sur con la excusa de tomar agua y víveres⁷⁵, pero que en realidad descargaban mercancías, que por su mejor calidad hacía imposible a los tejidos quiteños lograr ningún género de competencia dada su tosquedad. Se ha calculado que entre 1714 y 1715 hay en los puertos de la Mar del Sur unos 40 barcos; sólo a medias se logra frenar lo que suponía ese contrabando por el año 1720⁷⁶. A la carga que este contrabando suponía, debemos unir, para Guayaquil, el que sus comerciantes introducían desde Acapulco: la famosa **ropa china** de la que se tratará en el contrabando.

No creemos, sin embargo, que fuera de mayor influencia negativa, al menos para Quito, el primer intento del comercio de España de limitar la producción textil en América, pues de una parte no la aceptó el Consejo de Indias, y, por otra, se hallaba ya limitada casi radicalmente cualquier concesión de nuevos obrajes⁷⁷. Tanto es así que todavía en 1740 Jorge Juan y Ulloa consideran productivos y valiosos los tejidos quiteños. Fueron las décadas posteriores, ante la avalancha de naves, que terminará en el Reglamento del Libre Comercio, lo que causa la verdadera liquidación de los rústicos tejidos quiteños, ya que cada región pudo abastecerse desde entonces sin el monopolio centralizado por los comerciantes limeños, o de la decisión de las autoridades virreinales.

Minería

El florecimiento minero y en especial el hallazgo de oro en el reino de Quito, fue una rica realidad del siglo XVI y principios del siglo XVII; luego la explotación del oro y la plata se reduce a las necesidades —¡ricas si se

conceda mandar Visitadores al Presidente de la Real Audiencia, y así evitar los abusos que los propietarios de obrajes cometen con los naturales. Vid AGI, Quito, 374, de 26-X-1753.

74. Véase en detalle los múltiples lugares de esa producción en la obra de José María Vargas, *La Economía política del Ecuador durante la Colonia*, cap. XXI, II, págs. 236-244. Quito, 1957.

75. R.C. 111-1701 al Virrey Conde de la Monclova: Por la amistad y unión de esta Corona con la de Francia, y porque en consecuencia de esta alianza y estrechos vínculos he resuelto se dejare entrar en los puertos de las Indias a los bajeles franceses que llegaren a ellos y que por su dinero se les den sus bastimentos necesarios y los materiales para carenas cuando sea menester y que se les resguarde... Vi. Muro Orejón, A. *Cedulario...* obr.cit. Tom. II, Doc. 3, págs. 8-9. Sevilla, 1969. Cfr. id: R.C. 26-I-1706 (Doc. 106); R.C. 26-X-1706 (Doc. 121); R.C. 18-VII-1708 (Doc. 177); R.C. 16-VII-1712 (DDoc. 243); R.C. 28-XII-1715 (Doc. 308); R.C. I-V-17233 (Doc. 403).

76. Cfr. Estrada Ycaza, J. *Historia...* obr.cit. págs. 108-110. Obsérvese la indicación del autor que señala como entre 1768-1788 la exportación de fardos de tejidos por el puerto de Guayaquil bajó de 440 anteriores a 157.

77. Cfr. García Fuentes, *El comercio español en América*, (1650-1700), cap. VI, págs. 293 y ss. Sevilla, 1980.

quiere! de la artesanía que florece, como en tantas regiones de América, en la orfebrería religiosa, pero que ya no grava fundamentalmente para el comercio⁷⁸. La paralización en la extracción de oro de la Presidencia debió ser tan notoria a principios del siglo XVII, que el Monarca pidió explicaciones⁷⁹.

III. Costa

Si el siglo XVI fue el inicio del despertar de la Costa —y de Guayaquil como ciudad capital— a una considerable riqueza, desde el siglo XVII en adelante se dará un espléndido desarrollo creciente, que para la peculiar estructura de los pueblos de la época hay que calificar de floreciente.

“Hay en esta ciudad (Guayaquil) Corregidor proveído por el Consejo con título de Maestre de Campo, y es el puerto principal de todo el reino de Quito de mucha contratación”⁸⁰, y cuya seguridad había que resguardar, pues “aquel puerto y ciudad que tan apetecida es de los extranjeros porque la imagen opulenta por el fruto del cacao que produce, y favorable a sus hostilidades por el astillero para fábrica de bajeles, siempre será muy conveniente aplicar todo el fomento posible a su mayor seguridad”⁸¹. Conceptos éstos que ratifican la idea de importancia que de hecho había logrado Guayaquil, y que, junto a otros varios, ratifica escuetamente en 1683 una descripción anónima de América al decir: “Guayaquil.- Este puerto es de los mejores que hay en la Mar del Sur”⁸²; y su “Comercio la tiene siempre llena de Gente Forastera”⁸³.

a) Astillero

Si la posición geográfica en el golfo que se fundara Guayaquil era de gran ventaja para todo tráfico marítimo, y por consiguiente la naturaleza

78. Vid Vargas, José María, obr. cit. cap. XX, págs. 223-230. Id Juan y Ulloa, obr. cit., Tom. I, lib. VI cap. X, No. 1019-1037. Id Alcedo, obr. cit. que sigue en general a Juan y Ulloa. Id para Cuenca, Palomeque, S. art. cit. págs. 125-126.

El fenómeno curioso actual es que en Nambija —vid. 1o. parte trabajo— hay 5.000 personas sacando oro en gran desorden y descontrol.

79. R. C. Madrid, 3-IV-1628 a la Audiencia de Quito: El Prior y Cónsules de la Universidad de Mercaderes de la Ciudad de Sevilla me escribieron... el poco (oro) que el año pasado de seiscientos y veinte y siete entró en la Casa de la Contratación... “En realidad ya el rey tenía noticia por el Corregidor de Loja, Zamora y Zaruma, tal como lo da a entender la R. C. a la Audiencia de 20-X-1627: Don Francisco Mesía de Sandoval, siendo mi Corregidor de las ciudades de Loja, Zamora y minas de Zaruma, me escribió en ocho de abril de seiscientos y veinte y dos, que la dicha ciudad de Zamora (igual sucedía con Zaruma) ha venido a tan gran disminución y ruina que no han memoria de su sitio, y que de quince a diez y seis mil indios, que sabía haber en ella y su distrito, no han quedado más de ciento y cuarenta y dos mestizos viejos y un mulato” Cfr. Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano, vol. IV, págs. 207-214. Quito-Guayaquil, 1976.

80. Vázquez de Espinosa, obr. cit. lib. III, cap. XII, No. 1118, p. 260.

81. Hanke, Lewis, *Los virreyes... Perú V*, obr. cit. p. 125. Relación de su gobierno Don Melchor de Liñán y Cisneros a su sucesor, el Duque de la Palata, 8-XII-1681.

82. Jiménez de la Espada, M. *Relaciones geográficas de Indias*. Perú I. BAE CLXXXIII, Madrid, 1965, p. 253.

83. Jorge Juan y Ulloa, obr. cit. Tom. I, lib. IV, cap. V, No. 403, p. 226.

misma era le mejor aliada para la creación de un buen puerto, vino a añadirse una gran riqueza maderera, apta en grado sumo, para la construcción de navíos⁸⁴, de ahí que se unan el tráfico del puerto con el astillero, y el conjunto de estos dos elementos convirtieron a Guayaquil desde el siglo XVII en emporio de riqueza dentro del marco de su tiempo. Si no se le concede oficialmente la mayor importancia en la Mar del Sur, debido a no querer mermar la influencia del Callao como puerto virreinal.

La limitación que nos exige una comunicación nos obliga a dar simplemente unos datos que indiquen la importancia del astillero, cuyo mayor desarrollo aplazamos para un estudio más extenso.

Entre 1602 y 1618 los encargos al astillero permiten registrar entre 10 y 112 navíos, algunos de ellos como Nuestra Señora de Loreto armado con 44 cañones, construido por el relevante Don Toribio de Castro, que tal vez exageradamente se calcula su costo en 300.000 pesos⁸⁵ que había encargado el virrey Príncipe de Esquilache. Por su parte el virrey Conde de Chinchón hizo reparar y mejorar viejos navíos y encargaba nuevos “en Guayaquil, que es el mejor astillero de este Mar”⁸⁶.

En esa misma línea de construcciones navales con fines de defensa y, por tanto, a nivel oficial, siguieron los encargos al astillero de Guayaquil: el Marqués de Mancera le dice al Conde de Salvatierra que gastó 322.369 pesos en reparaciones y nuevos navíos “pues no andan en el Mar del Sur ni en el del Norte otros que sean mejores”, y da ese precio sin contar el valor de la madera⁸⁷. El virrey Alba de Liste dice que construyó dos galeones de más de 800 toneladas por un costo superior a los 400.000 pesos, por cada uno con 32 cañones⁸⁸. Ritmo de construcciones navieras para el servicio de la armada que continuará, más o menos, al mismo nivel hasta la Independencia⁸⁹.

Junto a estos navíos por encargo directo de los virreyes, estaba toda la construcción privada, abundante como debía ser para el comercio del puerto y sus ricos productos, que iban desde naves de buen tonelaje con peculiaridad guayaquileña, que les hacía de gran capacidad de carga aunque perdían en esbeltez, hasta las balsas elementales y útiles de corto radio de acción para concentrar en el puerto los productos listos para el em-

84. Los astilleros y se labran los navíos, que son de los mejores que se fabrican en el mundo, por ser las maderas muy fuertes y buenas. Cfr. Vázquez de Espinosa, obr.cit. No. 118.

85. Estrada Ycaza, J. *Astilleros* (manuscrito), p.3, citando a Mendiburu y José María Vargas, obr.cit. págs.258-259. Para las referencias de AGI Vid. Clayton, *Documentos...* art. cit. Rev. Archivo Histórico del Guayas, No. 6, XII-1974, págs. 64-89.

86. Hanke, L. *Los Virreyes... Perú III*, obr. cit.: Relación del Estado en que el Conde de Chinchón deja el gobierno del Perú al Marqués de Mancera, 26-I-1640, No. 231-235, págs.81-82.

87. Id, id Relación del estado del gobierno del Perú que hace el Marqués de Mancera al virrey Conde de Salvatierra, No. 115, págs. 179-181.

88. Id Perú IV: Relación que el Conde de Alba hace del estado del Perú al Excmo. Sr. Conde de Santisteban, su sucesor en los cargos de Virrey de estos reinos, 9-I-1662, No. 15, págs.90-91.

89. Estrada Ycaza, J. *Astilleros* art.cit. págs.3-6.

barque de alta mar. El dato conjunto de más valor estadístico que poseemos, es el dado por Don Dionisio de Alcedo y Herrera “el único que ha llegado a nuestros días salvándose de incendios y de polillas, contabiliza 176 bajeles contruidos en estos astilleros desde el tiempo de su primitiva fundación, hasta el año de 1736... sin hacer cuenta de las innumerables embarcaciones de menor porte. Habiendo transcurrido 179 años desde 1557, el promedio sería el de una nave de tamaño mayor cada año, lo que está de acuerdo con otras informaciones parciales”⁹⁰.

b) Cacaco y otros productos costeños

Cada vez más constreñidos por el espacio de la comunicación vamos a reducir al máximo los datos orientadores que señalen el volumen y trascendencia del comercio del cacao, producto fundamental en la Costa de la Presidencia de Quito desde el siglo XVII hasta la Independencia, y causa principal de la riqueza de Guayaquil.

Gracias al magnífico estudio de los distinguidos investigadores León Borja-Szaszdi Nagy⁹¹, complementado posteriormente por otro cuidadoso investigador, como lo es Hamerly⁹², disponemos de la visión general suficiente para alcanzar la envergadura de un comercio que unido al de otros productos de la tierra y de la industria humana —como lo fue durante el siglo XVII y parte del XVIII el tejido serrano— hacen conocer muy dignamente el Reino de Quito.

Las tierras de Guayaquil, Daule, Baba, Babahoyo, Machala, Naranjal, etc., que se ve impresionaron a Vásquez de Espinosa a principios del siglo XVII, hasta calificar las riberas de sus ríos como “pedazo de paraíso terrenal... muchas arboledas o chacras de árboles de cacao... han enriquecido a muchos y engrosado los diezmos y rentas... cacao que se coge en las haciendas que tienen los vecinos de la ciudad por las riberas de los ríos que lo sacan para el Perú, Nueva España y Tierra Firme”⁹³.

Parece evidente que el mayor impulso de la producción cacaotera vino estimulado por la demanda mexicana⁹⁴, pues si bien se quiere canalizar la exportación de cacao guayaquileño a través de Lima, que le hace llegar por el sur a Chile y Buenos Aires⁹⁵, y por el norte a Nueva España pa-

90. Estrada Ycaza, J. *Historia...* obr.cit. cuaderno 28, p.192. Consúltense para más detalles Lawrence A. Clayton, *Los astilleros de Guayaquil colonial*, Public. del Arch. Histor. del Guayas. Guayaquil, 1978. Del mismo autor, *Documentos...* art.cit. Rev. Arch. Histor. del Guayas, No. 6, págs. 64-82. Id autor, *Guayaquil y la defensa de la hegemonía española en el Pacífico oriental durante los siglos XVI y XVII* id Rev. No. 4, págs. 29-46.

91. Dora León Borja y Adam Szaszdi Nagy, *El comercio del cacao de Guayaquil*. Rev. de Historia de América, No. 57-58. Enero-Diciembre 1964.

92. Hamerly, Michael T. *Historia social...* obr.cit. Guayaquil, 1973.

93. Vásquez de Espinosa, obr.cit. No.117-118.

94. Estrada Ycaza, *Historia...* obr.cit. p.105.

95. Correo Mercantil... obr.cit. p.89.

sando por Centroamérica⁹⁶, la absorción y prohibiciones emanadas del Perú y aún de la metrópoli acabaron por estimular a los comerciantes guayaquileños hacia el contrabando ¡simple reacción de defensa!; y así es como en la práctica llegan a desplazar la producción de cacao centroamericano y a neutralizar las exportaciones venezolanas a Nueva España⁹⁷, llegándose a la incongruencia de que prohibidas las exportaciones oficialmente a México, o reducidas escasamente a 10.000 cargas, “el cacao guayaquileño figuraba en las estadísticas oficiales de la ciudad de México”⁹⁸, y las desacargas en Acapulco eran más que considerables.

Según Hamerly, de acuerdo con los censos de propiedad en la Costa, registros señalados por León-Szaszdi, y otras fuentes, llega a la conclusión de que en el instante de la Independencia de Guayaquil en 1820, se pueden calcular más de 4.000.000 de matas de cacao en la Costa, con una producción que de 1700 a 1721 pasa de 34.000 cargas a 180.000; y la exportación que en 1779 era de 58.000 cargas en 1819 fue de 130.000, y en 1822 alcanzó la exportación a 141.000 cargas⁹⁹.

Aunque hubiera ciertas variantes de precios, que no son de mayor oscilación, ofrecemos el siguiente dato que puede servirnos de referencia para calcular toda la importancia de la riqueza cacaotera: un registro de 1791 indica que 12.000 cargas enviadas al Callao a 3.54 pesos suben 42.000 pesos y otra a España de 32.000 cargas valen 112.000 pesos¹⁰⁰. Ese detalle muestra que además del Perú se envía también cacao a España; y por múltiples referencias oficiales y extraoficiales sabemos que la máxima exportación llega a México por Acapulco.

96. Cfr. León-Szaszdi, art.cit. (separata) págs.7-8.

97. R.C. 5-V-1715: ...Y ahora con motivo de haberme presentado el Gobernador y Ciudad de Caracas en cartas de junio del año pasado de 1712, y 10 de junio de 1713, la suma pobreza y miseria que se experimentaba en aquella provincia, por continuarse la baja estimación del precio del cacao a causa de que en el reino de la Nueva España, donde le trafica se introducian *gruesas porciones del de Guayaquil*, no obstante las repetidas providencias dadas para su prohibición, y que aunque se tenía noticia de haberse descaminado algunas porciones del expresado cacao de Guayaquil, era en perjuicio de dicha provincia la venta de él en el referido reino. He tenido por bien mandar se repitan las órdenes que están dadas sobre la expresada materia... (el subrayado es nuestro). Cfr. Muro Orejón, A. *Cedulario...* Tom.II, obr. cit. 289, p.436.

98. Estrada Ycaza, J. *Historia...* obr.cit. págs. 105-106. —A pesar de que en 1778 el Libre Comercio debía incluir a Guayaquil, al finalizar ese mismo año se le señala a Guayaquil la exportación de las 10.000 cargas. Prácticamente hasta 1789 por disposición de Carlos IV es cuando se logra la libertad total, pero con limitaciones de hecho como lo muestra el resumen de Matraya a la cédula de 16-XI-1803: Que los Virreyes, etc., del Perú, Nueva-España, Santa Fe, y Guatemal, hagan que en lo sucesivo se observe lo dispuesto a favor del fomento de la navegación y Comercio recíproco de los puertos del mar del Sur, y especialmente lo determinado en R.O. de 5 de Junio de 1789, en que derogando las anteriores se permitió el libre Comercio del cacao de Guayaquil, sin limitación alguna. Cfr. Matraya y Ricci, Juan Joseph, *Catálogo cronológico de pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes y resoluciones reales* (1019). Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. Buenos Aires, 1978, No. 2282, págs.485-486.

99. Cfr. Hamerly, obr.cit. págs. 121-122.

100. Estrada Ycaza, *Historia...* obr.cit. p.109.

101. Jorge Juan y Ulloa, *Relación...* obr.cit. lib.IV, cap.X, No.483-492, donde señalan a grandes rasgos la variedad de productos y comercio que gira en Guayaquil.

c) *Contrabando*

Puede parecer incongruente que al tratar de los grandes rubros de riqueza de la Costa en el período indiano incluyamos ahora el *contrabando*. Y así es para nuestro convencimiento, pues cuando decae la producción de tejidos para la exportación acarreado la decadencia de la Sierra, ya Guayaquil que está en pleno florecimiento, cuenta con esta partida de ingreso vigorosa como es el contrabando. Por un lado lo realiza, y con intensidad, con el cacao ante las limitaciones ya vistas a nivel oficial, que le lleva a sus comerciantes a circular con navíos sin descanso por Centroamérica y Acapulco; y desde este puerto, clave en el comercio con Filipinas, llegan a Guayaquil para extenderse por toda la Audiencia y más, la famosa “ropa china”, que anecdóticamente cabe decir que entusiasma tanto a nuestros caciques —como el de Puná, riquísimo— que les encanta vestirse con seda oriental, y que los barcos de regreso de Acapulco traen con generosidad¹⁰².

Para estimular a la administración real que controle bien los puertos en toda clase de mercancías que puedan dar lugar al contrabando llegó a la Audiencia de Quito la R.C. de 31-VIII-1657 para “que de aquí adelante los Ministros y Oficiales Reales de las Indias lleven la sexta parte de las denunciaciones y descaminos que hicieran de mercaderías y otros géneros de los navíos que llegan a los puertos de ellos, habéndose primero sacado los derechos que pertenecen a su Majestad”¹⁰³.

Para defensa de los obrajes y tejidos del reino, ante la entrada de ropa de castilla en condiciones fraudulentas procedentes de Santa Fe, el fiscal de la Audiencia, Licenciado Don Ignacio de Aybar y Es laba dictamina, de acuerdo con las “leyes, cédulas y pragmáticas Reales”, que tome medidas la Audiencia y así lo realiza ésta por Auto Acordado de 30-VI-1690¹⁰⁴.

102. Sirva de ejemplo el cargo 41o. que se le hace al virrey Príncipe de Esquilache en su juicio de residencia en el que se le condena en 3.000 ducados: Y en cuanto al cuarenta y uno, de que el príncipe anduvo remiso y negligente en la denuncia de que se le dio cuenta en Guayaquil de un navío de ropa de China de contrabando que había llegado de Acapulco a aquellos reinos, y que por la omisión que tuvo en hacer el inventario de la ropa de dicho navío hubo fraude, y también por no haber puesto persona de satisfacción en la guarda de él. Por lo cual, cuando se abrieron los cajones donde iba dicha ropa en el puerto del Callao, se hallaron algunos de ellos vacíos de dicha ropa. Vid Hankel, L. *Los Virreyes... Perú I* obr.cit. p.219. AGI, Escritanía, Legajo 1187. Sentencia al Príncipe de Esquilache, 7-I-1626.

103. Colección de Cédulas Reales dirigidas a la Audiencia de Quito, 1601-1660. Publicaciones del Archivo Municipal, vol. XXI, págs. 627-629, Quito, 1946.

104. Despáchese Provisión con fuerza de Sobrecarta para que el Gobernador de la Ciudad de Popayán y el Teniente General de la de Pasto, Corregidor de Ibarra y Asiento de Otavalo no permitan que en sus tránsitos y jurisdicciones se venda ni habra fardo de ropa que llaman de Castilla sin que primero sus conductores presenten en esta Real Audiencia certificaciones de los Oficiales Reales de Cartagena, en que conste ser de buena entrada, y lo cumplan pena de mil pesos demás de la Sobrecarta y de los Intereses Reales, y se haga bando y publique en esta Ciudad que ninguna persona ni comerciante pase a los dichos lugares a contratar y comprar la dicha ropa por sí ni por interpósitas personas debajo de la dicha pena en que luego se les da por incursos. Firman: Licenciado D. Andrés de Francia Caveró (Presidente); Dr. D. Juan de Larrea Zurbano; Licenciado D. Gaspar de Luna; D. Pedro de Salcedo y Fuen Mayor y D. Cristóbal de Cevallos Morales y Borja) (Oidores). Cfr. Autos Acordados de la Real Audiencia de Quito, 1578-1722, en Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano, vol.II, págs.218-220. Quito-Guayaquil, 1971.

Hemos referido estos simples casos a título de muestra entre los múltiples que suaccedían en el dinámico actuar de la realidad guayaquileña. Contrabando que desde fines del siglo XVIII y principios del XIX se agudiza cada vez más, como reacción natural a la más absoluta libertad que deseaba el comercio.

IV. Conclusión

En honor a la brevedad resumimos muy esquemáticamente el trabajo:

El antiguo Reino de Quito que en el ocaso del incario hiciera ya desarrollar el quiteño Atahualpa al imponerse a su hermano Huáscar, es pronto incorporado a las conquistas de Pizarro para convertirse en una Presidencia. El oro pimero, luego los tejidos, el astillero y el cacao, ayudarán a sostener hasta la independencia el prestigio del viejo Reino. Si bien decae la riqueza en la Sierra, fundamentalmente por no poder enfrentar la competencia a sus tejidos en principio motivada por el contrabando, y en realidad por el Libre Comercio decretado para las Indias por Carlos III, en buena parte se compensa, globalmente, por el mayor desarrollo de la Costa que continuará hasta lograr la total autonomía.

Siendo el trato de los naturales, especialmente en la Sierra, un problema social, que en último extremo es común a las demás Provincias indianas y no menos de acuerdo con la mentalidad de la época en cualquier Estado, ha quedado al margen de nuestro estudio por tener éste último ángulo de visión que le ofrece el querer destacar las fuentes de riqueza y el comercio que, a nuestro modo de ver, fue relevante y quizá tan dinámico y eficaz ***para su tiempo*** como lo haya podido ser proporcionalmente el período republicano.

FILOSOFIA Y DERECHO

El hombre latinoamericano frente al europeo

Dr. Julio Terán Dutari, S. J.

Para entender nuestra autocomprensión de latinoamericanos frente a los europeos, podríamos distinguir —sin mayores intenciones sistemáticas— tres etapas históricas: en primer lugar la época de una pronunciada vinculación con Europa durante los tres largos siglos que corresponden al deserrtar de América. Luego la etapa de un distanciamiento crítico de Europa, desde comienzos del siglo XIX hasta por lo menos la mitad del XX. Finalmente la actual tendencia hacia un enfoque más equilibrado de nuestra identidad ante el resto del mundo y en especial ante Europa.

A continuación revisaremos brevemente estos tres períodos de la historia cultural americana desde un triple punto de vista: político, religioso y cultural. En primer plano aparece aquí la América hispana, aun cuando en la gran región brasileña de nuestro subcontinente pueden establecerse procesos similares, si bien articulados en forma algo distinta.

1. Vinculación con Europa como actitud fundante

Desde el siglo XVI hasta el XVIII la emergente autoconciencia de América está orientada con fuerza hacia Europa; por cierto, con insistencia en la propia novedad, pues del lado de acá del Atlántico está el “nuevo mun-

do”, entendido desde luego como nueva Europa.

En lo político, ninguno de los asentamientos que iban surgiendo por todas partes con pujanza económica tenía idea de pertenecer a una “colonia” en el sentido moderno de la palabra. Los primeros inmigrantes nunca aparecían como simples viajeros ávidos de aventuras o soldados favorecidos por la suerte. Se consideraban más bien como enviados acogidos por la Corona para participar en una grandiosa empresa llena de contrastes, con el consciente objetivo (no importa aquí si justificado o no) de implantar en estas tierras el ordenamiento jurídico vigente en Europa y la cristiandad autorizada por el mismo Dios. Así los nuevos pueblos descubiertos deberían quedar no propiamente “conquistados” por Europa, sino incorporados a ella.

Con increíble celeridad los descendientes de estos fundadores se mezclaron biológica y socialmente con la población autóctona y —a pesar de todos sus reconocidos pecados contra Dios y contra el prójimo— se consideraron como los realizadores de aquel noble ideal civilizador. Buscando un equilibrio entre la altiva personalidad de las nuevas poblaciones y su incuestionable pertenencia a un imperio universal, se desarrollaron las municipalidades y los gobiernos provinciales hasta llegar a la conformación de grandes reinos, con raigambre a la vez en la tradición ibérica y en la india. Por demás significativos son los nombres que se les dieron, como el de Nueva España (México) o Nueva Granada (Colombia). Muchas denominaciones similares identifican todavía hoy la geografía y la sensibilidad popular a lo largo de toda Latinoamérica.

Pronto se hicieron notar, es cierto, diferencias entre europeos y americanos, que en el fondo no eran otra cosa sino típicas desavenencias entre conciudadanos de diverso origen dentro de la común comprensión propia y del mundo.

El sustrato para esta conciencia unitaria era la orientación religiosa fundamental de la vida. En esto podían coincidir sin más los europeos y los indios. Del lado cristiano, seguían siendo decisivas aquellas mismas convicciones religiosas que hicieron surgir la Edad Media europea: Por el bautismo, sobre cuya base desplegóse por siglos la vastísima evangelización infatigable de los misioneros, tenían que insertarse las razas y culturas extranjeras en el seno de la Iglesia universal y elevarse a la suprema dignidad y comunidad de los hijos de Dios redimidos por Cristo. En consecuencia, quedaban agregadas a la familia de los pueblos cristianos más antiguos.

Por este proceso pudieron establecerse desde el primer momento todas las instituciones eclesiásticas con su propia jurisdicción y jerarquía, mediante el Patronato real. Religiosos y Obispos, mujeres consagradas, influyentes claustros e innovadoras reducciones de indios, emularon todos los más ilustres logros de la antigua cristiandad y aun creyeron superarlos,

en cuanto que aquí la unidad del pueblo cristiano, a pesar de los restos que quedaban del culto pagano, no se resquebrajó con el cisma o la herejía.

No fue distinta la situación en los diversos ámbitos culturales. Por todas partes prevaleció el afán de reproducir un mundo europeo; muchas veces también el consenso de haberlo conseguido. Muy pronto surgieron Universidades según el modelo de Salamanca y más adelante de la Gregoriana de Roma. En éstas, junto a las disciplinas impartidas en Europa, se enseñaban también y se discutían las lenguas nativas. Los colegios de los jesuitas difundieron ampliamente entre los blancos (entiéndase “mestizos”) y al mismo tiempo entre los indígenas la enseñanza de la época junto con las costumbres respectivas. Cosa igual realizaron por doquier las otras Ordenes religiosas con su obra misionera de civilización y humanización, incluso en medio de imperdonables abusos por parte de no pocos encomenderos.

Por consiguiente, si toda la vida social quedó así sellada y configurada por los usos y costumbres, por los principios, valores e ideales del modo de ser europeo, de ningún modo la cultura autóctona fue destruida bárbaramente, menos aún —como en la vecindad de estas regiones— extirpada por completo; pero tampoco quedó reducida a mero folclore, sino más bien integrada en considerable proporción dentro de un mismo comportamiento y de una misma visión fundamental.

2. Distanciamiento crítico de Europa

Esta disposición mental sufrió en Latinoamérica un cambio paulatino. En tiempos recientes se llegó dentro de amplios círculos inclusive a una posición totalmente contraria de estilo antieuropeo. A esto contribuyeron en gran medida las transformaciones históricas que, desde el triple punto de vista antes mencionado, podríamos referir a las tres conocidas revoluciones: la revolución política de las guerras de la independencia; la ideológica del liberalismo y el positivismo, transformada también en religiosa; y la cercana revolución socio-cultural con su nuevo modelo de sociedad, preferentemente marxista.

Por el levantamiento político-militar de comienzos del siglo pasado se implantó en los dominios españoles de América una dirigencia latinoamericana que inicialmente ponía como pretexto el protestar contra los usurpadores de la corona, pero apuntaba en realidad a suprimir el insoportable control remoto por parte de aquella. En esto intervinieron también otras situaciones de dependencia, como por ejemplo la económica; pero en todo caso la relación cultural con Europa quedó intacta.

Sin embargo, esta relación sufrió pronto, a la vuelta del siglo, una

fuerte ruptura por la ofensiva política del liberalismo radical, ruptura que en especial afectó la conciencia religiosa y conmovió duramente las raíces del etos nacional, sobre todo allí donde el ideal humanista de emancipación junto con la mentalidad positivista trataron de sustituir la herencia supuestamente retardataria del catolicismo ibérico en su universal función modeladora.

Al mismo tiempo crecía en este período la seducción del poderoso vecino desde el Norte de América. Mientras nuestra integridad territorial y nuestra idiosincracia nacional recibían de él cuantiosos daños por sus lacerantes intervenciones, nuestros políticos coqueteaban con la idea ilusoria de un panamericanismo orientado contra Europa.

En las primeras décadas del presente siglo empezó a abrirse camino en Latinoamérica una revolución socialista que está calando profundamente. Si bien es cierto que una real fuerza política de cambio solamente la ha demostrado en muy pocos sitios (como en México), y sólo en épocas recientes ha producido los fenómenos peculiares de Cuba y Nicaragua bajo una bandera marxista militante; sin embargo, con este nuevo espíritu se han fortalecido mucho las tendencias que ya abusaban eso que ha dado en llamarse identidad específica largo tiempo reprimida de lo latinoamericano. A este capítulo pertenecen importantes manifestaciones de la nacionalidad que no obstante su valía dan con frecuencia una impresión chauvinista, como el indigenismo ampliamente reavivado y promovido, el redescubrimiento de las riquezas costumbristas y de los acervos tradicionales, la celebrada novedad en la literatura de protesta y en el arte reivindicatorio; en una palabra, la exaltación de lo autóctono frente a los modelos occidentales impuestos desde afuera.

A más tardar por los años sesenta de este siglo van confluyendo todas estas corrientes de tal manera que se pone en tela de juicio y hasta se rechaza por completo la fórmula mil veces repetida de una civilización cristiana y occidental como marco de referencia para decir lo que somos. Se populariza el lenguaje de la alienación, inspirado en Hegel y Marx. Se vuelve evidente el esquema de opresión y liberación gracias al convencionalismo social.

Se aclimatan entonces nuevas fórmulas para definir nuestro propio lugar dentro del mundo y de la historia. En vez de “civilización”, por la que parece entenderse el resultado de potencias imperialistas, se prefieren expresiones tales como pueblos jóvenes, pobres, sojuzgados, que tanto en lo económico como en lo cultural habrían quedado reducidos a despojos marginales de un saqueo sistemático para caer por fin en una total miseria sin remedio. En vez del interés por lo “occidental”, tenido ahora como un fatal concepto histórico del espíritu dominador, empieza de pronto a imponerse la pertenencia a un “tercer mundo” que se sitúa en medio de las

grandes potencias USA y URSS, lejos del opulento Norte y confundido dentro del hambreado Sur. En vez de lo cristiano, como expresión del fondo de valores que animan nuestra cultura, se habla del saludable pluralismo, que habría reemplazado a la rancia cristiandad constantiniana, germánica, ibérica, con su jerarquía, su dogma y su paralizante complejo de angustia, pluralismo por lo demás condescendiente como para reconocer a los propósitos libertadores de una Iglesia renovada postconciliar tan solo la función discreta de la motivación y colaboración en las luchas sociales.

Todo esto tiene una puntilla especial contra ciertos europeos occidentales y contra sus herederos en América del Norte. Por efecto de una sistemática propaganda se hace aparecer a éstos como a los agresores, conquistadores y opresores de América Latina. Alineados con ellos se ve a los simpatizantes e imitadores suyos que siempre han existido en nuestro medio: soñadores románticos que han fijado su mirada en las metrópolis de Madrid y Lisboa, o que han obedecido a los centros mundiales de París, Londres o Berlín y todavía parecen añorarlos; celosos hijos de la Iglesia que, con el apoyo de ciertos dignatarios eclesiásticos de Europa Central, acatan las pretensiones de poder de la curia romana; estratos superiores de la población (de ordinario nuevos ricos) que no se han atrevido a cortar ciertos vínculos tradicionales a causa de intereses egoístas; intelectuales conservadores que para tranquilizar contradicciones sociales y para consolidar injustas hegemonías se mantienen adheridos a las falacias ideológicas de una filosofía o hasta de una teología que pone como principios a Dios, al ser y a la persona. A veces nos ha sorprendido la pesadilla de creernos en América Latina identificados como los desechos marginales en la historia de la cultura cristiano-occidental. ¿No se debería más bien reactivar entonces nuestra primitiva conexión biológica con los pueblos naturales de África y Oceanía? ¿No estaría la antigua sabiduría del Asia más cercana a la riqueza de nuestras tradiciones indígenas que el ímpetu obsoleto del espíritu europeo por dominar la naturaleza, con sus secuelas destructoras del hombre y del cosmos?

Por otro lado, puede uno menos de preguntarse: A pesar de este cambio violento en la autocomprensión, ¿no sigue en pie esa misma extraña dependencia de Europa? Primero en lo político: Del mismo modo como las guerras de rebelión en el siglo pasado fueron en gran parte influidas desde Europa, ya sea por ideales de Francia, ya también por intereses de Inglaterra, así la actual resistencia de una periferia sojuzgada contra los centros “occidentales” de poder ¿no denuncia la secreta intención de querer imitarlos y en lo posible superarlos?

En cuanto a lo religioso, circulan vehementes sospechas de que el

nuevo proyecto popularizado de Iglesia, que se autolimita para poder cooperar con una “sociedad pluralista” (tal vez quimérica), tiene mucho que ver con las ambiguas tendencias secularistas de un cristianismo oeste-europeo, de la misma manera como la teología latinoamericana de la liberación pudo haber encontrado sus fuentes racionales y su elaboración sistemática en la ciencia de los pensadores franceses y alemanes que la precedieron y la acompañan todavía.

Por lo que hace a los conceptos de la cultura en general, hay una serie de palabras cuyo manejo es aleccionador. Primero se hablaba de subdesarrollo en la economía y luego también en muchos ámbitos culturales; pero esta expresión está marcada por la imagen de una determinante superioridad de lo extranjero y como tal fue luego ampliamente rechazada, aun cuando todavía es importante en la mentalidad oficial. Ahora se ha hecho común hablar de opresión; pero muy difícilmente se disimula aquí la dialéctica del amo y el esclavo, tomada de los filósofos alemanes, donde el papel decisivo es el de amo, al menos mientras no se reflexione en su ser propio el momento negativo del esclavo. Pero en esta generalización tan niveladora ¿dónde queda lo propio del ser latinoamericano?

3. Nueva autocomprensión desde el encuentro con los otros

Las últimas consideraciones plantean la tarea de fundamentar una autocomprensión de los latinoamericanos distinta de una simple oposición dialéctica contra los europeos. Prescindiendo de un esbozo sistemático-histórico, consideramos aquí algunos encaminamientos para un acceso empírico a la tarea propuesta.

Para comenzar con el estudio de la cultura en general, no dudamos en dar preferencia a la noción, hace tiempo en uso, de un “mestizaje” que no solo significa una mezcla plurisecular de razas con todos los matices imaginables, sino también —sobre esa base y con amplísima repercusión— el fructífero encuentro de culturas y las nuevas y vigorosas matrices culturales así nacidas. Los pensadores de la segunda etapa que acabamos de evocar, en contra de algunas exageraciones y caras añoranzas propias de la primera etapa, han comprobado hasta la saciedad que aquí en Latinoamérica se ha producido no sin conflicto algo históricamente nuevo, que va creciendo con un impulso propio. Pero, por otra parte nos parece evidente que esta novedad no puede consistir simplemente en un escapismo negativo ni en un olvido deletéreo con respecto a nuestro pasado europeo, sino más bien en un contenido altamente positivo, derivado de sus propios orígenes, en contra de lo que afirmaba el desatado entusiasmo de la segunda

etapa, y con una valoración más práctica y más justa de la primera.

La actual reflexión oficial de la Iglesia católica latinoamericana no se contenta con aplicar este mismo enfoque a la problemática religiosa; más bien intenta asentar su propia autocomprensión —ciertamente a la luz de la fe, como ella dice— en la raíz y en el corazón de esta cultura “mestiza”. Los documentos de Puebla hablan de un “sustrato católico” de la cultura de nuestros pueblos que se ha ido afianzando dramáticamente en medio de fuertes enfrentamientos de razas, cosmovisiones e intereses políticos, y que, no obstante sus varios lados sombríos, ha sido capaz de engendrar una nueva realidad cultural histórica y de llevarla a una considerable madurez. Esta realidad cultural tiene origen, por tanto, en la inculturación de la fe cristiana ibérica; tiene rasgos inequívocos de la religiosidad y modo de ser indios; se sedimenta en una sabiduría popular; posee un núcleo tan fuerte de valores humanos y de actitudes auténticas ante la naturaleza y el cosmos, que es capaz de conservar y mantener despierta una genuina autoconciencia latinoamericana, cuidadosa al mismo tiempo del respeto y la apertura frente al extranjero.

Partiendo de esta autoconciencia —así prosigue el discurso de la Iglesia— deberíamos proponernos dos tareas igualmente urgentes: hacia el interior, el asegurar la propia capacidad de vida ante los angustiosos problemas de injusta pobreza, violencia, caída del trabajo, crecimiento poblacional no pretendido, etc., en medio de las más agudas crisis económicas; hacia afuera (lo cual hoy día va de mano con lo anterior), la tarea de dar una contribución propia a la lucha de la humanidad por la paz mundial y por mayor acercamiento y cooperación entre los pueblos de diversas tradiciones.

Ahora bien, todo esto puede y debe anunciarse como mensaje cristiano, lejos de cualquier clericalismo o presunción eclesiástica. Pero es manifiesto también el alcance político de estas posiciones. En Latinoamérica nuestra unidad cultural de pueblos hermanos y dirigirla hacia la promoción del diálogo mutuamente enriquecedor con la comodidad de pueblos de todo el mundo.

Vista más de cerca, esta unidad social latinoamericana aparece bastante diferenciada en su composición racial y cultural, lo cual no deja de traer problemas para el convivir político. Como fenómeno importante se destaca la nueva autoconciencia política de grupos autóctonos que han quedado más o menos puros en poblaciones con fuerte extracción indígena. Excepcional es además el dinamismo de nuestra estructura poblacional: con el primitivo estrato indo-ibérico se mezclaron en el curso del tiempo importantes cuotas africanas en ciertas regiones; durante los últimos 100 años se añadieron considerables inmigraciones de europeos no ibéricos y de grupos árabes y hebreos, junto con chinos, japoneses y oriundos

del Este asiático: en general todos ellos se han asentado pacíficamente y se han asimilado bastante a la cultura mestiza nacional. De este modo ha crecido la presencia internacional y los canales de intercambio para nuestros pueblos, al tiempo que se ha fortalecido la esperanza de poder participar con positivas contribuciones en la discusión universal sobre los problemas comunes de la humanidad.

Sabemos que falta una organización mundial dotada de verdaderos poderes; pero esta intentaría a lo sumo trasladar a las relaciones interestatales los procedimientos legales de la moderna democracia. Nuestros políticos más serios mientras tanto se van poniendo de acuerdo en la convicción de que por este diálogo se debería encontrar solución a las más apremiantes cuestiones, como la deuda externa, los mercados mundiales, el terrorismo, el narcotráfico, la intervención militar de las potencias, etc. Para esto ayudaría muchísimo el estar dispuestos a hacer concesiones de parte y parte, y el intercambiar realizaciones de tipo científico y técnico, así como también y mucho más el propósito de llegar a constituir una verdadera comunidad de experiencias y valores históricos, con un fuerte arraigo ético, jurídico y antropológico. Los latinoamericanos creemos que así se nos plantea un objetivo muy complejo, y se lanza un colosal desafío a nuestra capacidad creativa de interrelacionarnos, ante la amenaza de una creciente pérdida de identidad por la invasión masiva de modelos despersonalizantes.

Una relación distinta con lo europeo se perfila en esta nueva forma latinoamericana de pensar. El factor europeo de nuestra cultura vuelve a reconocerse como un dato fundamental. Nada podría de hecho cambiarse, y menos por actitudes voluntaristas, en la realidad básica de que el alma mestiza de todo un continente se expresa en lenguas románicas, utiliza patrones de pensamiento y conducta heredados de occidente para delimitar el propio horizonte vital, comparte íntimamente con Europa los criterios y normas fundamentales de humanidad y de responsabilidad por el mundo, y en todo esto se expone a las mismas esperanzas o desengaños, a las mismas arrogancias o complejos de culpa, que surgen al otro lado del Atlántico.

Desde nuestra situación cultural hay un importante símbolo para dirigirse a Europa: es el del padre (aunque estemos más acostumbrados a decir en este contexto "madre patria"). Lo autóctono indígena constituye el seno materno. En el fecundo abrazo de estos dos progenitores se van acogiendo todos los ulteriores influjos de otros pueblos. Pero las relaciones que de allí se nos derivan para con el padre ya no pueden en este momento histórico entenderse como infantiles o adolescentes. Quisiéramos concebirlas más bien desde la madurez de una mayoría de edad por ambas partes. Nos parece incontenible un intercambio más intenso con Europa; sólo

que debe ocurrir con atención a la historia, para reconocer y evitar las faltas cometidas antes. Aunque puedan surgir aún contactos fallidos, fricciones y conflictos, éstos pueden y deben superarse con una conciencia ilustrada acerca de la propia trayectoria y de la misión futura.

En esencia no es distinta la situación en el campo de los fenómenos religiosos y eclesiásticos, para nosotros tan importantes. Sin discutir el permanente significado de la colegialidad mundial de los obispos y del primado romano para nuestro catolicismo (lo que hoy implica entre nosotros un nuevo interés por los pueblos del Este de Europa), son de desear mejores relaciones con el cristianismo europeo. Si se han de seguir las consignas oficiales de la Iglesia, nuestro catolicismo popular de tinte conservador debe pasar a ser una comunidad de fe adulta, creadora de cultura, con una efectiva predilección por los pobres. Esto no puede hacerse sin que cumplamos con respecto a Europa dos requisitos, que no van fácilmente de la mano: el uno, adherirnos a los avances orientadores en Exégesis, Liturgia y Pastoral; el segundo, resistir a ciertas tendencias secularistas, para nosotros peligrosas, que hoy provienen precisamente de ese catolicismo europeo.

Más todavía: no es raro pregonar hoy día incluso desde los más altos sitios, que ha sonado la hora de América Latina para un servicio a la Iglesia universal. Lo que se pretende con esto no es sólo el trabajo misionero entre los pueblos no cristianos. También los cristianos europeos deben recibir un nuevo impulso de las jóvenes fuerzas vocacionales y de la praxis comunitaria de nuestras Iglesias.

Resumiendo, para terminar, insistimos en que por todos los caminos del mundo los latinoamericanos quisiéramos presentarnos como leales interlocutores ante los ciudadanos de cualquier procedencia. Pero este diálogo nos interesa ante todo para con los pueblos europeos, a los cuales nos une la historia, sin excluir a los pueblos de Norteamérica que han sido plasmados por la misma Europa. Sin embargo, no creemos que éstos sean para nosotros un puente indispensable hacia Occidente.

En Europa podemos nosotros sentirnos como en casa. Con ella está unido a largo plazo nuestro destino más que con Asia o Africa. La sabiduría popular latinoamericana no deja de abrigar el secreto presentimiento de que estamos llamados a constituir una mediación entre el Occidente y el mundo afro-asiático. Ciertamente que desde Europa ese camino podría parecer demasiado largo y hasta desalentador. Pero de nuestra parte, a la luz de una comprensión responsable de nosotros mismos, y a pesar de la serie de problemas planteados, las perspectivas se llenan más pronto de esperanza.

El hombre como sujeto de derechos y deberes

Padre Jaime Fernández

La Iglesia Católica siempre ha considerado como un principio primordial del orden y de la moral el que establece la íntima relación que debe existir entre la naturaleza y el comportamiento. En la antigua Escolástica este principio se enunciaba así: “El orden de ser determina el orden de actuar” (*ordo essendi est ordo agendi*). La aplicación de este principio a la realidad humana constituye la base de la Doctrina Social como un cuerpo sistematizado de verdades y normas de vida. De la naturaleza humana emanan dos grandes orientaciones fundamentales: la orientación a la persona humana y la orientación al bien común.

A partir de esto la Iglesia enuncia un principio que sirve como punto de referencia: el primado de la persona. Nos dice que la persona humana, *por su dignidad*, es el sujeto, fundamento y fin de todas las instituciones que expresan y realizan la vida social.

Este sujeto de todas las instituciones debe ser reconocido en una primera instancia como sujeto jurídico y como sujeto moral. Esto último significa que es necesario reconocerlo siempre como sujeto de actos morales, imputables como buenos o como malos, meritorios o demeritorios. Es lo mismo que decir que es necesario reconocerlo como responsable. Esto lo recuerda la Iglesia precisamente en una etapa de la historia en que se insiste demasiado en la libertad y muy poco en las responsabilidades que entraña.

El reconocimiento del hombre como sujeto jurídico significa, en primer lugar, que se afirma que cada ser humano, por el sólo hecho de serlo, es sujeto de derechos y deberes que emanan “directa y simultáneamente” de su naturaleza. Es el tema de los derechos humanos, reconocidos por casi todos los pueblos, al menos en principio.

Junto con reconocerse estos derechos primordiales del hombre, se reconoce que ser sujeto jurídico significa afirmar la capacidad que posee el hombre de constituir un orden jurídico positivo y de someterse a las leyes.

Sin embargo, en nuestros tiempos, el problema más candente en este ámbito no es el reconocimiento del hombre como sujeto jurídico, algo universalmente aceptado, sino el hecho que el orden jurídico no se basa tanto en la claridad y exactitud de un sistema legal, sino en la virtud de la justicia, que debe constituir su respaldo. De hecho un orden jurídico sin justicia pierde su sentido. Aquí está el problema actual: el hombre se va deteriorando progresivamente en su fundamento moral hasta perder, poco a poco, el sentido para la auténtica justicia. Cualquier sistema jurídico desprovisto de la justicia termina por ser un juego de artimañas.

Esta reflexión trae una exigencia: la enseñanza de la jurisprudencia debe acentuar no sólo el conocimiento de las leyes y de los procedimientos legales, sino del respaldo del sistema jurídico en el ámbito de la moral.

El mundo greco-romano le dió, al menos en sus comienzos, una importancia capital a las virtudes y dentro de ellas, le confirió a la justicia el primer lugar (para ellos el amor era sólo pasión y expresión de una necesidad o debilidad humana). En el tiempo de la decadencia del Imperio Romano, hubo muchos pensadores insignes que se cuestionaron seriamente con el fenómeno de la caída del Imperio. Mientras Suetonio, el gran historiador, pareciera haber encontrado un principio que explica la decadencia de los pueblos diciendo: “Todo reino se conserva y se perfecciona con los mismos medios con que fue fundado”, Cicerón, el gran jurisconsulto, se quejará amargamente del deterioro de la moral. Él piensa que la corrupción de Roma proviene de la decadencia de la virtud de la justicia. Así coinciden ambos pensadores en un mismo diagnóstico: Roma decayó porque habiendo sido fundada en el espíritu de una máxima justicia, que originó la maravilla del Código Romano, se quedó al final sólo con el esqueleto de las leyes pero sin el contenido de justicia que éstas querían expresar.

En otros ámbitos culturales, por ejemplo el de la antigua China, se llega por otros caminos a lo mismo. Confucio, ese gran filósofo y educador de hombres, elabora con gran profundidad un sistema ético y lo sitúa como base de un sistema no sólo educativo de las personas sino del orden jurídico. Él pone la virtud de la benevolencia como el fundamento de las relaciones humanas. La describe casi con las mismas palabras con que en Occidente se definirá la justicia como virtud general. Dice: “la benevolencia

es la buena disposición del ánimo para con el prójimo y la sociedad". El piensa que sin esa buena disposición del ánimo cualquier norma carece de sentido. Es algo semejante a un sistema jurídico sin el alma que le confiere la virtud de la justicia como elemento funcional de una cultura.

Con el advenimiento del cristianismo se da un nuevo paso: se une la justicia a las así llamadas "virtudes teologales" (la fe, la esperanza y la caridad). La justicia no sólo aparece unida a éstas, sino a su servicio, especialmente de la caridad, que viene a ser, en último análisis, la que le da su sentido pleno. Es así como durante el tiempo del mayor desarrollo intelectual del mundo cristiano, la justicia se presentará jugando el rol de regulación de todas las relaciones humanas. Es la virtud que orienta al bien común, pero todas las acciones humanas deberían estar orientadas a él. Cuando se insiste en situarla solamente como la regla que debe normar las relaciones humanas que están mediatizadas por los bienes materiales, pronto aparece su sentido más profundo: el amor que predispone positivamente frente a los demás, a sus necesidades y valores. El cristianismo tiende naturalmente a personalizar todas las relaciones.

Desde la óptica cristiana la justicia es en primer lugar justicia legal o general. Santo Tomás la llamó legal porque era la costumbre de su tiempo; con ello querían significar que orientaba al bien común a través de las leyes (que se consideraban como ordenaciones racionales al bien común). Sin embargo, lo que está detrás de esta forma de concebir la justicia es una concepción semejante a la de Confucio. El cristianismo concibió la justicia en primer lugar como una predisposición a la voluntad de cumplir con todas las exigencias que impone la realidad. Una apertura universal a los valores que están entrañados en la realidad propia y ajena. Se puede decir, entonces, que es aquella virtud que le da a la voluntad del hombre una clara orientación a atenerse a la realidad objetiva. Es la apertura fundamental al orden querido por Dios y a las exigencias que se desprenden de él. No le basta, entonces, con la capacidad de establecer "lo justo", sino que procura, como ya lo había expresado Cicerón, que lo justo resplandezca encarnado en la realidad concreta: que se haga justicia en cada caso. Esta actitud de alma, esta orientación mental es la que parece estar desapareciendo en la actualidad. El ambiente tiende a formar un tipo de hombre oportunista, aprovechador, irrespetuoso. Ese hombre no es capaz de dejarse normar por leyes justas; no tiene sentido para el orden y sus exigencias.

El orden jurídico descansa, por eso, en la virtud de la justicia mucho más que en la claridad y exactitud con que se establezcan las leyes y normas de procedimiento jurídico. Sin el cultivo de la virtud de la justicia, la actitud normal será la de la utilización de la ley y la de la manipulación de los reglamentos.

Ya decíamos que esto pone una fuerte exigencia al estudio de la juris-

prudencia, especialmente en una Universidad Católica: además del estudio de las leyes y de los procedimientos, es necesario dar pautas y crear ambiente para que se forme la virtud de la justicia como parte integrante del bagage de todo abogado que salga de la Universidad Católica.

Tal vez el desafío más grande frente a esta misión evidente de la Universidad es el contrarrestar la presión deformadora de un ambiente de decadencia moral. Es un desafío grande porque supone la unidad en el cuerpo docente. Supone que existen no sólo profesores, sino que existe un cuerpo docente que elabora en común sus directrices y marca sus acen- tuaciones. Solamente en la medida en que se logre un mínimo de unidad y orientación participada será posible dar un paso en este sentido.

Filosofía y Derecho

Dr. José Gustavo Gortaire Game

Más allá de las conclusiones del estudio paralelo que se realizará pretendiendo ahora resaltar el papel de importancia que guarda la filosofía verdadera en el contexto actual; como señalaba Evandro Agazzi en su ponencia dentro del III Congreso Mundial de Filosofía Cristiana, “quien pretende apartar del estudio a la filosofía, aparta de sí mismo a la realidad, a la verdad”. En efecto, ya nos advierte Mariano Artigas dentro de sus múltiples obras, que el camino seguido por el cientificismo y la ciencia moderna, cuando niega el conocimiento metafísico, fracciona la realidad y huye de la verdad.

Por todo esto y sin apartarme del análisis que realizaremos, quiero poner en evidencia algunas de las razones por las que sigue siendo vigente y necesario el estudio de la filosofía y en concreto de la filosofía jurídica.

1. Apoyo que brinda la filosofía a las nociones jurídicas

En el estudio de la Teoría Pura de Kelsen hemos comprobado que la doctrina que se presenta en la obra tiene definitivamente una base neokantiana, es decir, un aporte filosófico que se convierte en la razón de sostenimiento de toda la creación normativista.

De este modo, la teoría de Kelsen, constituye una excelente contrapueba del hecho de que un conocimiento integral del derecho requiere la existencia de un nivel propiamente ontológico dentro de ese conocimiento.

to. Este nivel es exigido por el verdadero realismo jurídico, fiel a la realidad del derecho en toda su complejidad y profundidad.

Sin embargo, el jurista vienés, insiste en que el derecho sólo capta racionalmente a nivel científico, entendiendo la ciencia en sentido de ciencia particular o positiva. El conocimiento jurídico se reduciría a la ciencia del derecho, cuyo ideal sería el de las ciencias positivas de la naturaleza. Lo demás sería simplemente ideología, en el sentido peyorativo del término.

Lo anterior impide a Kelsen reconocer el papel relevante de la filosofía en la fundamentación de la ciencia jurídica¹. Pero acude a una filosofía de índole netamente antimetafísica. El ejemplo de la Teoría Pura proporciona, por consiguiente, una doble enseñanza: por una parte en la elaboración de la ciencia jurídica, los principios filosóficos sobre el derecho de los que parte influyen decisivamente; por otra, esos principios no pueden ser los que ha elegido el autor como base de su teoría.

Dentro del saber jurídico ocupa un lugar prioritario el conocimiento filosófico sobre el derecho, que debe abrirse de modo realista a la captación metafísica u ontológica de lo jurídico. Como hemos puesto de relieve al hablar de la pureza metódica de la ciencia jurídica en Kelsen, el hecho de que la ciencia jurídica deba basarse en rectos principios filosóficos acerca de las realidades jurídicas, no comporta ninguna confusión entre filosofía y ciencia del derecho, puesto que ambas disciplinas deben obrar con legítima autonomía, con diversas perspectivas de conceptualización de un común objeto material, el derecho. A nivel científico el jurista recibe información proveniente del nivel filosófico y las utiliza en su propio y peculiar trabajo de exégesis y sistematización del derecho vigente, tanto natural como positivo. No se trata de que el científico del derecho se transforme en filósofo, sino que sepa aprovechar esa luz de auténtico saber iusfilosófico, lo que, entre otras múltiples consecuencias, le conducirá a una apertura al derecho natural dentro de su horizonte científico.

La evidencia del aporte filosófico al derecho, ha quedado establecida de manera inobjetable en toda la doctrina tomista. De esta forma es claro que la filosofía brinda una base a las nociones jurídicas, la misma que se trasluce en la relación con las ciencias filosóficas, como veremos a continuación.

2. Relación del derecho con las ciencias filosóficas

El aporte filosófico a las ciencias jurídicas —que como ya hemos visto es necesario, aún en las construcciones que niegan todo valor a la metafísica— puede darse de formas y maneras diversas:

1. Hans Kelsen, *Teoría General del Estado*, prólogo, p. VIII.

La metafísica como tal, por ejemplo, ofrece al derecho conceptos de base como son las nociones de causalidad, principio, trascendencia, ente, etc. Sin embargo, el aporte ontológico no deviene exclusivamente en conceptualizaciones, pues sobre bases metafísicas se asientan los enfoques jurídicos. Así, sobre la metafísica neo-kantiana se sostiene el formalismo de Kelsen; sobre la filosofía del Aquinate, el iusnaturalismo tomista; en la metafísica racionalista, el iusnaturalismo del mismo nombre; sobre la base sociologista de Comte y Durkheim, el pensamiento de Duguit; sobre el neo-empirismo y la filosofía analítica inglesa, la Jurisprudencia Analítica de John Austin, etc.

La Lógica, por su parte, tanto a nivel general como plasmada en la epistemología, ofrece un aporte inmenso al método de las ciencias y especialmente a las ciencias humanas, donde los puntos de contacto filosóficos son más evidentes. La comprobación lógica de los razonamientos permite verificar el nivel de certeza de los resultados obtenidos en un ámbito de estudio.

Por otra parte, el estudio gnoseológico de las doctrinas jurídicas se constituye en un facto identificador de la teoría de conocimiento que envuelve a cada corriente del pensar.

La ética, ofrece un campo de acción de amplia importancia, pues en el ámbito del derecho no pueden separarse las nociones morales naturales del hombre del obrar de éste en sociedad, y de la consecución de su fin último. Sobre este punto procedemos a continuación a realizar una profundización.

3. Consecuencias Deontológicas

Antes de adentrarnos en un aspecto tan importante como son las consecuencias deontológicas sobre la concepción del derecho, hemos de recordar algunos puntos ya tratados anteriormente.

Para el formalismo, la norma tiene plena validez si se encuentra promulgada de conformidad con la norma superior que la sustenta y siempre que tenga eficacia. Así, aunque una norma sea absolutamente injusta, debe respetarse y llevarse a la práctica, independientemente de cualquier aspecto moral o ético que conlleve su cumplimiento. Esta concepción como es obvio facilita el irrespeto a los derechos humanos e incluso justifica actuaciones que a lo largo de la historia han sido condenadas por la humanidad entera, como el holocausto judío, la segregación racial sudafricana o las matanzas de Stalin.

El iusnaturalismo tomista, en cambio, mantiene que aquellas leyes positivas que directa o claramente se opongan a alguna exigencia funda-

las leyes se hacen más rígidas en materias que, en ocasiones, son moralmente menos graves: régimen fiscal, leyes de tráfico, autorizaciones para importación o exportación, construcción, etc.

La situación afecta de modo especial a los profesionales de las carreras jurídicas (jueces, abogados, notarios, etc.), pero sus efectos alcanzan a todas las personas. Motivos de seguridad jurídica, de supervivencia profesional, de necesaria retribución económica, etc., pueden llevar a tolerar una cooperación material con esas leyes. Pero nunca es lícito aprobarlas en el fuero interno, ya que son inmorales y, por la misma razón, existe obligación natural de oponer una legítima resistencia a esos ordenamientos. Esa legítima resistencia implica, antes que nada, el mantenimiento del criterio claro de la posible diferencia entre legalidad y moralidad; en segundo lugar, la difusión de ese criterio diferenciador; en tercer lugar, la educación en esa actitud de resistencia, de las personas que a cada uno están encomendadas (los hijos, los alumnos, etc.).

El Estado —es preciso afirmarlo con toda claridad—. no es creador de la moralidad. Y, por otra parte, ni la extensión de un determinado comportamiento antiético, ni la existencia de una ley que lo permita, pueden cambiar la sustancia de ese acto. Esta afirmación, además de estar fundada en un concepto claro e irrefutable de lo moral, es también garantía de la libertad. Si el Estado fuese creador de la moralidad, sería por ejemplo éticamente bueno el genocidio dictado por una ley que contase con la suficiente mayoría parlamentaria o, simplemente, que emanase de la voluntad de un dictador.

Es claro que una postura tan extremadamente pura como la que mantiene el normativismo, se encuentra reñida con las concepciones de ética profesional debe poseer el profesional de las ciencias jurídicas y por esto que en esta obra hemos querido resaltar los peligros que esto acarrea y la validez actual de la doctrina de Santo Tomás de Aquino en la actualidad y por la duración del mundo.

Como se ha visto, la doctrina tomista del derecho natural supone el puente de unión entre el derecho y la moral. Desde el siglo XIX son constantes los anuncios de muerte del derecho natural, pero con más persistencia aún se señala su retorno.

Se trata de una exigencia de auténtica metafísica. La misma que se advierte —en otro nivel— en la propia Grundnorm de Kelsen: o bien se da un proceso hasta el infinito o se remite a un contenido material que, se desee o no, implica una valoración.

Si todo derecho implica en el fondo una valoración sólo caben dos posturas: esa valoración se queda en el hombre (antropocentrismo) o se remite al autor del hombre (teocentrismo). En el primer caso, o se adopta

te de la realidad, al destacar la libertad. Pero la libertad del hombre no es un absoluto; nada humano puede serlo, porque el hombre, como cualquier criatura, es limitadamente; tiene el ser, pero no es el Ser. Si lo es (pero no es el ser) remite naturalmente al que es por esencia, la naturaleza humana —con su inseparable propiedad de libertad— remite a su autor. Dios es el que funda la justicia. El es el que da a cada hombre lo cuyo como suyo. Como cada uno ha recibido lo suyo de Dios, Dios constituye el garante de la justicia, de la libertad y del derecho.

Todo esto es así, pero hay que realizarlo históricamente, en libertad. Ahora ase comprende como la tarea de administrar justicia o de colaborar en su administración se convierte en uno de los trabajos más difíciles, complejos y audaces. De ahí su insustituible dignidad. De hay la necesidad de entender en el verdadero sentido al derecho, al Estado, al orden jurídico,. De ahí la vigencia del derecho natural.

4. La filosofía del derecho en el contexto actual

En el momento actual quienes hacen filosofía del Derecho, han polarizado su actividad fundamental en dos campos:

4.1. Primer campo de la iusfilosofía en el siglo XX:

Formado fundamentalmente por los positivistas, quienes inbuidos del espíritu cientificista, parten de bases filosóficas a y anti metafísicas, pretendiendo desterrar del conocimiento jurídico todo criterio de base ontológica.

Esta corriente, al no buscar y profundizar en el conocimiento por causas; no realiza en verdad una filosofía, en el sentido estricto del término, aunque si lo hacen, aún a pesar de ellos, al menos en sus planteamientos básicos. El mundo donde proliferan los ingenieros y los técnicos, se busca convertir al abogado en un ingeniero del derecho.

Los distintos derroteros que ha tomado el positivismo para lograr su fin, lo hemos señalado ya en el principio de este trabajo⁵, y sus caminos, que pretenden alejarse de toda noción metafísica, no pueden sin embargo, divorciarse de la filosofía, pues tal separación los dejaría sin fundamento alguno.

En la actualidad, fundamentalmente en Oxford y en las Universidades alemanas no católicas, el estudio de la filosofía se ha reducido al nivel de la hermenéutica, de forma que la filosofía jurídica, en esta óptica, se convierte en un simple análisis de los términos jurídicos. Es por esto, que Michel Villey deja ver en sus obras una gran decepción de la realidad de la

5. *cf. supra* C.1, ítem 1.1.

filosofía del derecho en el siglo XX, pues la influencia del positivismo ha sido grande fundamentalmente en el continente europeo.

4.2. Segundo campo iusfilosófico en el siglo XX:

Sin embargo, otra corriente de pensamiento se desarrolla en torno a la filosofía del derecho. En efecto, como ya señalamos al comienzo de la segunda parte, el resurgimiento de la escolástica, ha traído consigo el renacer de la filosofía del ser, a través de su corriente neo-tomista⁶. El tomismo del siglo XX, ha permitido el desarrollo de pensadores que enmarcados en el estudio de la verdadera metafísica aborden el campo del derecho. Estos pensadores enfrentan el estudio del derecho desde tres perspectivas distintas, a saber: los filósofos interesados del estudio jurídico, los moralistas y los juristas que buscan el fundamento del derecho en la filosofía.

“Gracias” al gran influjo de positivistas y marxistas en el contexto latinoamericano, se ha considerado a los filósofos del derecho de corte neo-escolástico, como simples transmisores de los mensajes de una clase social dominante, por lo que se ha evitado el conocerlo, sin darles oportunidad siquiera de presentar sus planteamientos. Por eso, resultará extraño para muchos el descubrir el gran número de pensadores de la verdadera filosofía que han presentado sus desarrollos en este siglo. A pesar de todo esto, quienes vencen el prejuicio injustificado y acceden al conocimiento de ius-naturalismo tomista encuentran en éste que todo cuanto se ha dicho de ellos es falso, y que sus doctrinas antes que mantener un corte clásico y anticuado, son plenamente actuales y presentan soluciones más realistas a los problemas contemporáneos del derecho, pues su estudio parte ante todo del conocimiento de lo real y en base a él realizan sus estudios.

Así, a partir del siglo XIX y sobre todo en el XX, el abanico de soluciones escolásticas para resolver la cuestión de la definición del derecho es cada vez más amplio. Por lo que nos atañe, nos limitaremos a examinar los autores que parecen haber recogido de manera más precisa la concepción realista: los tomistas o asimilables al tomismo. Para dar claridad a la exposición hemos reunido bajo la apelación de juristas-filósofos a los juristas, los filósofos y los filósofos del derecho. En cambio, trataremos a los moralistas como categoría aparte.

En líneas generales podemos estructurar esta sección del modo siguiente: en una primera parte estudiaremos a quienes optan por soluciones innovadoras respecto a la doctrina de Santo Tomás de Aquino, en aspecto como el derecho subjetivo y la concepción de la norma jurídica. Obviamente el criterio de esta clasificación es la acepción mantenida por los

6. cfr *supra* II.C.1 ítem 1.3

autores, sin que sus innovaciones represente que ignoran en estos campos al Doctor Angélico.

La segunda parte está dedicada a los juristas filósofos, y a los moralistas, que están inspirados en el realismo de la doctrina tomista.

4.2.1. Corrientes innovadoras

a) En favor del desarrollo del derecho subjetivo:

1.- *Juristas filósofos:*

La corriente suareciana se mantiene perfectamente en el siglo XIX y no está en peligro de desaparición en la actualidad. El vigor de esta concepción nos viene ilustrada, en las obras de Taparelli, Liberatore, Ortiz y Lara, Mendive, Bonilla y San Martín y —para el siglo XX— Valesin, Catherin, Messner y Jolivet.

2.- *Moralistas:*

Por otra parte, moralistas tales como Tanquerey, Prümmer y Lanza-Palazzini, que enseñan que el derecho subjetivo tiene una base doctrinal de raíces profundas.

b) En favor de la norma:

1.- *Juristas filósofos:*

Como representantes de quienes dan una interpretación normativistas no positivas al derecho, se pueden citar a Sancho Izquierdo, Leclerq, Luño Peña, Dabin, Utz, Puy y Passerin d'Entreves. De especial interés es la postura de Sancho Iquéierdo. Este iusnaturalista recoge los tres sentidos clásicos del derecho, interpretando el *iustum* de manera fiel a Santo Tomás. Explica el autor como a partir del Aquinate el derecho ha dejado de ser considerado como adjetivo implicando la *aidea* de rectitud, para designar como sustantivo lo que pertenece a una persona. Luego de esta apariencia de realismo muestra su preferencia por la norma pues en su teoría “lo justo” se equipara a “lo debido” y la ley sería el derecho en cuanto que es reguladora de “lo suyo” y confiere a cada uno el carácter de “lo debido”.

2.- *Moralistas:*

El más representativo en este campo es Royo Marín, quien mantiene un realismo impregnado de normativismo, sin que éste pueda considerar positivista, pues acepta una primacía de la norma jurídica, siempre dentro del iusnaturalismo tomista.

4.2.2. Realismo jurídico

Como ya hemos señalado, no trataremos aquí de las doctrinas jurídi-

cas recientes que no corresponden al realismo jurídico o al menos se acercan a esta concepción. Por tanto descartaremos a unas cuantas corrientes que no tienen de realistas más que el nombre: el realismo jurídico americano y el escandinavo.

a) Realismo en sentido amplio

1.- *Juristas filósofos:*

Dentro de esta área se destacan autores como Maritain y Biondo Biondi, quienes definen al derecho como algo justo.

2.- *Moralistas:*

Javier sin reconocer que el derecho sea una cosa (res) defiende a la justicia como objeto del derecho.

b) Representantes de la concepción realista del derecho propiamente dicha:

Los principales exponentes de esta corriente son Zigliara, Senn, Lottin, Laversin, Delos, Lachance, Spicq, Graneris, Simón, Darbellay, Pieper, Casares, Villey y Hervada. Estos iusfilósofos, mantienen la línea realista de Sto. Tomás en cuanto a la concepción del derecho como *ipsa res iusta*, sin embargo, es importante descubrir que el trabajo realizado por estos pensadores no se queda en una situación estática, pues, introducen profundos análisis de realidades y valores jurídicos que no fueron tratados directamente por el Aquinate, como es el caso del derecho subjetivo. Sin llegar a un normativismo, otorgan un papel importante a la norma jurídica dentro de la ciencia del derecho, de forma de compaginar plenamente todo aquello que de positivo se ha brindado en el estudio jurídico, recalcando así la apertura y universalidad de la filosofía iniciada por el Doctor Angélico.

Espero que esta brevísima síntesis de la actualidad de Filosofía del Derecho, invite a muchos a seguir el derrotero de la verdadera metafísica en pos de formar un núcleo de profesionales, que concientes de la importancia del Derecho Natural, colaboren en la construcción de una verdadera sociedad justa en procura del bien común y del fin último del hombre. Pero para esto es necesario despojarse de todo tipo de soberbia y crear humildemente la herencia noble que hemos de dejar a las generaciones venideras, haciendo realidad aquel sabio ideal de vida: "Que tu vida no sea una vida estéril, sé útil, deja poso... ilumina con la luminaria de tu fe y de tu amor. Borra con tu vida de apóstol la señal viscosa y sucia que dejaron los sembradores del odio"⁷.

7. J. Escrivá de Balaguer, *Camino*, 1.

ECONOMIA Y DERECHO

Estado activo vs. Estado eficiente: La privatización de las empresas públicas

Eco. Alfredo Mancero Samán

Presentación

Este artículo se refiere a la controversia de los ochenta sobre la modernización del Estado y más particularmente al tema de la privatización de las empresas estatales que algunos ubican dentro del proceso de la reforma fiscal impulsada por el Banco Mundial.

Además de corresponder a la generosa invitación de la Asociación Escuela de Derecho, las notas que componen este trabajo tienen dos intenciones: primera, aportar elementos de juicio para que se analicen con amplitud y objetividad las nuevas tendencias del pensamiento económico y jurídico, pues en estas ideas poco conocidas y menos discutidas se sustentan las reformas y contrarreformas institucionales de los años ochenta, es decir, las nuevas reglas del juego a las que tendrán que adaptarse (u oponerse) las generaciones actuales y futuras; segunda, insinuar la conveniencia de redescubrir en estos temas los estrechos vínculos entre la economía y el derecho, los cuales no siempre son tomados en cuenta por los juristas y los legisladores.

La mayoría de las proposiciones siguientes son apuntes de clase y fichas-resumen de algunas publicaciones recientes (cuya lista aparece al fi-

nal); por lo tanto, su único mérito es la presentación ordenada de una recopilación. Sirva esta aclaración como excusa por la brevedad de cada nota y por la eventual insuficiencia de los comentarios que las acompañan.

Primera parte

Estado activo y estado eficiente

A. La visión activista del estado: de la posguerra a los setenta

1. La Segunda Guerra Mundial trajo consigo una profunda transformación de las relaciones económicas internacionales y una visión renovadora de la función del Estado en la economía.

Las naciones industrializadas, enfrentadas al dilema de volver al estado de cosas de los años treinta o crear un nuevo patrón de comportamiento, creyeron indispensable optar por un nuevo marco institucional para impulsar el comercio exterior y los movimientos de capitales, así como para promover el desarrollo económico y social a través de las políticas estatales.

Los países subdesarrollados tenían una amarga experiencia de la historia reciente. Después de muchos años de haber participado en la división internacional del trabajo como productores-vendedores de productos primarios, llegaron a la conclusión de que su desarrollo anterior había sido obstaculizado por el comercio exterior y las inversiones extranjeras impuestas por las potencias imperiales. Prefirieron optar por políticas de desarrollo impulsadas de el Estado y estimaron que el único comercio exterior indispensable debía ser el que provea las divisas suficientes para la industrialización.

2. Las dos instituciones de coordinación internacional creadas con el Acuerdo de Bretton Woods (1944) —el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF)— impulsaron una nueva orientación de la función del Estado: regular el funcionamiento del mercado, con el nombre de estabilidad, y promover el aprovechamiento total de los recursos disponibles, con el nombre de desarrollo.

El FMI debía buscar la estabilidad monetaria y cambiaria procurando que los gobiernos de los países miembros establecieran un sistema de paridades de sus monedas en función del oro o del dólar estadounidense. El BIRF, más conocido posteriormente como Banco Mundial, debía ocuparse de las inversiones a largo plazo y de la promoción del desarrollo económico, facilitando recursos a los gobiernos de los países miembros (ricos y po-

bres) para que éstos los canalicen hacia las obras de infraestructura y las actividades productivas estratégicas.

En algunos aspectos, el nuevo sistema de coordinación de las políticas “entre las naciones” parecía inspirarse en los postulados liberales del siglo anterior: libre comercio y libre movimiento de capitales. Pero la principal diferencia era el papel activo que se atribuyó al Estado, tanto para regular el funcionamiento de los mercados cuanto para alcanzar ciertos objetivos económico-sociales, como el “pleno empleo”.

3. Las políticas estatales de la post-guerra fueron básicamente activistas, pues se asumía que el desarrollo puede ser orientado, regulado y administrado bajo el liderazgo del Estado.

Las estrategias de desarrollo, los criterios de inversión, la acumulación de capital y la formación del ahorro pasaron a constituir los elementos fundamentales para la intervención del Estado a través de las políticas públicas.

En los países del Tercer Mundo, los gobiernos emprendieron en la modernización del Estado y justificaron el intervencionismo en la economía por la existencia de obstáculos institucionales al desarrollo y de imperfecciones de la competencia; reconocieron la estrechez de los mercados internos y atribuyeron a la falta de capacidad empresarial y a la insuficiencia de capitales privados la dificultad para realizar grandes inversiones.

Por esa vía, el Estado fue no solamente un “regulador” de las actividades privadas —a través de las políticas públicas— sino también el gran organizador de la economía, el asignador de recursos y en algunas ocasiones el propietario y gestor de empresas consideradas estratégicas para la acumulación interna de capital.

4. Las visiones sociopolíticas del desarrollo y la modernización fueron esencialmente optimistas: se pueden crear condiciones para el “despegue” y el crecimiento “autosostenido” en un plazo relativamente breve.

En un marco internacional que propiciaba ante todo la difusión de un modelo de civilización industrial en la periferia y la unificación de los espacios económicos en una economía mundial desprovista de intereses nacionales específicos, la aceleración del desarrollo y la modernización en el Tercer Mundo sólo podía ser viable mediante la penetración del capital transnacional y, más tarde, el “endeudamiento externo agresivo”.

Esta prisa por acelerar el desarrollo, muchas veces estimulada desde el exterior, contribuyó a la hipertrofia de las administraciones públicas y a la creación y multiplicación de empresas estatales. En numerosos casos, muchos proyectos “sobredimensionados” que escapaban a los criterios

racionales de eficiencia económica fueron posibles por los cuantiosos subsidios estatales a favor del sector privado o por los crecientes endeudamientos de las empresas estatales con garantía de los gobiernos.

5. El desarrollo económico de la posguerra implicó una mayor participación del Estado en los asuntos económicos de cada país, pero también significó, al mismo tiempo, una reducción progresiva del grado de autonomía de los gobiernos nacionales en el diseño y la aplicación de las políticas públicas.

Sin perjuicio de las particularidades regionales imputables al desigual desarrollo relativo de los países periféricos (“en vías de desarrollo”), es bastante conocido que el estallido de la crisis de la economía mundial puso en evidencia una misma clase de problemas, un mismo diagnóstico de los efectos internacionales del desajuste y una misma manera de enfrentar los desequilibrios macroeconómicos.

La estrecha vinculación entre los problemas de la balanza de pagos, el déficit fiscal y el nivel de inflación resultan, a fines de los setenta, un elemento común a todos los países latinoamericanos y también a los de otras regiones periféricas. También es común a todos ellos el que la casi totalidad de la deuda externa debió ser absorbida por el Estado (sea por la extensión de garantías públicas, sea por la estatificación forzosa de las obligaciones de los agentes privados).

B. Del estado desarrollista al estado eficiente

6. Los ochenta se caracterizan por el cuestionamiento de la intervención activa del Estado en la economía. Emerge con bastante fuerza en los países industrializados una corriente ideológica (neo-conservadora) que atribuye el “fracaso” de las estrategias de desarrollo de las décadas precedentes a la interferencia estatal en las actividades privadas, y reclama para éstas el papel principal en la administración de la economía.¹

La crítica del “modelo de desarrollo” en crisis se apoya sobre todo en la denuncia de excesivas regulaciones estatales que asfixian el mercado e impiden la eficiencia del sistema productivo. Seguidamente, a partir de los numerosos estudios sobre los países del Tercer Mundo, el argumento más recurrente es el “gigantismo” del aparato estatal y su incapacidad para operar eficientemente la multiplicidad de entidades y empresas creadas

1. La aparición de similares planteamientos en los países latinoamericanos no fue original en modo alguno; como suele ocurrir a veces, hubo una apropiación deformada del pensamiento anglo-sajón sin tener en cuenta que se refería a los problemas de otra realidad. A fines de los setenta, el tema de la privatización era ante todo una oportunidad que utilizaron ciertos sectores políticos para revivir el falso antagonismo entre lo “privado” y lo “público”.

en nombre del desarrollo.²

7. Por cierto, el sesgo unidimensional de tales interpretaciones no es compartido por todos los analistas. Algunos refutan su validez y reclaman el reconocimiento de otros factores, como por ejemplo el carácter traumático de la crisis del comercio internacional y de la reducción de los flujos de créditos externos, la elevación de las tasas de interés y el deterioro de los precios internacionales de los productos primarios, hechos éstos que debilitan las finanzas públicas y descubren la vulnerabilidad del Estado para hacer frente a los desafíos de la crisis.

Desde otro ángulo, quienes han estudiado los procesos de desarrollo en los países del sudeste asiático señalan que, al contrario, buena parte del éxito económico en éstos es atribuible a una presencia fuertemente intervencionista del Estado.³

8. ¿En qué consiste el problema de fondo? ¿Debe enjuiciarse el tamaño del Estado o la calidad y efectividad de su impacto en ciertas actividades estratégicas?

Para SINGH (1989), en la mayoría de países en desarrollo no hay alternativa para una presencia activa y rigurosa del Estado en cuestiones tales como la política alimentaria, tema en el que las discusiones recientes han estado dominadas por el mejoramiento de los precios.

“No minimizo —dice Singh— el rol de los precios remunerativos a los agricultores como elemento de una estrategia agrícola. Los agricultores responden a los incentivos de precios. Pero la producción agrícola como un todo (no la de un cultivo aislado) depende de la tecnología, el crédito, la administración del agua y los acuerdos de comercialización. La eficiencia de estas actividades reclama una acción colectiva y frecuentemente grandes inversiones del sector público. La tarea de mayor importancia es, entonces, la modernización del Estado para la administración del desarrollo, porque hay áreas estratégicas que no pueden dejarse en manos de las fuerzas del mercado”.

A renglón seguido, añade:

“Esta visión no es inconsistente con la eliminación de algunas funciones reguladoras del Estado que han dejado de ser útiles. Pero también hay otras dimensiones importantes. Una de ellas es la obligación de respetar las normas legales y los derechos humanos fundamentales “.....” y también lo es la tarea de garantizar la provisión de servicios sociales básicos, como la salud y la educación, de manera viable y económica”.

2. No está de más reconocer que la amplia mayoría de estos estudios han sido realizados por los expertos de los mismos organismos internacionales (FMI, BIRF) que años atrás impulsaron con entusiasmo la tesis del “estado activo”.

3. Ver, por ejemplo, Revista de la CEPAL No. 31, abril 1987

9. La llamada “desregulación” es uno de los argumentos más utilizados para cuestionar la presencia del Estado y algunos la identifican como un proceso de “despolitización de la economía”.

Ocurre, sin embargo, que en la vida social lo político no es ajeno al funcionamiento de la economía, por lo que no debería confundirse la necesidad de redefinir los límites de la regulación de las relaciones sociales con una visión ascética e irreal de la economía.

En muchos países industrializados, la expansión del papel regulador del Estado se justificó por las prácticas de competencia desleal y las “barreras a la entrada” de nuevos competidores en el sector privado. En esa dirección, una propuesta de “desregulación” indiscriminada puede ser un obstáculo a la búsqueda de la eficiencia del mercado.

Si la desregulación de la economía no está acompañada de un proceso de recuperación de la competencia, el debilitamiento del Estado activo no se traducirá en un correlativo fortalecimiento de la eficiencia económica, ni en desmantelamiento de los grupos de presión. Al contrario, la desregulación indiscriminada puede dar origen a un comportamiento irracional y abusivo de los agentes económicos con mayor poder de influencia sobre las decisiones del mercado.

10. En las economías de mercado la competencia es indispensable para el funcionamiento de la economía, desde el punto de vista de la productividad, la formación de los precios y los intereses de los consumidores. Precisamente, por reconocer la validez de este principio numerosos gobiernos se han preocupado de desarrollar el “derecho económico” —en estrecha conexión con el derecho penal, el derecho civil y el administrativo— para reprimir los actos abusivos y desleales, proteger la libertad de competencia y garantizar los intereses y derechos del consumidor.⁴

4. Por ejemplo, la Resolución 35/63 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en diciembre de 1980, enumera algunas de las prácticas de las cuales deberían abstenerse las empresas: a) Acuerdos de fijación de precios, incluso con respecto a exportaciones e importaciones; b) Licitaciones colusorias; c) Acuerdos de asignación de mercados o de clientes; d) Asignación por cuotas de ventas y producción; e) Acción colectiva para la imposición de acuerdos; f) Denegación concertada de suministros a importadores potenciales; g) Rechazo colectivo a la participación en un acuerdo, o asociación, que sea vital para la competencia.

Asimismo, la Resolución 39/248 del mismo Órgano de las N.N.UU., del 9 de abril de 1985, sobre la protección del consumidor, contiene un anexo que establece las directrices sobre: seguridad física; promoción y protección de los intereses económicos de los consumidores; normas para la seguridad y calidad de los servicios y bienes de consumo; sistemas de distribución y servicios de bienes de consumo esenciales; medidas que permitan a los consumidores obtener compensación; programas de educación e información; y algunas medidas relativas a los alimentos, el agua, los productos farmacéuticos, los plaguicidas y ciertas sustancias químicas de uso peligroso. (cf.: JUNAC 1989).

Segunda Parte

La noción de eficiencia y la privatización del estado

A. Eficiencia económica y eficiencia productiva

11. En economía, el concepto de eficiencia tiene acepciones diferentes. La eficiencia productiva es sinónimo de rentabilidad, pues se refiere a la producción de un determinado bien o servicio con un mínimo de costos; por su parte, la eficiencia económica es la asignación óptima de los recursos de que dispone la sociedad como un todo. Por esa razón, dice MARCEL (1989), un monopolio no regulado puede ser rentable, pero no es eficiente desde un punto de vista económico. Del mismo modo, agrega, una empresa pública puede ser productivamente eficiente, pero económicamente ineficiente si su política tarifaria se encuentra distorsionada por factores políticos. En general, concluye, la eficiencia productiva, la eficiencia económica y la máxima rentabilidad sólo tenderán a coincidir en mercados altamente competitivos.

12. En la mayoría de países latinoamericanos, las empresas públicas fueron agregándose al sector público por razones a veces políticas, a veces vinculadas a la ideología desarrollista. Difícilmente podría encontrarse un caso nacional en que el conjunto de empresas públicas corresponda a un programa coherente y sistemático de desarrollo del sector estatal de la economía.

La nacionalización, la estatificación y en algunos casos excepcionales la confiscación fueron, entre los treinta y los cincuenta, los justificativos para la anexión de varias empresas al funcionamiento del Estado. Más tarde, con ocasión de la ola desarrollista de los sesenta, se difundió la teoría de los sectores estratégicos (para la acumulación interna de capital) y, posteriormente, el concepto de estrategia se extendió por motivos de “seguridad nacional”, “desarrollo regional” e inclusive por consideraciones de tecnología y tamaño de los mercados internos.

¿Cuál debería ser, en estos casos, el criterio de “eficiencia” aplicable? En el más amplio o más estrecho espectro de empresas públicas que puede encontrarse en cada país latinoamericano —de acuerdo a sus circunstancias históricas particulares— habrá empresas ineficientes desde el punto de vista de sus costos de producción y empresas también ineficientes en cuanto a la asignación de los recursos; pero, si acaso han cumplido a cabalidad los objetivos para los cuales fueron creadas, ¿sería legítimo considerarlas “ineficientes”?

13. En rigor, debería reconocerse que los cambios económicos que vienen registrándose desde mediados de los setenta en los países industrializados, y durante los ochenta en los países latinoamericanos, reflejan el agotamiento de una modalidad de desarrollo, vale decir de una vinculación “centro-periferia”, que obliga a todos los participantes en la división internacional del trabajo (léase Orden Económico Internacional) a modificar sus instituciones y adecuarse a las nuevas exigencias de la economía mundial.

Desde tal perspectiva, los criterios de eficiencia que pudieron ser válidos en el pasado no serían funcionales en la actualidad. De ahí que los economistas no hayan logrado todavía definir con claridad un nuevo “paradigma de desarrollo”, igual que muchos gobernantes no saben qué hacer con la crisis, y que la única tentativa aparentemente viable sea la reivindicación del mercado y de las iniciativas privadas, en reemplazo de las estrategias del Estado activo.

B. Asignación de recursos y derechos de propiedad

14. Es bastante conocido que los textos de economía resumen el problema económico fundamental en tres interrogantes: qué se produce, cómo se produce y para quién se produce. En ese sentido, los sistemas económicos se distinguen por las “reglas básicas del juego” que definen el funcionamiento de la actividad económica y que generalmente quedan especificadas como “derechos de propiedad”, pues en última instancia lo que interesa conocer es quién gozará de los derechos de usar, enajenar y recibir la renta de un recurso.

15. Durante algún tiempo, los economistas supusieron que los derechos de propiedad estaban definidos por factores institucionales ajenos a su quehacer; los derechos de propiedad los establece la sociedad a través de las leyes y en ese sentido constituyen un “dato” que no afecta el funcionamiento de la economía.

Esta percepción fue común a los economistas neoclásicos y a los marxistas y ello explica la ausencia de estudios e investigaciones acerca de los efectos económicos de los derechos de propiedad durante largos años. Para los primeros, la propiedad no generaba ningún costo de gestión, y para los últimos el tema carecía de interés pues tarde o temprano los medios de producción serían expropiados por el Estado.

16. Preocupados por la “eficiencia” en la asignación de recursos, algunos economistas empiezan a indagar en épocas más recientes por qué hay ocasiones en que los derechos de propiedad puede ser ineficaces, qué es lo

que modifica la organización de la economía y cuáles son los costos para la sociedad del establecimiento y administración de un determinado sistema de derechos de propiedad.

Si los derechos de propiedad son determinantes para el funcionamiento de la economía porque proporcionan los estímulos (y los desalientos) a través de las “reglas del juego” a las que deben someterse los agentes económicos, de qué manera pueden ser afectados por dichas reglas el crecimiento de la producción (eficiencia) y los niveles de bienestar de la sociedad (equidad).

17. En el “nuevo derecho”⁵ se presume que los agentes económicos (individuos de instituciones) actúan racionalmente; cada uno consume mayor o menor cantidad de derecho según los beneficios y costos que permite el sistema legal y, consecuentemente, reacciona de manera igualmente racional cuando el derecho modifica el marco institucional de los incentivos (beneficios y costos).

Desde esta perspectiva positivista-instrumentalista que aplica la teoría y el cálculo económicos al análisis de las instituciones y doctrinas jurídicas, el sistema legal (conjunto de instituciones, procedimientos y doctrinas) debería tener como función principal el hacer eficiente el funcionamiento de la sociedad. El derecho de propiedad en particular debería contribuir a una asignación óptima de los recursos, aunque ello implique alejarlo de los principios de equidad y justicia en que a veces se inspira el derecho normativo.

C. Concepto y modalidades de privatización

18. En sentido lato, privatización es un proceso de reformas legales y administrativas tendientes a promover y facilitar la participación creciente del sector privado en la administración de las empresas estatales y en el control de los activos de propiedad gubernamental.

Las principales modalidades de privatización son los contratos de arrendamiento operativo y de administración y la venta (total o parcial). En los contratos de arrendamiento operativo el riesgo comercial corre por cuenta del arrendatario y se exigen garantías que aseguren al gobierno la recuperación de sus activos al final de la operación.

En las ventas de los activos de empresas estatales puede pactarse el compromiso gubernamental de otorgar protecciones y subvenciones a la

⁵ La aparición del “nuevo derecho”, de la “nueva economía institucional” y de la “novísima historia económica” tuvo lugar en la década de los sesenta, en especial con la aparición del artículo de R. H. Coase, “El Problema del Costo Social”. El ejemplo de Coase condujo a la aplicación de la teoría económica y de los métodos empíricos de los economistas a las instituciones y doctrinas dominantes del derecho”. (cf.: HARTWELL 1978).

nueva empresa privada, como también el compromiso de “liberalizar” totalmente la propiedad y la gestión.

19. Hay otras interpretaciones aplicables a la misma idea de “privatizar” que no se refieren a la transferencia de propiedad desde el Estado hacia los particulares, sino a la sustitución de las antiguas normas de gestión pública con los principios de asignación de recursos por los mecanismos del mercado, sin renunciar a la propiedad y el control de la empresa estatal.

En esta dirección deben interpretarse las políticas de revisión de precios y subsidios, la modernización de las leyes y reglamentos relativos a la dirección y administración de las empresas públicas (tratando de asimilarlas a las normas del sector privado), la reforma de la legislación sobre contratación pública, entre otras.

D. La tesis del Banco Mundial: reforma fiscal y empresas estatales

20. Dentro de la reestructuración de las políticas económicas de los países en desarrollo que promueve la nueva estrategia del Banco Mundial, se atribuye una importancia singular al fortalecimiento de las finanzas públicas y, dentro de dicha tarea, a la reforma de las empresas estatales.

El argumento de esta última recomendación se puede resumir, así:

- a) El sector público realiza una parte importante de su producción e inversiones a través de las empresas estatales. Estas empresas son entidades financieramente autónomas y jurídicamente distintas, que en todo o en parte son propiedad del gobierno central o de los gobiernos seccionales.

A diferencia de las administraciones públicas, que generalmente dependen de los impuestos, las empresas estatales obtienen la mayor parte de sus ingresos de la venta de bienes y servicios, muchos de los cuales son también producidos por el sector privado. Sin embargo, las políticas de los precios de las empresas estatales no son siempre racionales porque no reflejan los costos de la asignación de los recursos ni la situación del mercado.

Los precios insuficientes conducen al despilfarro de los recursos, a costos excesivos e incontrolados y, por tanto, a demandar compensaciones de los presupuestos públicos o a contratar empréstitos por encima de la capacidad de pago de las empresas.

En el pasado, sus efectos fiscales quedaban con frecuencia ocultos por falta de datos financieros consolidados, entre otros factores. Más recientemente, las limitaciones presupuestarias y las restricciones de financiamiento (interno y externo), los efectos de las devaluaciones y de la liberalización del comercio han puesto de relieve la debilidad financiera de las

empresas estatales y sus efectos en la estabilidad fiscal.

- b) Las empresas estatales han obtenido volúmenes considerables de préstamos en los mercados financieros internos y externos. Los gobiernos generalmente han garantizado porciones sustanciales de la deuda de dichas empresas y con frecuencia han asumido las deudas de las que se encontraban en dificultades financieras, aún en los casos en que no mediaban garantías oficiales.**

En varios países (Ecuador, entre ellos) el déficit de las empresas estatales ha sido mayor que el déficit total del sector público. Esto significa que de no haber mediado las transferencias netas a las empresas estatales el resto del sector público habría registrado superávit.

- c) Tradicionalmente, los analistas y los encargados de la formulación de políticas en materia de finanzas públicas han dedicado su atención preferentemente al presupuesto del gobierno central como factor determinante de la política fiscal.**

El análisis de las empresas estatales se ha dejado en manos de los especialistas sectoriales y en general se han hecho pocos intentos sistemáticos para verificar el desempeño financiero de estas empresas. Todo ello ha contribuido a debilitar la disciplina fiscal, a destruir el principio de responsabilidad de las finanzas públicas y a la falta de "transparencia" en las decisiones políticas.⁶

- d) La fijación de los precios de los productos de las empresas estatales con referencia a su costo económico contribuirá mucho a limitar tanto la demanda de transferencias del gobierno central como la obtención de empréstitos por dichas empresas.**

Las subvenciones seguirán siendo apropiadas cuando se trate del alivio de la pobreza; en algunos casos puede ser más eficaz subvencionar a los consumidores de bajos ingresos cobrándoles menos que el costo y cobrando más a los consumidores con mayores recursos. En lugar de recibir subvenciones, las empresas estatales comerciales deberían pagar impuestos como lo hacen las empresas privadas. Esto las colocaría en pie de igualdad con competidores del sector privado y fomentaría su eficiencia. Cuando los precios de las empresas estatales actúan como impuestos, los superávits deben transferirse al erario público.

- e) En varios campos de actividad, las empresas estatales deberían ser expuestas a la competencia interna y externa para que busquen su eficiencia económica. En aquellos sectores en los que el sector privado interno y externo tiene capacidad técnica y administrativa considera-**

6. Transparencia es la capacidad para sopesar las repercusiones financieras de las actividades del sector público anticipadamente, evaluarlas una vez cumplidas e identificar quién corre con los gastos y quién recibe los beneficios, a fin de que los encargados de tomar decisiones sean responsables de sus actos. (cf.: BANCO MUNDIAL 1988).

ble, los gobiernos pueden usar contratos de administración y de arrendamiento operativo sin perder la propiedad de las empresas.

E. Efectos de la privatización

21. La privatización implica una transferencia parcial o total del poder de decisión del Estado a los particulares, ya sea por la vía del contrato de arrendamiento o de la venta de la propiedad. Ello plantea una primera pregunta: a cambio de qué?

Es casi obvio que en la mayoría de veces la contrapartida de la privatización es una transferencia de activos financieros desde el sector privado al sector público, los cuales pueden ser líquidos (dinero contante y sonante), en moneda nacional o en divisas y no-monetarios (títulos-valores, por ejemplo) o una combinación de todos ellos.

22. Si los recursos financieros transferidos desde el sector privado provienen de fuentes internas, es decir, de los residentes en el país, no hay en el corto plazo ningún otro efecto que la transferencia del ahorro privado interno a las arcas fiscales. Si los beneficiarios de la “privatización” son residentes en el resto del mundo y sus fondos provienen del exterior habrá, también en el corto plazo, un influjo neto de recursos financieros (en divisas).

En ambas hipótesis surge una segunda pregunta: ¿a favor de qué sectores sociales y en qué clase de obras y servicios serán utilizados los ingresos estatales?

Por cierto, si la transferencia de la propiedad estatal sirve para cancelar obligaciones pendientes de pago con acreedores del exterior, habría una disminución de los pasivos externos (saldo de la deuda) y una liberación de recusos fiscales hasta entonces asignados en los presupuestos para el servicio de la deuda.

Es aquí que conviene preguntarse, además de lo anterior, ¿qué justifica una operación de tal naturaleza en una perspectiva de mediano plazo?

F. El sesgo ideológico de la privatización

23. Más allá de los efectos inmediatos —meramente contables, en sentido estricto—; es indispensable tener en mente que la decisión de privatizar puede provocar en el mediano plazo, efectos radicalmente diferentes a los esperados por los “expertos”.

La privatización de activos estatales a cambio de activos privados plantea no solamente un problema de determinación contable (cuál es el “precio adecuado” de la transacción) y de calificación de los beneficia-

rios (inversionistas nacionales o extranjeros). En esencia, la cuestión determinante no es siquiera la transferencia de la propiedad y el control de determinados activos “reales”.

La mayoría de los argumentos a favor de la privatización suelen ser deleznable porque se sustentan en prejuicios y en supuestos no verificables. Por ejemplo, los que defienden con vehemencia la privatización presumen la ineficiencia de la empresa estatal y la eficiencia de la gestión privada pero casi nunca especifican con relación a qué criterios. El sesgo ideológico es, en ese caso, tan cuestionable como el de los que se oponen a la privatización porque la presumen inconveniente.

Veamos dos ejemplos.

Caso 1. Una empresa estatal puede aparecer ineficiente porque la factura salarial absorbe un elevado porcentaje de sus ingresos, no tanto por el nivel promedio de los salarios o las reivindicaciones sindicales sino por el número de puestos de trabajo generados por dicha empresa.

Pues bien, ¿es qué la ineficiencia entendida como un problema de elevados costos de mano de obra se resuelve necesariamente con la privatización? Si fuese así, ¿qué garantiza que el nuevo propietario (nacional o extranjero) no demandará subsidios del Estado para sostener la misma cantidad de trabajadores?

Caso 2. En otras ocasiones, la ineficiencia de las empresas estatales se explica por pérdidas operaciones derivadas de los subsidios a los consumidores, y éstos por las políticas de congelación y control de precios consagradas en la legislación

¿Es que necesariamente la transferencia de los activos estatales hacia el sector privado va eliminar de un plumazo la causa de las pérdidas operacionales? ¿La privatización evitará que los grupos de presión y el regateo político en la legislatura insistan en el control de precios?

24. La ineficiencia del sector público en general —no solamente de las empresas estatales— tiene alguna relación con las normas legales y administrativas, con la falta de definición apropiada de las líneas de responsabilidad y el vicio del burocratismo.

No es que la ineficiencia estatal sea irremediable, sino que los correctivos implican un proceso lento, a veces costoso políticamente, y los gobernantes no disponen del tiempo suficiente o no cuentan con el respaldo social indispensable para llevar adelante un proyecto de modernización del aparato estatal.

El hecho cierto e irrefutable de la privatización del Estado en América Latina es que los argumentos hasta ahora esgrimidos por sus defensores no aluden en modo alguno a la eficiencia económica de la sociedad para que pueda corresponder a las demandas de equidad y justicia; tampoco

mencionan el reordenamiento de las relaciones internacionales y los efectos que podrían tener sobre un Estado desprovisto de capacidad de negociación.

En cambio, ¿por qué se vincula indisolublemente la privatización de las empresas estatales con el equilibrio financiero de las cuentas fiscales en el corto plazo?

Como si no fuese suficiente el drenaje de recursos que ha ocasionado el servicio de la deuda externa en lo que va de esta década, parecería que la propuesta de privatización no persigue otro objetivo de eficiencia que el interés de los acreedores.

A manera de conclusión

La historia del derecho podría encargarse de esclarecer, y seguramente ya lo ha hecho, en qué medida la legislación sobre la propiedad ha correspondido desde épocas pretéritas a las demandas sociales de equidad y justicia, y en cuánto más han favorecido o perjudicado las demandas sociales de eficiencia. Pero no es por esa vía de la retrospección que se esclarecerá el problema actual y complejo que afecta a nuestros países.

Es probable que, al fin y al cabo, en este artículo no se haya hecho otra cosa que plantear un problema político tan antiguo como el de permanente conflicto entre intereses sociales diversos, ubicándolo simplemente en el escenario de los años ochenta.

Lo que trasunta la cuestión del Estado en este escenario de finales de siglo no se limita a las funciones que debe reservarse para sí y las que debe transferir a los particulares; al contrario, se refiere a un problema crucial de re-organización de la vida social en sentido amplio y a las diversas posibilidades de enfrentar ese desafío, y esa es una tarea que forma parte del quehacer universitario.

Bibliografía

1. Asian Development Bank (1985), On Privatization Policies methods and procedures. Manila, Filipans.
2. Banco Mundial (1988), Informe sobre el desarrollo mundial 1988 (Banco Mundial, Washington D.C., julio)
3. Foreman-Peck, James (1983), Historia de la Economía Mundial (Editorial Ariel, S.A., Barcelona)
4. Hartwell, R.M. (1978), Sistemas jurídicos y vida económica (Proceedings of the 7th International History Congress 1978. Edinburgh University Press, Edimburgo)
5. Junac (1989), El Derecho del Mercado en el Grupo Andino en: Economía Andina, Informe Trimestral de Coyuntura, No. 19, Lima, Perú, marzo.
6. Ildis (1986), Gestión de empresas públicas en América Latina (Ildis, Quito, Ecuador)
7. Mancero, A. (1988), Ideología de la crisis y Estado Democrático (CORDES, Quito, Ecuador)
8. Mancero, A. (1988), Revolución Tecnológica y Estilos de Desarrollo (inédito).
9. Mansoor, A.M. (1988), The budgetary impact of privatization (Occasional Paper No. 59, F.M.I., Washington D.C.)
10. Marcel, Mario (1989), La privatización de empresas en Chile 85-88 (CIEPLAN, Notas Técnicas No. 125, enero 1989. Santiago de Chile).
11. North, Douglass (1978), Las reglas básicas del juego. (Proceedings of the 7th International History Congress 1978. (Edinburgh University Press, Edimburgo).
12. Singh, M. (1989), Development Policy Research –The task ahead (First Annual World Bank Conference on Development Economics,– 27-28 abril, Washington D.C.
13. Vernon, Raymond (1989), Aspectos Conceptuales de la Privatización en: Revista de la CEPAL No. 37 / abril 1989 - (Naciones Unidas, CEPAL, Santiago de Chile).

La Actividad Financiera

Dr. José Vicente Troya

1. La Actividad Financiera Pública

La actividad financiera pública no precisa demostrarse. Ella aparece en la sociedad políticamente organizada, es propia del Estado y de los entes que lo integran. Existe también la actividad financiera que desenvuelven los organismos internacionales. Por actividad financiera se busca y selecciona los medios económicos necesarios para la satisfacción de las necesidades colectivas y la prestación del servicio público, todo ello en aras de cumplir con el “bien común” que es la finalidad propia de las entidades políticas. No es actividad financiera la selección y señalamiento de las necesidades y servicios a cubrir, ni tampoco los objetivos socio económicos que deben perseguirse. Ello, que ha de fijarse con criterios de prioridad, constituye una decisión de carácter político que se origina en los pareceres de quienes ostentan el poder. Bajo este modo de ver es justa la apreciación de Gangemi, quien sostiene que “La acción del Estado y de las entidades menores, dirigida a procurar según los deseos de los grupos dotados de poder, los medios necesarios para la producción de bienes y servicios aptos para consentir el cumplimiento de los fines, económicos o extraeconómicos, señalados por la clase política responsable del Gobierno de la Nación, constituye la actividad financiera estatal y de las referidas entidades menores”¹

La actividad financiera comprende no únicamente la acción de procurar

01) Gangemi, Lello.- “Tratado de Hacienda Pública”, Editorial de Derecho Financiero, Madrid 1964, P. 9.

los medios, sino que también incluye dentro de sí la erogación de esos medios y la conservación y gestión de los mismos. Entre la obtención de los recursos y su empleo o gasto, puede mediar un lapso que dé lugar a la última actividad indicada, la cual también es financiera.

2. Actividad financiera y la actividad económica

La actividad financiera es diferente de la actividad económica. Este aserto no constituye una anticipación de criterio respecto de la naturaleza de la primera. En efecto, según se analizará luego, respecto de la índole de la actividad financiera, se ha postulado diferentes posiciones, considerándosela ya de carácter económico, ya sociológico, ya político, ya mixto, a pesar de lo cual se ha tenido como una actividad peculiar, diferenciada y con perfiles propios. En resumen no es lo mismo sostener que la actividad financiera, pueda tener carácter económico, que la actividad económica y la actividad financiera sean la misma cosa. En este aparte nos encontramos tratando de dilucidar este último problema. La actividad económica es esencialmente utilitaria y dominada por el principio de mercado, la financiera se explica por el beneficio general, que contempla un reparto de costos al margen de consideraciones hedonísticas. Cosciani dice al respecto: "El principio del mercado actúa bajo el estímulo del beneficio del empresario, que presupone la cobertura íntegra por los consumidores de los costes de producción; el principio de presupuesto no determina su gasto en virtud de la espera de un beneficio o del deseo del individuo de adquirir el bien o servicio público, sino que permite no hacer pagar a los usuarios todo o parte del coste del bien o servicio que disfrutan entre precio e impuesto"².

Sin embargo, se debe reconocer que la actividad económica se ha proyectado más allá del mercado y una parte de ella, la economía pública, tiene un apreciable grado de correlación y vecindad con la actividad financiera. Se ha definido la economía pública como el "Conjunto de decisiones económicas que tienen su origen en elecciones realizadas por la autoridad e impuestas por la coacción, elecciones que operan en un contexto determinado de relaciones de propiedad de factores productivos"³. Dos características marcan este capítulo de la economía, la presencia del agente Estado y la coacción los cuales difieren notablemente de las que rigen la economía privada, donde las elecciones son de los individuos y donde prima el orden voluntarístico. El propio Banacloche, autor de la definición, cuida de que no se identifiquen la actividad financiera y la economía pública.

02) Cosciani, Cesare.- "Principios de Ciencia de la Hacienda". Editorial de Derecho Financiero, Madrid 1976, p. XXIII.

03) Banacloche Pérez, Julio.- "Manual de Economía Financiera". Editorial de Derecho Financiero, Madrid 1971 p. 13.

Para este autor la primera es sólo parte de la seungda. Dice al respecto: “La actividad financiera es sólo una parte de la economía pública o del Estado. Por ello se delimita tan sólo por los instrumentos utilizados por determinadas operaciones públicas (programas de ingresos-gastos recogidos en el presupuesto) y así el estudio independiente de este campo problemático no tiene más justificación que la de contribuir a un mejor tratamiento y dilucidación de los problemas de la economía pública”⁴. La actividad financiera, en verdad, vista desde el ángulo económico no es toda la economía pública, por lo que sería un error aseverar que es sólo eso. Su naturaleza es bastante más compleja, de acuerdo a lo que posteriormente se precisará. Jiménez plantea el problema en términos similares. Sin llegar a afirmar que toda la economía pública se resume en la actividad financiera, sostiene sin dejar a duda lo inverso, es decir, que la actividad financiera pertenece a la economía pública, y lo que es más importante de las notas características de esta última. Sus expresiones dan mucha luz sobre la naturaleza de la actividad financiera. Dice el autor: “La actividad financiera en su conjunto, pertenece al dominio de lo que se denomina también economía pública, y que uno de sus rasgos característicos lo constituye el hecho de que se da fuera de las leyes del mercado y que al utilizar preponderantemente la coacción asegura la satisfacción de las necesidades históricas sentidas por la comunidad; adicionalmente esta economía no es una economía de cambio sino de dotaciones, y su funcionamiento no se asegura por el mecanismo de la oferta y demanda, sino por el gasto e ingreso público, y su equilibrio no proviene del juego automático de los precios sino del empleo de la coacción pública”⁵. La simbiosis entre actividad financiera y actividad económica es indudable y responde al desarrollo actual de la realidad. El alcance de la una y de la otra han variado notablemente y su mútua influenciua es evidente. Así lo reconoce Amorós, quien expresa lo que sigue: “Pero, como hemos dicho en otro lugar, asistimos hoy a una ampliación del fin perseguido por la actividad financiera. Esta no tiene como meta única cubrir los gastos públicos, sino que se aspira a influir sobre la Economía, con el fin de dirigirla y transformarla. Al mismo tiempo asistimos también a una ampliación de la actividad económica que cada vez en menos “privada”, pues, cada día más, responde a imperativos colectivos, por lo que hoy, en este momento, puede que el problema sea lo contrario, y habrá que explicar a veces la actividad económica mediante la actividad financiera, ya que la primera, cada vez más se transforma en actividad política”⁶.

04) Banacloche Pérez, Julio.- Obra citada P. 14.

05) Jiménez G., Antonio.- “Lecciones de Derecho Tributario, Ecasa, México 1985 p. 16.

06) Amoros, Narciso.- “Derecho Tributario” (Explicaciones), Editorial de Derecho Financiero, Madrid 1963, p. 52.

3. Proyección de la actividad financiera

La actividad financiera es instrumental. Por sí misma no sirve a la satisfacción de las necesidades. Su cometido es la búsqueda y selección de los medios idóneos para la financiación de las acciones del Estado con las cuales atiende las necesidades colectivas. Así lo sustenta la doctrina más tradicional y calificada. Como ejemplo podemos citar a Giannini⁷. Tal posición ha sido, si no contradicha, al menos complementada y matizada por quienes piensan que la actividad financiera, a más de la faz instrumental, tiene otra, en cuanto por sí misma, persigue el logro de determinadas finalidades. Ello se explica dentro de la visión extrafiscal de la actividad financiera, la cual además de obtener los medios financieros, su mantenimiento y erogación, persigue con su desenvolvimiento cumplir fines directos de sustancia socio-económica, como procurar el pleno empleo, redistribuir el ingreso de los individuos, alcanzar el desarrollo y prosperidad nacionales, inyectar o sustraer de la economía recursos según convenga a la conjuntura. Bajo este respecto podemos calificar de finalista a la actividad financiera. Martín dice: "La actividad financiera no es meramente instrumental. Se trata de una actividad estatal con finalidades propias, dentro de las cuales es necesario distinguir a denominados: 1) fines fiscales; 2) fines extraoficiales; y, 3) fines mixtos"⁸.

Villegas en línea de pensamiento semejante concretiza en qué pueden consistir esas finalidades públicas directas; y afirma que la actividad financiera puede incidir en la conducta económica del contribuyente, impidiendo o dificultando determinadas actividades o estimulando y aún modificando las estructuras patrimoniales y de los réditos y en general las condiciones sociales y políticas⁹. La proyección extrafiscal de la actividad financiera, permite servirse intencionalmente de ella como mecanismo idóneo, junto con otros, singularmente monetarios, y actuar la política económica. Además reconocer que la actividad financiera "per se" sirve ciertas finalidades, es factor que la dimensiona y potencia, lo cual no puede ni debe ser desconocido al interpretar las normas jurídicas que la regulan. En la "ratio legis" hemos de encontrar, a guisa de ejemplo, no únicamente el designio de recaudar recursos, sino la intención de conseguir propósitos económicos-sociales bien definidos.

4. Naturaleza de la actividad financiera

Se ha disentido mucho sobre la naturaleza de la actividad financiera.

67) Giannini, A.D.- "Istituzioni di Dinto Tributario", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano 1974 p. 1.

68) Martín, José María.- "Ciencia de las Finanzas Públicas", Ediciones Contabilidad Moderna, Buenos Aires 1976 p.68.

69) Villegas, Héctor B. - "Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario", Ediciones Depalma, Buenos Aires 1980, Tomo 1 p. 10.

Se han propiciado variadas posturas sobre el tema. Hay quienes consideran que es una actividad de naturaleza económica. Otros que política o sociológica. Algunos afirman que se explica por el concurso de varios factores. Esta última, la posición de Giuliani Fonrouge quien dice: "En suma: ninguna doctrina está exenta de crítica, por lo cual aparece como razonable colocarse en un justo medio y afirmar que si bien la actividad financiera tiene base económica, no puede desconocerse la influencia de otros elementos, especialmente del político y del sociológico, que tienen importancia preponderante"¹⁰. La discusión podría parecer bizantina. No es así. De la respuesta depende la orientación que tendrán la o las ciencias que toman a la actividad financiera como centro de su atención. Igualmente incidirá en los diversos capítulos o partes que integran su estudio. Por último, si la actividad financiera, es de las actividades capitales que ejerce el Estado, el discernir sobre su naturaleza, en gran parte se refiere a la definición misma del quehacer del Ente Público, con las consecuencias que de ello se deriven.

Grizioti es por antonomasia el defensor de la tesis que señala el carácter político de la actividad financiera. Afirma este autor que el sujeto, los procedimientos y los fines de dicha actividad son políticos, así como lo son los medios y principios de repartición de la carga política¹¹. Respecto de los medios cabe observar que no se encuentra diferencia, éstos son siempre económicos. El señalamiento de los fines, según queda expresado, si bien son distintos de la actividad económica, ellos no son actividad financiera, sino política.

Es muy conocido el que para los iniciadores de la economía pura, la actividad financiera es económica, considerándola como un gasto improductivo, como un fenómeno de cambio, como de consumo o de valor. De la evolución del pensamiento financiero en las diferentes doctrinas, trata un capítulo preliminar e importante de la ciencia de las finanzas públicas. Tal objetivo excede los perfiles de este estudio.

El entorno social condiciona la actividad financiera. Ello ha dado pie a que se hable de su carácter sociológico. Los grupos sociales muestran sus preferencias e imponen muchas veces sus puntos de vista. Creo por lo tanto que es más propio mencionar que existe un aspecto sociológico de la actividad financiera unido al político. Sainz de Bujanda dice: "Es evidente que la organización política necesita valerse de medios económicos para el cumplimiento de sus fines: pero es obvio también que esos fines políticos aparecen muchas veces inspirados y condicionados por las apetencias y anhelos que latén en los grupos sociales que actúan dentro de cada orga-

10) Giuliani Fonrouge, Carlos M. - "Derecho Financiero", Ediciones Depalma, Buenos Aires 1976 p. 11.

11) Grizioti, Benvenuto. - "Principios de Ciencia de las Finanzas", Roque Depalma Editor, Buenos Aires 1959, p.11.

nización política”¹².

Existen además de las concepciones económica, política, sociológica y mixta de la actividad financiera, otros enfoques que podríamos denominar particulares. La distinción de Cosciani entre órdenes coercitivos y voluntarísticos, y la afirmación de que la actividad financiera pertenece a los primeros, revela de buena manera una de las notas que mejor la caracteriza, la coacción, pero no es únicamente aquello la actividad financiera. La explicación en todo caso, al hablar de coacción, participa de la vertiente política. Gangemi está de acuerdo en que no todos los medios son coactivos en la actividad financiera. Dice al efecto: “Pero no todos los medios son coactivos, como por ejemplo la emisión de un empréstito, el ejercicio de empresas públicas que produzcan servicios divisibles y otros casos análogos. La actividad financiera es una derivación de la soberanía del Estado y no puede considerarse la nota coercitiva como el objeto de la actividad financiera de la cual la coacción es uno de los elementos esenciales”¹³. Este mismo autor se refiere a lo que llama proceso de la actividad financiera, ocasión que le sirve para mostrar un especial punto de vista sobre su naturaleza. Este proceso lo es de transformación de bienes extraídos de la economía nacional con los que se produce bienes materiales y servicios para satisfacer las necesidades públicas. Puede también —según Gangemi—, disponerse que los bienes producidos por los individuos se destinen a determinadas finalidades o se redistribuyan. El asunto de fondo para este estudioso es el reparto entre los ciudadanos del costo de apropiación y empleo de los bienes mencionados¹⁴.

Dentro de estas explicaciones particulares de la actividad financiera, es de señalar por su originalidad e intento de omnicomprensión, la teoría de Angelopoulos, para quien el Estado deben alcanzar la prosperidad social. Si bien la actividad financiera tiende, en ese tenor, a difuminarse y perder perfiles conocidos, el mérito de este autor es procurar una explicación de la global actuación del Estado en la economía. Tomamos de Sainz de Bujanda el pensamiento de Angelopoulos, quien dice que para alcanzar la prosperidad social que es el fin del Estado, éste debe enderezar su actividad a: a) a la satisfacción de las necesidades sociales, que aparecen orgánicamente ligadas a la existencia y al desarrollo de la Nación y de la Economía. Se alcanza ese propósito mediante el mantenimiento de los servicios públicos de interés general; b) al desarrollo económico del país, mediante la utilización productiva de todos los medios humanos y materiales, con el fin de asegurar la ocupación total y el acrecentamiento de la renta nacional; c) a la elevación del nivel de vida, mediante una redistribución social y

12) Sainz de Bujanda, Fernando.- “Hacienda y Derecho”, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1962 I p. 17.

13) Gangemi, Lello.- Obra citada p. 23.

14) Gangemi, Lello.- Obra citada p. 9.

económicamente justa de la renta nacional¹⁵.

La posición más fácil de defender es aquella que sustenta que la actividad financiera es a la par política y económica, cualificada con ribetes sociológicos. Es antes que certera una posición cómoda. Todos los factores influyen es verdad, pero no cabe contentarse con una naturaleza híbrida que pretende decir mucho y dice poco. Es necesario singularizar la nota que prepondera y define, y estimamos que ésta no es otra que la política. La actividad financiera es una de las más importantes del Estado que arbitra los medios para satisfacer las necesidades públicas, que no busca el lucro como finalidad propia, que reparte los costos según criterios de solidaridad de quienes integran la comunidad y que pretende a tiempo de conseguir medios, lograr finalidades de política económica y social. Caen oportunas las expresiones de Sainz de Bujanda al caso.: “De acuerdo con ella, el fenómeno financiero será la resultante de aplicar unos criterios políticos a una realidad económica determinada”¹⁶.

5. Las ciencias de la actividad financiera

1. Cuestiones conceptuales y terminológicas

Las ciencias que se ocupan de la actividad financiera son variadas y numerosas. Los enfoques se origina en cuestiones conceptuales y terminológicas. La posición de Griziotti es radical al afirmar que los aspectos económicos, jurídicos y políticos son inescindibles. Su propuesta, que diera lugar a una amplia discusión, se resume en sustentar que una sola ciencia debería estudiar la actividad financiera. La otra posición, al contrario, proclama que son varias las ciencias que se deben ocupar de la actividad financiera, cada una de las cuales debería abordar por separado sus diferentes ángulos. El desenvolvimiento de los estudios ha hecho prevalecer la segunda de estas controvertidas posiciones, y al menos en vía de principio nos encontramos con dos ramos del saber en este campo, uno que se ocupa del ámbito económico financiero y otro del jurídico. En un segundo plano de destaque quedan otros, así el administrativo, el sociológico, el ético e inclusive el psicológico. Otro aspecto que se presenta útil para desentrañar la dificultad, es el reconocimiento de la interdependencia de los mencionados ámbitos, de tal modo que impera la interdisciplinariedad, debiendo el estudioso poner acento en lo jurídico o en lo económico-financiero, pero sin prescindiendo del campo que no sea el de su especialidad.

También la terminología es abundante, lo que obedece a la diversidad

15) Sainz de Bujanda, Fernando.- Obra citada I p. 18 y 19.

16) Sainz de Bujanda, Fernando.- Obra citada I p. 22.

conceptual y también a la fragmentación de los estudios. A modo de ejemplo es posible enunciar las siguientes disciplinas: Ciencia de Hacienda, Ciencia Fiscal, Ciencia de las Finanzas Públicas, Finanzas Públicas, Economía Financiera, Política Financiera, Política Fiscal, Derecho Financiero, Derecho Fiscal, Derecho Tributario, Derecho Impositivo, Técnica Impositiva, Administración Fiscal o Financiera, Derecho Presupuestario, Legislación Fiscal.

Para tratar de desenredar esta madeja, en el afán de centrar la atención en el Derecho Tributario, que es el que nos preocupa fundamentalmente, se requiere hacer una labor de selección que lo que quiere es agregar lo desagregado. Creemos que hace falta trazar la ruta y por ello nos adelantamos en decir que nos ocuparemos antes que de la definición, del contenido de sólo algunas de las disciplinas mencionadas, cuales son de la Ciencia de las Finanzas Públicas, de la Economía Financiera, de la Política Financiera, del Derecho Financiero, del Derecho Tributario y de la Técnica Impositiva. De las otras denominaciones hemos de prescindir, pues, estimamos que sus contenidos se encuentran dentro de las que hemos escogido, o, a lo más, son matices de las mismas.

2. La ciencia de las Finanzas Públicas, la Economía Financiera, la Política Financiera

La ciencia de las finanzas públicas en estricto sentido es el ramo del conocimiento del ser de la actividad financiera. Se ocupa en sustancia de los medios o sea de los recursos públicos, de su empleo o gasto público, y para la mejor eficiencia del proceso, de la debida administración de tales recursos, en la etapa que media entre la obtención de los mismos y su empleo. Lo financiero comporta precisamente aquello. Un aspecto definitorio y que pauta todos los demás, es el de la distribución de las cargas públicas entre los integrantes de la comunidad. Son válidas las palabras de Giuliani Fonrouge, quien dice que la ciencia de las finanzas públicas trataría de los principios de la distribución de los gastos públicos y las condiciones de su aplicación.¹⁷

Existen aspectos limítrofes íntimamente correlacionados y que a nuestro juicio no son objeto directo de la ciencia de las finanzas públicas. Así tenemos que el señalamiento de lo que se ha de entender por necesidades públicas, el orden prioritario a observar para satisfacerlas, no es problema propio de las finanzas públicas. Esta cuestión pertenece a la política, ya a la teoría, ya al arte de la política. El concepto de necesidades públicas es hitórico y cambiante. Asistimos actualmente a una ampliación muy grande de esta noción. Existen problemas de límites entre necesidades pú-

17) Giuliani Fonrouge, C.M. .- Obra citada l p. 11 y 12.

blicas y necesidades privadas, los que son resueltos con criterios políticos. La ideología al poder, además de definir las necesidades públicas, prescribe cuál es su grado de urgencia y por lo tanto impone la prioridad con que deben cubrirse. Los partidos políticos difieren entre sí precisamente en esto. Hay algunos que reducen al mínimo el universo de las necesidades públicas y en consecuencia la acción del Estado, en tanto que para otros ese universo es tan amplio, tan total, que presuponen una acción avasalladora del Estado. La ciencia de las finanzas públicas en uno y otro caso ha de dar su respuesta respecto de los medios idóneos para satisfacer el correspondiente gasto público.

No por lo dicho se piense que la ciencia de las finanzas públicas es puramente descriptiva. No se limita a establecer un elenco de medios aptos para el gasto y a cómo éste se produce. Integra dentro de su reflexión un examen valorativo y se proyecta en una labor creativa. Indica la validez y eficacia de cada uno de los instrumentos en juego. Franco expresa esta línea de pensamiento, aunque va un poco más allá, al incluir dentro de las finanzas públicas la jerarquización del apremio de los fines del Estado. Dice: "La determinación de los fines del Estado corresponde a otras disciplinas, pero su valoración por la jerarquía del apremio y por sus efectos reproductivos o no, sí cae dentro de la órbita de la Hacienda Pública"¹⁸.

Otro aspecto limítrofe es el de los efectos de la actividad financiera en la economía. Ya dijimos que no es meramente instrumental; ni lo es químicamente neutra. Tanto en el Estado liberal a ultranza, en el liberal moderado, cuanto en el intervencionista y en el colectivista, la actividad financiera incide más o menos profundamente en el orden económico. El estudio de los efectos económicos de la actividad financiera, constituye la ciencia que se ha denominado economía financiera, la cual es parte sustancial de la economía pública. Cosciani expresa sobre el punto: "En definitiva, estudio científico de la Economía financiera significa análisis de los efectos económicos de la actividad financiera del Estado e investigación de las causas que inducen a elegir determinados instrumentos financieros en vez de otros"¹⁹. La actividad financiera produce también efectos en otros campos. Evidentemente que los tiene y sobresalientes en el campo social, en el cultura, etc. La ciencia de las finanzas públicas tiene estrecha relación con la economía financiera; entre una y otra existe solución de continuidad. Sin embargo, el objeto propio de la ciencia de las finanzas públicas, es la actividad financiera en sí, en los términos dichos, no en sus efectos económicos. En resumen somos partidarios de defender, la existencia de una ciencia pura de las finanzas públicas, sin perjuicio de que

18) Franco, Gabriel.- "Principios de Hacienda Pública", Ediciones de Ciencias Económicas, Buenos Aires 1957, p. 21.

19) Cosciani, Cesare.- Obra citada p. 14.

junto a ella existan otras como la economía financiera y la sociología financiera.

En este afán de precisar el objeto propio de la ciencia de las finanzas públicas, hemos de referirnos a la política financiera o política fiscal, que tanto auge ha adquirido a partir de las teorizaciones de Keynes insigne propulsor de la utilización del gasto público dentro de la economía. Gracias a él se tiene plena conciencia que la actividad financiera puede y debe ser manejada intencionalmente dentro del proceso económico. Los post-keynesianos, y quienes en general les han sucedido, adhiriéndose a sus postulados, modificándolos u oponiéndose a los mismos, no han podido salirse de esa grande, inmensa red de verdad que él tendió sobre la función económica de la actividad financiera. De un modo u otro, todos son keynesianos. De seguido copiamos unas penetrantes palabras de McConell: "Las familias distribuyen su renta disponible entre el consumo y el ahorro de la forma más satisfactoria para ellas; por su parte, las empresas sólo invertirán cuando consideren que las perspectivas de beneficio son lo bastante lucrativas para justificar el gasto. Una idea básica de la moderna teoría del empleo es que la suma de estas decisiones individuales, motivadas por el propio interés, no dan lugar necesariamente al nivel de decisiones individuales de consumo y de inversión, basadas en el interés privado de cada uno, no dan lugar necesariamente a la realización del objetivo social del pleno empleo. Sin embargo, el gobierno es un instrumento de la sociedad en conjunto, y dentro de ciertos límites, sus decisiones de gasto y de imposición pueden influir en el PNN de equilibrio en términos de bienestar general. En realidad, la tarea de la política fiscal consiste en manejar los impuestos y el gasto público en forma que desaparezcan los baches inflacionistas y deflacionista"²⁰.

La política fiscal también se produce en solución de continuidad, como un tercer momento, consecuente al primero y segundo, que son la ciencia de las finanzas públicas y la economía financiera. La política financiera es una ciencia preceptiva que valida del bagage que le proporcionan las dos primeras, y de acuerdo a la visión de coyuntura o de largo plazo, aconseja las medidas que se deben adoptar. De lo dicho se desprende que, aunque imbricadas, conceptual y entitativamente, son claras y distintas la ciencia de las finanzas públicas y la política financiera.

De otro lado la política financiera, no es sino una parte de la política económica, lo que revela que no existe "per se", ni es autónoma. Otro de los instrumentos destacados de la política económica, son los monetarios que coordinados y en conjunto, componen lo que se conoce como política monetaria. Esta consideración ha dado lugar a posiciones diferenciadas,

20) Mc Conell, Campbell R. .- "Curso Básico de Economía", Aguilar, S.A. de Ediciones, España 1973 p. 307.

entre unos que dan más énfasis a los instrumentos fiscales y otros a los monetarios. El que se ignorase alguno de estos ámbitos, a la altura de los tiempos, resultaría sumamente extraño. Ferreiro Lapatza de modo certero se refiere a la ubicación de la política financiera y dice: “La Política financiera es, pues, una ciencia normativa, una ciencia del “deber ser” económico-financiero. Es, por tanto, una parte de la Política económica, rama normativa de la ciencia económica general”²¹.

Existen otros planteamientos relativos a las diversas ciencias que se ocupan de la actividad financiera. Nos referiremos a algunos de ellos. Giuliani Fonrouge, en el pasaje de su obra ya aludido, sustenta que la política financiera estudia los fines a perseguir y los medios para la obtención. Respecto de los fines ya hemos indicado que los mismos conciernen al entorno político. Valdés Costa, sobre la política financiera se expresa de este modo: “En materia financiera este paralelismo es riguroso: la ciencia, nos explica los fenómenos de producción, circulación, distribución y consumo de riquezas en nuestro caso, obtención de ingresos públicos y su empleo por el Estado para satisfacer las necesidades públicas, las relaciones entre ellos y los efectos que producen sobre la economía en general; la política financiera en cambio fija metas económicas, fiscales o sociales, con el fin de producir determinados efectos sobre la producción, el ahorro, el comercio exterior, la justicia de la imposición, la redistribución de las riquezas y otras similares, para lo cual elige los instrumentos a su juicio más idóneos de acuerdo a los ideales dominantes, entre ellos la explotación directa por el Estado, la tributación, la inflación, los préstamos internos o externos, etc.”²². El propio autor insiste en el punto de distinguir entre ciencia y política, a la parte que llama la atención sobre la relatividad de las teorizaciones. Manifiesta: “En conclusión es imperioso: primero, distinguir entre ciencia y política; entre intereses nacionales e imposiciones o copias del extranjero; segundo, crear una conciencia política nacional en materia económica y financiera que interprete nuestro pensamiento político y sepa afrontar los problemas económicos y sociales con soluciones propias”²³. Hace suyas las palabras de Myrdal de que la ciencia ha de estar al servicio de la política y de que la ciencia es en gran medida la racionalización de los intereses que predominan en los países industrializados, en donde aquella se inició y fue desarrollada más tarde. Es el caso de que las construcciones científicas pueden tornarse instrumentos de dominación. Todo ello denota la necesidad de que los países en vías de desarrollo, sin desestimar lo bueno de las construcciones científicas generales, deben idear las suyas propias, o al menos tener la imaginación y sagacidad nece-

21) Ferreiro, Lapatza, José Juan.- “Curso de Derecho Financiero Español” Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1975 p. 32.

22) Valdes Costa, Ramón.- “Curso de derecho Tributario”, Montevideo 1970 p. 30.

23) Valdes Costa, Ramón.- Obra citada p. 36 y 37.

sarias para efectuar las adecuaciones apropiadas.

Villegas habla de la ciencia de las finanzas que estudia la síntesis de los distintos elementos del fenómeno financiero, y de disciplinas particulares que proceden al estudio analítico del mismo. Para el autor la ciencia de las finanzas tiene por objeto “el estudio valorativo de cómo y para qué el Estado obtiene sus ingresos y hace sus erogaciones”²⁴. En lo tocante a las otras disciplinas, les asigna los siguientes objetos, a la política financiera, los fines, los que exceden de las tradicionales funciones que los clásicos reservaban al Estado y también la elección de recursos y gastos: a la economía financiera, los efectos de la actividad financiera desde el punto de vista económico, en los planos individual y social; la sociología financiera, investiga las fuerzas sociales que además de las políticas y económicas actúan en el campo financiero; la administración financiera mira la debida organización de la administración pública en este campo; la contabilidad fiscal el control y fiscalización, la debida liquidación tributaria, la mecanización etc.²⁵.

Cosciani dentro de su concepción del fenómeno financiero, como aquel que se desenvuelve dentro de los órdenes coercitivos, afirma que la ciencia de la hacienda, se ocupa exclusivamente de los aspectos económico y jurídico de dicho fenómeno, correspondiendo el primero a la economía financiera y el segundo al derecho financiero. Dice: “Podemos estudiar el fenómeno financiero, la actividad financiera así entendida desde diversos puntos de vista: moral, económico, jurídico, político, etc. La Ciencia de Hacienda se ocupa exclusivamente de dos aspectos: el económico y el jurídico. Y de este modo tenemos la Economía Financiera y el Derecho Financiero”²⁶. Este planteamiento ha ganado terreno y dado origen al surgimiento de textos de economía financiera.

Un planteamiento que goza de aceptación general, es aquél que considera a la ciencia de hacienda o ciencia de las finanzas públicas, como la general, con referencia a otras de carácter particular, que únicamente topan determinados aspectos de la actividad financiera. Gangemi define a la ciencia de hacienda como: “disciplina que estudia las causas, las modalidades económicas, técnicas y jurídicas y los efectos económicos y sociales de la acción coactiva de obtención y empleo de medios a los cuales los grupos políticos tienen necesidad de recurrir para el cumplimiento de sus funciones, cualitativa y cuantitativamente determinadas por los grupos dotados de poder (clases dominantes) que obran de acuerdo con las diversas estructuras político-sociales de los distintos Estados”²⁷. Gangemi es del pa-

24) Villegas, Héctor B. - Obra citada p. 21.

25) Villegas, Héctor B. - Obra citada p. 21 y 22.

26) Cosciani, Cesare. - Obra citada p. 8.

27) Gangemi, Lello. - Obra citada p. 18.

recer que son cuatro los aspectos de la actividad financiera que han dado lugar a sendos campos de investigación. La sociología financiera que estudia “la génesis de los fines colectivos y los factores determinantes de la política de ingresos y gastos públicos”; la economía financiera que estudia “la conducta del Estado para la realización de tales fines los —colectivos—, teniendo presente la limitación de los medios disponibles y las reacciones que a su acción opondrán las economías privadas”; la administración financiera que se interesa por “el desenvolvimiento técnico de la actividad financiera”; y el derecho financiero²⁸.

La posición de Franco radica en sostener que el estudio de la ciencia fiscal, así denomina a este ramo, debe comprender el estudio de los recursos, su administración y el gasto, al propio tiempo que los efectos económicos. El autor propugna la inescindibilidad entre la teoría pura de las finanzas y la economía financiera. Franco expresa: “El campo de investigación de la ciencia fiscal no se puede, por lo tanto, circunscribir al estudio de cómo las corporaciones de Derecho Público adquieren los medios materiales que necesitan para el cumplimiento de sus fines, cómo el empleo ordenado de los mismos. Su cometido es mucho más amplio, porque la resolución de todos estos problemas, sin considerar sus múltiples repercusiones y los efectos del gasto sobre el bienestar y la riqueza, dejaría sin esclarecer problemas fundamentales”²⁹.

3. El derecho financiero

Existe una visión jurídica de la actividad financiera. Aquello está fuera de duda. En el Estado de derecho, su actividad, en el orden que fuere, está sujeta al derecho. Por eso podemos afirmar sin temor a equivocarnos que existe un conjunto de normas de diferente rango que gobiernan la actividad financiera. Podemos atribuir a esas normas el calificativo de derecho financiero, expresar con precisión su contenido, dilucidar a qué campo del derecho pertenece, goza o no de autonomía? Todas éstas son cuestiones que merecen atención y se han venido debatiendo a partir de que en 1906 el docente de Innsbruck, Franz von Myrbach Rheinfeld comenzó a enseñar derecho financiero en forma independiente del derecho administrativo.

El derecho administrativo, según lo afirma Giannini, puede considerarse una parte del derecho objetivo que regula la actividad financiera del Estado y de los entes públicos, constituido por un conjunto de normas que disciplinan la percepción, la gestión y la erogación de los medios económi-

28) Gangemi, Lello.- Obra citada p. 12.

29) Franco, Gabriel.- Obra citada p. 20.

cos necesarios para el desenvolvimiento de las entidades públicas.³⁰ De acuerdo a Micheli, el objeto del derecho financiero es el referido, con la advertencia de que el mismo forma parte del derecho público. Dice Micheli: "El estudio de las normas jurídicas que disciplinan los ingresos del Estado y de los demás entes públicos, la administración del dinero recaudado y las formas jurídicas de los gastos constituye el objeto de una rama especial del derecho público que se suele denominar derecho financiero"³¹. De la Garza básicamente se refiere a los tres momentos aludidos, establecimiento y obtención de recursos, gestión y erogación, pero precisa como objeto del derecho financiero las relaciones que surgen entre los diversos órganos del Estado, así como las que se establecen entre éstos y los particulares.³² Pugliese en su definición amplía el contenido del derecho financiero a las relaciones entre particulares, cuando éstas se derivan de las normas que reglamentan la recaudación, gestión y erogación de los recursos públicos.³³ Sainz de Bujanda no incluye en su definición lo relacionado a la gestión de los dineros y patrimonio público. Integra en ella una visión finalista, pues, correlaciona el proceso financiero al cumplimiento de los servicios públicos. Además respecto del rubro recursos es muy explícito en referirse únicamente a los de carácter económico. Dice: "De acuerdo con estas ideas, entiendo que el Derecho financiero se puede definir como la disciplina que tiene por objeto el estudio sistemático de las normas que regulan los recursos económicos que el Estado y los demás entes públicos pueden emplear para el cumplimiento de sus fines, así como el procedimiento jurídico de percepción de los ingresos y de ordenación de los gastos y pagos que se destinan al cumplimiento de los servicios públicos".³⁴ Giuliani Fonrouge se sale de este prototipo de definiciones, las que como se ve concuerdan en lo sustancial, presentan ligeras diferencias o matices. Para este autor "el derecho financiero expone las normas jurídicas de las leyes que determinan la distribución de las cargas públicas con el objeto de indicar su exacta interpretación".³⁵ Pensamos que la distribución de la carga pública, es sólo uno de los problemas de la actividad financiera, si bien uno de los principales, no abarca toda la realidad, por lo que esta definición se le puede calificar de parcial. En el otro extremo se encuentra Amorós cuando dice "el Derecho Financiero en el Derecho Público que regula lo económico".³⁶ El propio autor encuentra dificultad cuando se pregunta qué es lo económico, qué parte de ese sector estudiaría el derecho finan-

30) Giannini, A.D. :- Obra citada p. 2.

31) Micheli, Gian Antonio.- "Curso de Derecho Tributario", Editorial de Derecho Financiero, Madrid 1975 p. 73.

32) De la Garza, Sergio Fco. :- "Derecho Financiero Mexicano", Editorial Porrúa, México 1985 p. 17.

33) Pugliese, Mario.- "Instituciones de Derecho Financiero, Fondo de Cultura Económica, México 1939, p. 22.

34) Sainz de Bujanda, Fernando.- Obra citada I. p. 33.

35) Giuliani Fonrouge, Carlos M. :- Obra citada I. p. 12.

36) Amorós, Narciso.- Obra citada p. 58.

ciero. Entre el derecho económico y el derecho financiero existe diferencia. El segundo no se refiere a la economía pública en general e indiscriminada. Según queda apuntado lo financiero, la actividad financiera es algo específico entitativamente peculiar. Otra cosa es que se produzcan efectos económicos como consecuencia de la actividad financiera del Estado. Witker, en su reciente obra sobre derecho económico incluye varias definiciones de esta disciplina. La suya dice lo siguiente: "Conjunto de principios y normas de diversas jerarquías sustancialmente de derecho público que inscritas en un orden público económico plasmado en la Carta Fundamental, Facultad al Estado para planear indicativa e imperativamente el desarrollo económico y social de un país".³⁷ El derecho económico lo es de la planeación, del desarrollo y de la rectoría económica del Estado. Su ámbito es muy amplio y genérico. El derecho financiero, cuya autonomía se discute, tiene un campo muy deprimido, el de la actividad financiera del Estado y los entes públicos.

En resumen, existe sustancial acuerdo en la doctrina en considerar que el derecho financiero pertenece al derecho público y se constituye por el conjunto de normas que disciplinan los recursos públicos, la gestión y la consecuente erogación de los mismos. Respecto de su contenido particular se han propuesto algunos puntos de vista. Giuliani Fonrouge menciona el derecho presupuestario, el régimen jurídico de las inversiones y gastos públicos y su control, la administración del patrimonio del Estado, el derecho tributario fiscal, el crédito público e inclusive el derecho monetario.³⁸ Villegas de su parte se refiere a los siguientes segmentos: la regulación jurídica del presupuesto, la concerniente a la tributación que integra el derecho tributario, la regulación jurídica del patrimonio estatal, la del crédito público y la de la moneda³⁹. De la Garza habla del derecho fiscal que trata de los recursos, del patrimonial relacionado con la gestión y del presupuestario relativo a los gastos⁴⁰. Similar es la posición de Jiménez, quien considera como partes del derecho financiero al tributario, al patrimonial y al presupuestario⁴¹.

Una de las ramas más destacadas del derecho financiero es el tributario, cuya autonomía, al menos respecto de parte de su temática, se reconoce ampliamente. Sin embargo de ello, no es frecuente discernir respecto de si lo que es objeto del derecho tributario ha dejado de pertenecer al derecho financiero. Aún más, según vamos a ver de seguido, en muchos

37) Witker, Jorge V. - "Derecho Económico", Harla, S.A. de C.V., México 1985 p. 9.

38) Giuliani Fonrouge, Carlos M. - Obra citada l p. 33 y 34.

39) Villegas, Héctor B. - Obra citada p. 123.

40) De la Garza, Sergio F. - Obra citada p. 18.

41) Jiménez G. Antonio. - Obra citada p. 34.

casos, al tratar de la autonomía del derecho financiero, los argumentos se centran en las materias tributarias. Así lo señala con agudeza Amorós, quien dice: “Esta realidad —se refiere a las dificultades de considerar autónomo al derecho financiero— no es desconocida por los partidarios del Derecho Financiero, que terminan considerando y profundizando únicamente el plano o materia tributaria, convirtiendo por arte de encantamiento el ambicioso y etéreo Derecho Financiero en el sólido y convincente Derecho Tributario”⁴².

Problema importante es el de la autonomía del derecho financiero. Al efecto es necesario dilucidar un punto previo referido a lo que es la autonomía y a los tipos de autonomía. Comenzando por el último asunto es necesario aclarar que la autonomía se da en el campo conceptual, por lo que hablar de autonomía didáctica o legislativa, es una forma de expresar que por razones de cómoda impartición de la enseñanza, se ha tomado al efecto un campo del conocimiento o que existe un conjunto de normas individualizables concernientes a un determinado ámbito, respectivamente. La autonomía didáctica del derecho financiero se la ha practicado, en la medida que existen cátedras que lo estudian independientemente de la ciencia de las finanzas públicas. Por tanto en este aparte nos referimos a la verdadera autonomía, a la científica.

Varios autores, entre ellos Giuliani Fonrouge hacen depender la autonomía de la existencia de principios generales. Dice: “He aquí, pues, el concepto de autonomía: una rama del derecho que disponga de principios generales propios y que actúe coordialmente, en permanente conexión e interdependencia con las más disciplinas, como integrantes de un todo orgánico”⁴³. La autonomía no niega la unidad del derecho el cual es “uno universo jure”, es siempre un grado de independencia logrado con el correr de los tiempos y gracias a la elaboración de la doctrina. Sainz de Bujanda también es del parecer que para que exista autonomía hacen falta principios propios, pero siempre que las normas se refieren a un sector bien acotado de la realidad social⁴⁴, condición ésta última que puede dar lugar a apreciaciones subjetivas frente a un caso concreto. Jiménez, a los principios propios y al sector bien acotado de la realidad social, agrega como condición de la autonomía el surgimiento de un conjunto de relaciones sui-générís. Expresa: “Así, pues, no es suficiente, para poder hablar de autonomía, la mera presencia de un campo o sector de la realidad perfectamente acotado que constituya objeto de estudio sino que además, de acuerdo con esta línea de pensamiento, es menester que al incidir el derecho sobre ese campo definido dé nacimiento a un conjunto de relaciones

42) Amorós Rica, Narciso.- Obra citada p. 56.

43) Giuliani Fonrouge, Carlos M. .- Obra citada I p. 31.

44) Sainz de Bujanda, Fdo. .- Obra citada I. p. 8.

suigénis, es decir, que constituyan la concreción de un núcleo de principios propios que las rijan”⁴⁵. Villegas introduce otro requisito para alcanzar la autonomía, la conformación de instituciones. Dice: “Según nuestro criterio, la autonomía científica de un determinado sector del ordenamiento jurídico significa, en el plano de la técnica jurídica, la posibilidad de su sistematización normativa mediante la construcción dogmática.

La sistematización normativa mediante la construcción dogmática consiste suscintamente en partir de las normas como definiciones conceptuales y buscar por medio de la abstracción sus caracteres específicos y comunes. Esto conduce a que el conjunto de normas que tienen caracteres específicos y comunes se concentre en “instituciones jurídicas” que son la reducción a unidad de un grupo de normas “homogeneizadas” en torno de una misma materia (p. ej. patria potestad, sociedad, delito, tributo, propiedad, empréstito, etc.)

A su vez, tales caracteres específicos y comunes permiten visualizar los grandes principios rectores de la institución analizada (p. ej., la “capacidad contributiva” o la “coacción” en el tributo, la “culpabilidad” o la “tipicidad” en el delito). Gracias a estos elementos es posible sistematizar las instituciones que componen una rama jurídica y convertirla en un “complejo orgánico de nociones generales y particulares coordinadas entre sí con rigor lógico”⁴⁶.

Parece lógico, en síntesis, sostener que para la autonomía deben cumplirse los requisitos de existencia de un sector bien acotado de la realidad social, un conjunto de relaciones suigénis, unas instituciones jurídicas peculiares y unos principios propios.

El derecho financiero se refiere a un sector bien acotado de la realidad social, la actividad financiera del Estado y de los entes públicos. No se puede, en tanto, asegurar que en este campo del conocimiento se hayan generado principios propios, instituciones que tengan entre sí un denominador común, ni que haya desarrollado un conjunto de relaciones suigénis. El aspecto que mejor define al derecho financiero es el coercitivo, el cual no es exclusivo del orden tributario. El Estado ostenta un poder financiero que permite allegar recursos para solventar las necesidades públicas. Ese poder es un “imperium” que se efectiviza en la exigencia a los particulares de prestaciones como ocurre con los tributos y con los empréstitos forzosos, en el uso de su potestad al decretar monopolios sobre la producción o la venta de determinados efectos. Aún en materia de deuda pública el Estado muestra en algunos aspectos su condición de tal. Respecto de la deuda interna establece unilateralmente condiciones que rompen o al menos condicionan el mercado crediticio. Establece al caso, tipos de interés,

45) Jiménez G., Antonio.- Obra citada p. 32.

46) Villegas, Héctor B. - Obra citada p. 126.

plazos, exoneración de impuestos que le benefician y que en último término demuestran el plano especial dentro del que se desenvuelve la actividad financiera del Estado. En los casos en que gestiona su patrimonio, especialmente los recursos naturales que lo integran, actúa en posición de supremacía. Aún cuando el Estado actúa empresarialmente denota en su obrar, si bien no una coactividad plena, una posición singular y de beneficio en referencia a los particulares. Hay que precisar que la actividad empresarial del Estado, tan discutida de acuerdo a circunstancias de tiempo y lugar, no se produce propiamente dentro de la actividad financiera de búsqueda de recursos, cuanto por motivaciones de carácter económico y social. En muchos casos tales empresas constituyen una carga financiera, que vale o no la pena de soportar, en compración de beneficios de otra naturaleza que se persiga y efectivamente se logre. La actuación unilateral del Estado en el rubro gasto es evidente, pues, es él quien dentro del presupuesto vota, autoriza y legitima los egresos.

Podría creerse que el poder financiero y la coercibilidad son puntos alrededor de los cuales se siga construyendo el derecho financiero. Su autonomía aún no se la puede proclamar; está en proceso.

Bien podríamos preguntarnos cuál es el objeto de tan ardua y posiblemente árida cuestión. La respuesta hay que dar de acuerdo al interés que pueda tener quien interroga. Puede ocurrir un simple interés científico que mira a la debida organización y orden de los diferentes campos del conocimiento. Puede ser que al intérprete de las normas financieras interese su verdadera naturaleza, lo que le ayudará a la inteligencia de las mismas, para lo cual en último término hace falta acudir a los principios y por ellos a la discusión de la autonomía.

Berliri bucea sobre esta última inquietud en los siguientes términos: "Por tanto, si bien se mira el problema de la autonomía del Derecho financiero y del Derecho tributario se reduce al problema de la oportunidad o inoportunidad, desde un punto de vista científico y didáctico, de extraer un cierto número —en verdad muy notable— de normas a un cierto sector de relaciones —igualmente muy numerosas— de Derecho Público y hacerlas objeto de un estudio separado, con el fin de poner de manifiesto las afinidades y las divergencias que permiten la estructuración de las mismas en un sistema lo más coordinado y armónico posible, y facilitar así la determinación de aquellos principios generales de los que las distintas normas constituyen aplicación o excepción y a los cuales debe acudirse para una interpretación sistemática y científica que trascienda lo meramente literal de las propias normas, así como para llenar, con arreglo a la analogía sus eventuales lagunas"⁴⁷.

47) Berliri, Antonio. "Principios de Derecho Tributario", Editorial de Derecho Financiero, Madrid 1964 V. I p. 21 y 22.

4. El derecho tributario

Respecto del derecho tributario es necesario también afrontar algunas cuestiones terminológicas y otras de contenido. Su cualificación de tributario se ha venido consolidando. Cada vez hay más autores de obras de derecho tributario. El derecho fiscal, para algunos autores, se tiene como equivalente al derecho tributario, pues, su objeto es, semejante, el tributo. Se argumenta que el término fiscal ha sido consagrado por el uso, en tanto que el término tributario por la doctrina. Giuliani Fonrouge se refiere al derecho tributario o fiscal. Reconoce que tributario es una expresión más precisa, pero pone de manifiesto que la costumbre—de Argentina— ha consagrado el término fiscal⁴⁸. Para Arrioja Vizcaino, profesor de la Universidad Iberoamericana, caben ambas denominaciones. Dice al respecto: “3. Por su parte, el término “Derecho Tributario” define con precisión el objeto de nuestra materia, pues hace referencia al conjunto de normas jurídicas que rigen a los tributos, entendidos éstos como las aportaciones económicas que efectúan los particulares para el sostenimiento del Estado. Es decir, contempla la relación jurídico-tributaria desde el punto de vista del contribuyente.

4. Finalmente, la denominación “Derecho Fiscal” posee también una validez absoluta como acepción identificadora de esta disciplina, ya que significa el conjunto de normas jurídicas que regulan la actividad del Fisco, que es el órgano del Estado encargado de la recaudación de los tributos”⁴⁹.

Lo fiscal es lo inherente al fisco o hacienda del Estado. En su sentido lato lo fiscal tendría una connotación muy amplia, comprendería la actividad financiera del Estado, y no únicamente un tipo de ingresos, los tributos. En este pensar derecho fiscal sería sinónimo de derecho financiero. La evolución de las ideas es interesante tener presente. El fisco era para los romanos el tesoro del príncipe, en contraposición al erario que correspondía al Estado. Posteriormente se vino a confundir el tesoro del monarca con el tesoro público, con lo cual se amplió el significado de la palabra fisco. Finalmente se retornó a la posición inicial de distinguir entre las finanzas del príncipe y las del Estado, y la expresión fisco devino en sinónimo de erario o hacienda pública.

Existen otros puntos de vista de lo que debe tenerse por derecho fiscal, que si bien no lo asimilan a tributario, tampoco lo homologan con el derecho financiero. Estas son posturas intermedias que generalmente obedecen al cómo se entiende los términos en un determinados medio y

48) Giuliani Fonrouge, Carlos M. - Obra citada, l p. 34 y sgts..

49) Arrioja Vizcaino, Adolfo.- “Derecho Fiscal”, Editorial Themis, México 1985, p. 15.

época. Para García Belsunce, el derecho fiscal estudia todo lo financiero, es decir los recursos del dominio originario, las empresas del Estado, el crédito público, el presupuesto, etc., excepto los tributos, materia propia del derecho tributario⁵⁰. Margain, refiriéndose a México nos dice que el derecho fiscal es más amplio que el derecho tributario, pues, comprende también a los ingresos no tributarios.⁵¹ Parecida es la posición de la Garza, quien asegura que lo fiscal comprende a todos los ingresos del Estado, lo tributario únicamente a los tributos. El autor hace una amplia relación de las tesis de la Suprema Corte de Justicia y del Tribunal Fiscal de la Federación sobre lo que debe entenderse por fiscal⁵². Nos encontraríamos, pues, con un ramo del derecho, el fiscal, que exclusivamente tendría por objeto disciplinar los ingresos del Estado, mas no el gasto y la gestión, materias todas que en su conjunto, según queda dicho, son objeto del derecho financiero.

La diferente proyección que tienen lo fiscal y lo tributario, se hace presente en la legislación. La mayor parte de los Códigos de América Latina se denominan Códigos Tributarios y se inspiran en el Modelo, el cual en el artículo 1o. dice que las disposiciones del Código son aplicables a los tributos y a las relaciones jurídicas emergentes de ellos. Luego en los artículos 13o. al 17o definen qué son tributos y también sus clases, los impuestos, las tasas y las contribuciones especiales. El Código Tributario de Bolivia sigue igual esquema y advierte que sus disposiciones se aplicarán a todos los tributos, sean nacionales, departamentales o municipales, (artículos 1 y 13 al 17). La Ley General Tributaria de España establece los principios básicos y las normas fundamentales que constituyen el régimen jurídico del sistema tributario español. La misma define los tributos y sus clases, (artículos 1 y 26 y 27). El Código Tributario de Chile que se aparta grandemente del Modelo, restringe su ámbito a "las materias de tributación fiscal interna" (artículos 1 y 4). El Código Tributario de la República Oriental de Uruguay manda que sus disposiciones se aplicarán a todos los tributos, inclusive los debidos a los entes públicos no estatales, excepto los aduaneros y departamentales. En el capítulo del derecho tributario material define los tributos y sus clases, (artículos 1 y 10 al 13). Uno de los más recientes, el Código Orgánico Tributario de Venezuela (1982), manda que sus disposiciones se aplicarán a los tributos nacionales, excepto los aduaneros, y, supletoriamente respecto de los tributos de los estados y municipios. Respecto de los que perciban los entes públicos no estatales, su aplicación se condiciona a que no exista legislación especial, (artículo 1). En el artículo 13o. se dicen

50) García Belsunce, Horacio.- "Estudios Financieros", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1966 p. 236.

51) Margain Manautou Emilio.- "Introducción al Estudio del Derecho Tributario Mexicano", 7a. Edición, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México 1983, p. 16.

52) De la Garza, Sergio F. - Obra citada p. 18 y 19.

sometidos al Código impuestos, las tasas, las contribuciones de mejoras, las de seguridad social y las demás especiales. El Código Tributario del Perú en sus normas I y II ordena que sus disposiciones regulan el ordenamiento jurídico-tributario; que regula las relaciones originadas en los tributos, entendiéndose por tales los impuestos, las contribuciones, las tasas, las alcabalas, los peajes, los arbitrios, las gabelas, los derechos y en general los gravámenes nacionales, regionales, municipales y locales sin que importe su denominación o destino; que las aportaciones al Seguro Social no están comprendidas en ese régimen; y, que los principios del Código son aplicables en lo pertinente a otros ingresos públicos diferentes de los tributos. En esta última parte surge lo que podría denominarse "fiscal", en contraposición a lo estrictamente "tributario". El Código Tributario Nacional del Brasil regula el sistema tributario nacional siendo sus normas aplicables, a la Unión, a los Estados, al Distrito Federal y a los Municipios, sin perjuicio de la respectiva legislación complementaria y reglamentaria. El Código define lo que es tributo e indica sus clases, los impuestos, las tasas y las contribuciones de mejoras. El Código Tributario del Ecuador vigente desde 1975, sustituyó al Código Fiscal de 1963. El artículo 1o. prevé que sus disposiciones se aplicarán a todos los tributos nacionales, provinciales, municipales o locales, o de otros entes acreedores. No da definiciones, pero dispone que se entiende por tributos los impuestos, las tasas y las contribuciones especiales. El Código Fiscal de la Federación de México ordena que sus disposiciones se aplicarán supletoriamente a las leyes fiscales respectivas. Las contribuciones, expresión equivalente a tributos se clasifican en impuestos, aportaciones de seguridad social, contribuciones de mejoras y derechos, los cuales son objeto de definición en el Código, en cuyo texto, a más de las contribuciones, se incluye los aprovechamientos y los productos, los que deben considerarse como ingresos no tributarios. El ámbito del Código mexicano, excediendo lo meramente tributario, regula otro tipo de ingresos, lo cual explica su denominación de fiscal.

La doctrina alemana habla del derecho impositivo, ya que limita su estudio a este instituto. Kruse distingue el derecho impositivo del derecho financiero, como la parte al todo. Manifiesta: "Mientras que el Derecho financiero tiene por objeto la configuración jurídica de los ingresos y gastos públicos, el Derecho impositivo no contempla no sólo los gastos sino también una parte importante de los ingresos. Sólo una clase especial de los ingresos públicos son el objeto del Derecho impositivo: "los impuestos"⁵³.

El objeto de estudio del derecho tributario es el tributo o contribución, según es de lógica deducción. Sin embargo en esto del contenido,

53) Kruse, H. W., "Derecho Tributario", Editorial de Derecho Financiero, Madrid 1978, p. 89.

surgen puntos de vista divergentes. La posición de Berliri es original, dentro de lo que se podría calificar como el derecho tributario enmarcado en una realidad más amplia, que incluye en su reflexión, no únicamente los tributos, sino en general todas las prestaciones coactivas. Dice al respecto Berliri: “El Derecho tributario debería de este modo encuadrarse en una disciplina más amplia que abarcase todas las prestaciones coactivas de hacer (desde el reclutamiento militar a la prestación para la construcción de carreteras municipales), todas las prestaciones de dar (desde la expropiación forzosa por causa de utilidad pública a las requisas y los impuestos), y, en fin, todas aquellas normas que condicionan la prestación de un servicio al pago de una tasa o que prohíben a los particulares el desarrollo de una determinada actividad para asegurar al ente público un monopolio fiscal⁵⁴.

Consecuente con su visión Berliri define al derecho tributario como “aquella rama del derecho que expone los principios y las normas relativas al establecimiento y a la aplicación de los impuestos y de las tasas, así como a la creación y a la observancia de algunos límites negativos a la libertad de los particulares, conexos con un impuesto, con una tasa o con un monopolio establecido por el Estado con fin de lucro”⁵⁵. La definición tiene dos partes. En la primera se pone como objeto del derecho tributario, los principios y normas para el establecimiento de impuestos y tasas, debiendo notar que el autor no utiliza la palabra genérica tributos, y que además, no incluye la figura de la contribución especial, que según su conocida opinión no existe como tal; y una segunda en la que añade, es objeto también del derecho tributario, los límites a la libertad de los particulares, conexos con el impuesto, la tasa y el monopolio con el fin de lucro. Berliri se aparta de la posición tradicional que asigna al derecho tributario exclusivamente el estudio de los tributos y las relaciones que se suscitan con ocasión de su aplicación. El monopolio decretado por el Estado es una institución compleja que puede perseguir fines fiscales y extra fiscales. Su naturaleza es muy discutida, pudiendo ser este régimen un vehículo para cobrar tributos. Es propio del derecho tributario, al igual que de cualquier ramo del derecho, el estudio de los principios generales de su fuero. No se lo debe identificar con el estudio de la legislación que pretende únicamente la glosa o comentario de las normas. Las frases de Amorós, sobre la necesidad de hacer esta diferenciación son pertinentes. Dice: “Debemos destacar cuando hablamos de Derecho Tributario que no identificamos esta noción con el mero estudio de la Legislación fiscal. Esta constancia es precisa y necesaria porque normalmente en España el estudio del Derecho

54) Berliri, Antonio.- Obra citada V I p. 27.

55) Berliri, Antonio.- Obra citada V I p. 31.

Tributario ha venido a confundirse con el de la Legislación Fiscal, y el conocimiento, los comentarios o la glosa al precepto fiscal se consideraban como expresión genuina y exclusiva del Derecho Tributario. Esto no es así. Lo que caracteriza a una disciplina es la existencia de unos principios generales, máxime cuando existen y pueden aislarse, la confirmación de la aplicabilidad en todos aquellos preceptos fiscales que en un primer estudio aparecen desligados entre sí y ajenos, aparentemente, a toda síntesis superior y organizadora”⁵⁶. El propio autor reconoce que para la mera práctica del derecho no se precisa en abundar en las cuestiones de fondo. Continúa Amorós: “Es más, si el jurista, exclusivamente abogado, sólo se preocupa de la aplicación o interpretación de las normas, puede vivir con completa honestidad profesional, sin tener que conocer esas otras cuestiones previas y superiores, las cuales, desde un punto de vista formal, ordenan realidades que están por debajo. Pero cuando quiere vivificar el espíritu del precepto, conocer sus causas, sus antecedentes y, desde luego, crearlos y legislar, resulta imprescindible que acuda a esas otras disciplinas, que contribuirán también, a la perdurabilidad y vigencia de las normas jurídicas, y sobre todo al establecimiento de los principios y conceptos del Derecho Tributario”⁵⁷. Nos preguntamos, respecto de los estudios del derecho Tributario a nivel universitario, si cabrá que éstos se desenvuelvan únicamente en el primero de los estadios aludidos por Amorós, o si por el contrario, el propio quehacer universitario fuerza que se deba procurar y alcanzar el segundo de dichos estadios. La respuesta es evidente. Lo que se ha de impartir en la Universidad es el derecho tributario y no únicamente la legislación fiscal.

El objeto del derecho tributario, en sentido restringido, y como lo entiende la mayoría de los autores, son los tributos y la temática que a ellos concierne en el plano jurídico, los principios que lo gobiernan, su establecimiento, su aplicación, las relaciones que con ello surgen entre la administración y los particulares. Giannini, quien ha influido decisivamente en la consolidación de este campo del conocimiento, lo define así: “quel ramo del diritto amministrativo che espone i principi e le norme relative a la imposizione e alla riscossione dei tributi ed analizza y consegenti rapporti giuridici tra gli enti pubblici e i cittadini”⁵⁸.

Sobre la pertenencia al derecho administrativo, expondremos luego nuestro punto de vista, al tratar sobre la autonomía del derecho tributario. Hay muchas definiciones de derecho tributario, casi tantas cuantos autores, las que no suelen diferir en mucho. No creemos que se avanzaría gran cosa con transcribir varias de ellas. Lo que importa es tener una idea precisa de

56) Amorós, Narciso.- Obra citada p. 61.

57) Amorós, Narciso.-Obra citada p. 6.

58) Giannini, A. D. .- Obra citada p. 6.

su objeto, de la realidad social que abarca. Con todo incluimos de seguido la definición de De la Garza, la que es comprensiva y explicativa de su contenido: “el conjunto de normas jurídicas que se refieren al establecimiento de los tributos (impuestos, derechos o tasas y contribuciones especiales), a las relaciones jurídicas que se establecen entre la administración y los particulares con motivo de su nacimiento, cumplimiento o incumplimiento, a los procedimientos oficiosos o contenciosos que pueden surgir y las sanciones establecidas por su violación⁵⁹.”

Determinado el objeto del derecho tributario hace falta adentrarse en algunas cuestiones que suscita su apareamiento. Estas son, la autonomía respecto de otros campos jurídicos, especialmente con referencia al derecho financiero, al derecho civil y al derecho administrativo; las diferentes partes del derecho tributario, la naturaleza de cada una de ellas, su posible autonomía; y, alrededor de estos temas, sus relaciones con otros ramos del derecho.

Hace ya algún tiempo, en un estudio sobre el tema sostuve: “La autonomía del Derecho Tributario es más fácil de sostener que la del Derecho Financiero, pues su objeto es preciso y uniforme. La explicación del fenómeno tributario en base a la “relación jurídico-tributaria” ideada desde hace algún tiempo por la doctrina alemana y luego difundida por la italiana, ha contribuido en forma decisiva a la configuración de un Derecho Tributario autónomo”⁶⁰. El derecho tributario se refiere a un campo del conocimiento muy preciso, el fuero tributario, estudia un instituto singular, el tributo, respecto de cuyo significado hay un acuerdo básico; ha logrado el surgimiento de principios generales que lo gobiernan y disciplina un conjunto de relaciones jurídicas muy concretas. Por todo ello, podemos afirmar que la índole científica del derecho tributario y su autonomía, es una realidad tangible, que en el plano académico ha dado lugar a la sustentación de cátedras que específicamente se ocupan de él. Esta posición referida al estado actual del desarrollo de las ideas, no significa la imposibilidad que posteriormente, con el avance de la doctrina, al que apunta Berliri en sus conceptos ya referidos, con la depuración de materias, se logre configurar un derecho financiero autónomo, dentro del cual quede subsumido el derecho tributario. Es una meta a alcanzar, pero con objetividad hay que reconocer no es ese el estado de la cuestión. Dentro de esta tónica, Ferreiro Lapatz, en una visión muy sugestiva, critica la postura aislacionista de los estudios tributarios, sostiene que el tributo no puede desgajarse de la actividad financiera y preconiza que el derecho tributario debe integrarse a una disciplina más amplia. Dice: “La evolución de los estudios tributarios ha favorecido la postura aislacionista pero el tributo tie-

59) De la Garza, Sergio F. .- Obra citada p.20.

60) Troya Jaramillo, José V. .- “Estudios de Derecho Tributario, Corporación Editora Nacional, Quito 1984 p. 23 y 24.

ne su entronque evidente con el presupuesto en el que está inserto, y con las demás instituciones financieras. Las normas que regulan el ciclo ingresos-gastos-presupuestos tienen sus indudables elementos unificadores en el fin que persiguen, en los principios a los que obedecen, en las relaciones que disciplinan y en los medios de tutela que regulan. El tributo, como institución jurídica, es inescindible e incomprensible si lo desgajamos del ciclo total de la actividad financiera.

El Derecho tributario debe ser considerado así como una rama de una disciplina jurídica más amplia”⁶¹.

No existe unanimidad en sostener la autonomía del derecho tributario. Tratadistas de gran autoridad sustentan que forma parte del derecho administrativo, lo que ha dado lugar a que se lo estudie como un ramo especializado de este último, pero dentro de la misma cátedra. El propio Gianini en la definición transcrita comienza afirmando que es parte del derecho administrativo. Amorós va un poco más adelante y lo considera un ramo especial, lo que no impide su particularismo y autonomía sin dejar de tener naturaleza jurídico-pública. En su criterio el derecho tributario ha supuesto el derecho administrativo, así como éste último, el derecho político. De este modo para Amorós se supera la dificultad de distinguir entre el derecho material y el formal o administrativo tributario⁶². Ataliba, quien ha hecho uno de los aportes más importantes al derecho tributario con su proposición de la hipótesis de incidencia tributaria, es radical en afirmar que el derecho tributario es parte del derecho administrativo. Reconoce únicamente su autonomía didáctica. Dice: “Es una parte del derecho administrativo —se refiere al tributario— que se refiere a la estructura y características del tributo y a otros problemas que por conveniencia didáctica se agrupan alrededor de esa rúbrica. Otros problemas, los deberes accesorios, llamados obligaciones accesorias, la fiscalización, la determinación, la recaudación, las sanciones y procedimientos, nada tienen de específico, de particular, de característico y pertenecen al derecho administrativo”⁶³. En su libro “Hipótesis de Incidencia Tributaria”, es aún más categórico y niega la autonomía científica del derecho tributario. Dice: “Científicamente, no existe distinción posible entre la materia tributaria y la administrativa, porque ontológicamente los respectivos sistemas de normas obedecen al mismo régimen, se informan por los mismos principios generales y adoptan las mismas categorías e institutos generales. Son relaciones entre parte y todo”⁶⁴.

Otra parte muy importante de la doctrina, especialmente latinoame-

61) Ferreiro Lapatza, José Juan.- Obra citada p. 37.

62) Amorós, Narciso.- Obra citada p. 72 y 73.

63) Ataliba, Gerardo.- “Elementos de Direito Tributario”, Editora Revista Dos Tribunais, Sao Paulo 1978 p. 31.

64) Ataliba, Geraldo.- “Hipótesis de Incidencia Tributaria”, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1977 p. 37.

ricana, según quedó demostrado desde hace varios años en que se efectuaron las Jornadas (1956, Punta del Este, Uruguay), sostiene la autonomía del derecho tributario. Basta citar a autores como De la Garza en México, Villegas y García Belsunce en Argentina y Valdés Costa y Montero Traibel en el Uruguay, para confirmar esta afirmación. Las razones en pro de la tesis se basan en que el objeto de esta disciplina es un instituto específico, el tributo, prestación coactiva que ha permitido formular principios propios entre los que destaca no únicamente la legalidad, sino particularmente la capacidad contributiva y la realidad económica. Los desarrollos del fenómeno tributario a través de la relación jurídico-tributaria, con las notables actualizaciones de Pérez de Ayala y Eusebio González, explican cuanto tiene de peculiar el derecho tributario. Refuerza la sustentación todo lo relativo al nacimiento de la obligación tributaria y la teoría del hecho generador de la misma. La defensa de la autonomía, en la mayoría de los casos, se contrae a una parte del derecho tributario, la que se conoce como derecho tributario material. Micheli distingue entre diversos grupos de normas, unas que tienen por objeto directo la imposición, en las que es posible hablar de principios generales autónomos y otras que regulan diversos momentos de la imposición, refiriéndose a la actividad administrativa o a la tutela jurisdiccional, civil o penal en que no cabe autonomía⁶⁵. Monteiro Traibel responde qué debe entenderse por derecho tributario material. Según él es la parte que tiene que ver con los derechos y obligaciones que nacen de la relación jurídico-tributaria⁶⁶. Las otras partes del derecho tributario, las administrativa, penal, procesal no gozan de autonomía. Valdés Costa hace esta diferenciación y se pronuncia por un "particularismo" de las mismas, cuando la legislación consigne en sus normas soluciones que difieren de las que se prevé en dichas ramas jurídicas⁶⁷.

Antes de referirnos a las diferentes partes del derecho es necesario tocar el problema de su autonomía con relación al derecho civil. Cierta parte de la doctrina ha planteado que el derecho civil es el común y el tributario la excepción, por lo que, se ha afirmado, antes que de autonomía, se trata de un "particularismo". De este modo el fenómeno tributario estaría regulado por el derecho común, menos aquellos casos en los que expresamente se hubiese hecho salvedad. La otra posición, la prevaleciente, asegura que el derecho tributario se rige por sus propias normas, y que los principios y figuras del derecho civil se aplicarán supletoriamente, pero siempre que no contraen los principios del primero. Sainz de Brujanda se ocupa de las relaciones entre el derecho civil y el derecho fiscal. Da cuenta

65) Micheli, Gian Antonio.- Obra citada p. 77.

66) Montero Traibel, J. P.- "Derecho Tributario Moderno". Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1977, Tomo I p. 35

67) Valdés Costa, Ramón.- Obra citada p. 77 y 78.

del pensamiento de los autores franceses quienes, excepto Trotabas, han venido sosteniendo la primacía del derecho civil sobre el fiscal. Concluye su disertación favorable a reconocer la autonomía e independencia de este último en los siguientes términos: "Cuando la ley fiscal amplíe o reduzca las definiciones o conceptos de instituciones jurídicas formulados en otras leyes para acomodarlos mejor a las exigencias de la tributación, es evidente que deberá prevalecer el mandato de la ley fiscal. Dicho en otros términos el legislador es soberano para caracterizar como estime más conveniente el objeto impositivo, que, en muchos casos como se ha expuesto anteriormente, consiste en relaciones jurídicas"⁶⁸. Subyace en el fondo de la discusión una posición ideológica. Quienes procuran sujetar el derecho fiscal o tributario al civil, muestran una postura individualista de defensa de los intereses del contribuyente. Trotabas, mencionado por García Belsunce, sobre las relaciones entre el derecho civil y el tributario concluye lo siguiente: "1) Los principios admitidos en el derecho civil no influyen necesariamente sobre la aplicación de la ley fiscal; 2) para resolver las cuestiones de asiento (hechos impositivos), las situaciones jurídicas establecidas por contrato no son oponibles al Fisco; 3) a los mismos fines del caso anterior, tampoco son oponibles las situaciones jurídicas derivadas de la ley civil; 4) para el cobro del impuesto deben aplicarse los principios del derecho civil al analizar, de acuerdo a ellos, las relaciones jurídicas que permitan determinar al contribuyente (v.g. cuando la ley fiscal considera sujeto al propietario o locador, es de acuerdo a la ley civil que debe determinarse quien inviste tal condición)"⁶⁹.

El derecho tributario incluye en su estudio varios apartes o subramas, respecto de las cuales se disiente si se da la autonomía, al menos la didáctica. Tales son el derecho constitucional tributario, el material o sustantivo, el administrativo o formal, el procesal, el penal y el internacional tributario. Desde otro ángulo existe una parte general del derecho tributario especialmente el sustantivo o material, aplicable a todos los tributos y una parte especial que los estudia individualmente. Hensel, quien de acuerdo a la doctrina alemana se refiere únicamente a impuestos, sobre el punto dice lo que sigue: "La parte general del diritto tributario materiales ha il compito di esporre gli elementi comuni di tutte le varie leggi d'imposta, in quanto disciplinino queste fattispecie"⁷⁰. Villegas se pronuncia en igual sentido, dentro de lo que él llama las partes del derecho tributario.⁷¹

El derecho tributario material se refiere a la relación jurídico-tributaria cuyo contenido principal es la obligación tributaria, al presupuesto de

68) Sainz de Bujanda, Fdo. - Obra citada V. I. p. 41.

69) García Belsunce, Horacio.- Obra citada p. 241.

70) Hensel, Albert.- "Dirito Tributario". Dott. A Giuffrè Editore, Milano 1956 p. 6.

71) Villegas, Héctor B. - Obra citada p. 137.

hecho, los sujetos, el objeto de la obligación, inclusive garantías y privilegios. Según queda dicho, es la parte del derecho tributario que se la considera autónoma, pues, es la peculiar de este ramo. El derecho tributario formal o administrativo, se refiere a la determinación, recaudación y decisión de los recursos administrativos; el procesal, que supone la existencia de un órgano jurisdiccional independiente de la administración, es el que resuelve controversias sobre la legalidad de la pretensión y sobre la ejecución de la deuda tributaria; el penal tributario se refiere a las infracciones y al procedimiento para sancionarlas; el internacional tributario regula los conflictos de competencia fiscales mediante la delimitación de las potestades tributarias⁷². El derecho tributario material o sustantivo y el formal o administrativo están íntimamente unidos, de modo más cercano que otras partes del derecho tributario. El material es de las obligaciones, el formal de las determinaciones, el primero de las normas actuables, el segundo de las actantes⁷³. Las dichas partes del derecho tributario no gozan de autonomía, son capítulos que tienen cierta diferenciación y que sirven al tratamiento conjunto de algunos problemas. En algunos textos de derecho tributario se puede observar la aplicación de este criterio. Presentan en su estructura varias partes o secciones como las referidas. Las relaciones del derecho tributario con otras ramas del derecho, se connota en sus divisiones. El derecho material tiene mayor relación con el derecho civil; el formal con el derecho administrativo; el procesal con el derecho procesal civil; el sancionatorio con el derecho penal y con el derecho procesal penal; el internacional tributario, con el internacional público y con el derecho internacional privado.

El derecho constitucional tributario o derecho tributario constitucional tampoco goza de autonomía, es un capítulo especializado del derecho constitucional. Por razones didácticas, al igual que suele suceder con otros campos del derecho, se lo estudia dentro de la cátedra que expone el derecho tributario. Hay algunas normas tributarias contentivas de principios y regulaciones de importancia, que han adquirido el rango constitucional, que han sido elevadas a esa categoría, con la lógica conclusión que la legislación secundaria ha de someterse a esos lineamientos. Las materias que por su importancia deben constar en la Carta Política no son de unánime señalamiento. Depende del criterio que cada país haya adoptado. A pesar de ello cabe señalar algunas materias que por su trascendencia, y por referirse a la organización misma del Estado, deberían formar parte del texto constitucional. Estas serían: las normas que consultan quienes ostentan el poder tributario o de creación de tributos, ya sea los titulares que lo ejerci-

72) Valdés Costa, Ramón.- Obra citada p. 84 y sgts..

73) Villegas, Héctor B. - Obra citada p. 155 y 156.

tan ordinariamente, ya extraordinariamente, ya en forma originaria, ya por delegación; las que regulan la distribución de materias imponibles y a toda la problemática que surge, en especial en los países federales, donde coexisten competencias tributarias; las que expresan los principios fundamentales de la tributación; las que establecen el modo de ejercitar la potestad tributaria, sus condicionamientos y limitaciones. Este es globalmente mirado, el objeto del derecho constitucional tributario, el que también debe aludir, aunque no sea su cometido directo, a todas otras normas constitucionales que aún de modo indirecto puedan influir en la tributación. Las afirmaciones de Valdés Costa son justas, cuando al referirse al derecho constitucional tributario sostiene que es excesivo hablar de su autonomía, inclusive dentro de lo didáctico. Lo único que ocurre, prosigue el autor, es que ciertas normas son elevadas a la categoría constitucional, normas que pueden ser materiales, procesales, formales, penales, menos aquellas que regulan la distribución de competencias⁷⁴.

En la visión de Micheli, el derecho internacional tributario se ocupa de las normas por las que el Estado limita su poder de imposición respecto del extranjero. A más de las normas internas, según el autor, forman parte de este capítulo, las contenidas en convenciones y acuerdos internacionales⁷⁵. En su clásica obra, el profesor Buhler distingue entre derecho internacional tributario en sentido estricto y en sentido amplio.

En el primero entran “las normas de conflicto de origen internacional”; en el segundo “dichas normas de origen internacional —se refiere a las anteriores— más las normas nacionales que constituyen normas de conflicto”⁷⁶.

Técnica de Impuestos

La técnica de impuestos es un saber del “modo de hacer”. Pérez de Ayala, distingue lo científico y lo técnico en la forma que sigue: “Desde los griegos se oponen dos saberes: aquellos que se refieren al ser o deber ser de las cosas (científico-positivos y científico-mormativos, respectivamente). Y aquellos que se centren en el modo de hacerlas (es decir en el “Tecné”. O sea, los estudios técnicos)”⁷⁷.

Los impuestos han de ser justos y eficaces. Este saber, la técnica de impuestos, procura su eficacia. Pérez de Ayala, a quien seguimos en esta parte, considera que mediante la técnica de impuestos, se tiene una visión

74) Valdés Costa, Ramón.- Obra citada p. 82 y 83.

75) Micheli, Gian Antonio.- Obra citada p. 79 y 80.

76) Buhler, Ottmar.- “Principios de Derecho Internacional Tributario”, Editorial de Derecho Financiero, Madrid 1968 p. 5.

77) Pérez de Ayala, José Luis.- “Explicación de la Técnica de Impuestos”, Edersa, Madrid, 1978 p. 7.

de los impuestos en sí mismos, antes que en sus efectos económicos y jurídicos. La técnica analiza los diversos elementos de los impuestos y las relaciones que los unen, a fin de lograr figuras o modelos tributarios con lógica operativa interna de tal modo que impera la racionalidad y la practicabilidad⁷⁸.

En un desglose de tópicos, que nos permite visualizar mejor el objeto de este ramo, el propio autor propone las siguientes cuestiones:

- ¿Cómo definir la magnitud económica más adecuada como práctica para la aplicación operativa de un impuesto?
- ¿Cómo determinar con criterios de eficacia fiscal, lo que es –a efectos del gravamen– el producto neto, la renta del patrimonio o el consumo?
- ¿Con qué fórmulas se puede gravar, de modo desigual, consumo y ahorro o las rentas del capital y del trabajo?
- ¿Es congruente estructurar (hacer) los impuestos reales con una tarifa proporcional, y los personales con una tarifa progresiva pero evitar los “errores del salto”?
- ¿Dónde ha de gravarse el producto o renta, a efectos de una aplicación justa en el espacio, de los impuestos sobre aquellas magnitudes?
- ¿Qué fórmulas son las más correctas, técnicamente, para evitar la imposición, en dos Estados, de una misma renta?
- ¿Cómo debe construirse una tarifa progresiva en atención a los fines perseguidos, y para evitar consecuencias ilógicas, desde los objetivos de la operatividad del impuesto?
- ¿Cómo elaborar impuestos de bienes y servicios más recaudatorios, pero no más injustos, estructurando los elementos que los integran y tipifican?
- ¿Tienen las sociedades capacidad técnica de contribuir, aunque no la tengan económica desde el punto de vista de las exigencias de la justicia?⁷⁹.

La técnica de los impuestos es un campo propio de quienes tienen el cometido de idear los modelos tributarios. Generalmente, los funcionarios del sector público. Sin embargo, esta “sapiencia”, no debe ser extraña al sector privado. Las razones, sobran decirlas.

78) Pérez de Ayala, José Luis.- Obra citada p. 11 y 12.

79) Pérez de Ayala, José Luis.-Obra citada p. 8.

Iglesia, Economía y Ética

Olga Muñoz Reyes

Sistemas económicos y ética

La Iglesia, como servidora de la humanidad, tiene que intervenir en todos los aspectos que a ésta le conciernan. Indudablemente que la Economía y sus sistemas son actualmente un problema clave para toda la Sociedad. Por ello, a través de Documentos, Exhortaciones y aun reuniones internacionales, el Papa y los Obispos han tratado el tema a fondo.

El Cardenal Joseph Höffner, en un documento llamado “Sistemas Económicos y Ética” hace un análisis de los dos modelos económicos principales, dentro de un marco de ética y moral humanas.

Siendo este análisis de interés prioritario tanto para estudiantes como para profesionales que vivan unos valores y busquen adecuar su pensamiento y proceder a éstos, intentaré exponer algunas de sus ideas en forma breve y resumida:¹

El liberalismo clásico desarrolló el modelo de la economía libre de mercado, sobre los supuestos de que existía un orden pre-establecido, una “mano invisible” de la que habla Adam Smith, que regulaba todo, siempre y cuando no se interfiriera la iniciativa privada y cada individuo buscara su propio provecho, con lo que directamente lograría el provecho para todos.

Con el cambio que sufre la Sociedad tras la Revolución Francesa, aparecen nuevos principios y valores, entre ellos la libertad personal y la económica. El individuo entonces, trabajaba libremente buscando su propio interés. Apareció así, la Burguesía como tercer Estado.

La Iglesia y el Papa hacen la distinción entre el antiguo Liberalismo y la actual Economía Libre de Mercado o Neo Liberal. El Papa Juan Pablo II

1. Puede revisarse el texto original: “Sistemas Económicos y Ética”. Cardenal Joseph Höffner, Ordo Socialis, 1985

para referirse al primero se refiere al “Capitalismo Primitivo” que es duramente criticado aún por los neo liberales. Sin embargo, la Iglesia reconoce la relevancia de la libertad de competencia y el provecho personal como factores dinámicos de la economía, que contribuyeron al adelanto de las ciencias y a logros en todos los campos de las Ciencias Humanas.

Como contrapartida negativa, este sistema económico atrajo como consecuencia la proletarización de un gran porcentaje de la población. Los católicos frente a esta dura realidad, siguiendo los dictados de su conciencia se preocuparon de la “Cuestión Social” desencadenada con el nuevo sistema, mucho antes que Marx.

Figuras importantes del siglo XIX, tales como Müller, Reichensperger, Görres, se adelantaron en formular puntos críticos al sistema económico liberal.

El movimiento católico inspiraba y apoyaba a los trabajadores en sus legítimas demandas de garantías en el trabajo.

Juan Pablo II en su Encíclica sobre el Trabajo Humano, al referirse al movimiento de solidaridad que se conformó en el siglo XIX para defender los intereses de la clase trabajadora, lo calificó de justificable en términos sociales y morales.

El marxismo, por otro lado, también se ocupó de agrupar obreros y ayudarlos para la lucha, pero en apasionada oposición con los postulados de la Iglesia. Cabe recalcar que los análisis realizados por los católicos son más precisos y anteriores a los realizados por los marxistas, por lo que éstos no pueden atribuirse ser los pioneros ni ser los más exactos. Sólo unos pocos representantes de la Teología de la Liberación sostienen que el análisis marxista es el más valioso método sociológico.

Se ha probado que el análisis marxista es falso en sus puntos principales. Prueba de ello es que los países comunistas lo son por la fuerza de las armas y no por fuerza del razonamiento o de la dialéctica.

En aquel momento, dada la extensiva pobreza de las clases trabajadoras, hubo de tomarse medidas. El Capitalismo tuvo que modificarse. El movimiento católico intentó a través de dos escuelas modificar al primitivo capitalismo: con el Movimiento Socio-Reformista y el Movimiento Socio-Político.

Ante las demandas de los trabajadores unidos solidariamente, el Estado empezó a intervenir gradualmente en lo económico, favoreciendo a los obreros principalmente con la Seguridad Social. Ahora los planes económicos están orientados a favorecer a las mayorías no privilegiadas, reducir el desempleo, la inflación, estimular la economía, controlar los precios y los monopolios. También se crean instituciones, se realizan investigaciones, se favorece el entrenamiento y preparación técnica y se crean leyes favorables al trabajador. La situación es muy distinta a la que existía en el

antiguo sistema liberal.

La posición neo-liberal actual dista mucho de la liberal primitiva. Los neo-liberales reconocen que pueden formarse monopolios, oligopolios y otros grupos poderosos que interfieren la libre competencia y que por ello deben ser puestos en manos del Estado. Reconocen también que la competencia no siempre es perfecta, sino que al contrario, debe estar dentro de ciertos límites que salvaguarden el bien común. Esto se logra permitiendo la libre formación de los precios, abriendo los mercados, controlando o prohibiendo los monopolios. La intervención del Estado debe estar de acuerdo con el mercado, por ejemplo, sin distorsionar la auto-regulación de éste con el mecanismo de los precios. Los neo-liberales a pesar de reconocer la importancia del mercado, no subyugan de ninguna manera los intereses humanos, a los que dan prioridad, por encima de los intereses económicos, ya que éstos deben estar al servicio del hombre y no al contrario.

La Iglesia Católica propone como modelo económico básico la Economía de Mercado, dándole un sentido humanista y cumpliendo efectivamente ciertas pre-condiciones, entre las que menciona el Cardenal Höffner, cito solamente algunas: evitar que esta economía se distorsione hacia el consumismo; establecer un orden de prelación de los valores; la cooperación entre el Capital y el Trabajo, con la participación de los trabajadores en la formación del capital; las estructuras de poder de las empresas deben considerar por encima de todo la dignidad y valores humanos; todo progreso técnico debe estar racionalizado y humanizado; asumir una responsabilidad mundial en los problemas económicos tomando medidas reguladoras que obliguen por igual a Estados ricos y pobres; proteger el medioambiente, especialmente los recursos no renovables; lograr una eficiente redistribución de los ingresos.

En contraposición, en una Economía Centralmente Planificada los medios de producción no pertenecen a los individuos, la oferta y la demanda no juegan libremente en el mercado ni existe competencia libre. Existe un plan que regula en detalle todo lo concerniente a la economía.

El Materialismo Dialéctico otorga una exagerada importancia al aspecto económico de la vida, poniéndolo como prioridad por encima de cualquier otra consideración. En el fondo éste y otros postulados marxistas son vagos y nunca llegan a concretarse. El mismo Marx no estaba muy seguro al descubrir la época que sobrevendría a la revolución. Los reformistas sociales y recientemente, los teólogos de la liberación, se han mostrado más bien partidarios de este modelo económico, tal vez porque aparentemente se vea como más “justo” o represente mejor los ideales de justicia.

En algunos países comunistas se ha intentado introducir algunos elementos de la Economía de Mercado, tales como la competencia entre las

Empresas del Estado y otorgar un cierto poder de decisión a las compañías. El experimento ha sido exitoso.

Por otra parte, en Occidente, se han hecho muchas correcciones al sistema económico imperante, con lo que tal vez podría vislumbrarse un acercamiento entre los dos sistemas económicos.

La Iglesia expone algunas razones para rechazar el modelo económico centralmente planificado:

- porque la auto-responsabilidad, la libertad y la iniciativa individual son eliminadas.
- porque la excesiva burocratización y mecanización de este sistema pone en peligro los objetivos económicos.
- porque una economía centralmente planificada es la raíz de la discordia social.
- porque un sistema así, dotado de tanto poder concentrado en la administración central, pone en peligro la libertad y dignidad del ser humano.

Iglesia y economía en responsabilidad por el futuro de la economía mundial²

En noviembre de 1985 en Roma, tuvo lugar el Simposio “Iglesia y Economía en Responsabilidad por el futuro de la Economía Mundial” con la participación de numerosos representantes de la vida económica, eclesíástica, política y académica. El tema principal sin duda fue la relación entre la economía de mercado y la enseñanza social de la Iglesia. Esta relación no puede dejar de contener un poco de tensión, como se verá más adelante en los puntos tratados por el Papa y por algunos Cardenales. Sin embargo, Lothar Roos, consejero espiritual de la Asociación Católica de Empresarios Alemanes, expone algunas ideas centrales para evitar malos entendidos:

1. La enseñanza social de la Iglesia rechaza categóricamente el sistema de economías centralmente planificadas, por ser incompatibles con la dignidad humana.
2. El punto criticable de la economía de mercado es sólo el determinismo, la infalibilidad que se le otorgaba al mercado, según los autores clásicos.
3. El mercado es una institución moral si se dirige hacia el logro de metas morales que satisfaga las necesidades de todos, mediante una competencia aceptable, siendo cada individuo el agente de su propio desarrollo.

² Condensado de “*Iglesia y Economía en Diálogo. Un Simposio en Roma*”. Lothar Roos, Ordo Socialis, 1985.

4. Para que este sistema sea ético, deben cumplirse ciertos pre-requisitos. La Iglesia reconoce que tanto el sistema como el mercado, no son infalibles, ni ilimitados, como los consideraba el primitivo liberalismo. Entre estos pre-requisitos están:
- que los competidores en el mercado se hallen en igualdad de condiciones, eliminando los monopolios.
 - que el Estado intervenga, especialmente para atender las necesidades colectivas.
5. Tanto el sistema de mercado como los pre-requisitos deben estar basados en un sistema de valores de toda la sociedad.

Como resultado del Simposio se produjo un intercambio que puede llevar a evitar malos entendidos y a hallar un consenso en los puntos principales y la toma de conciencia de que la responsabilidad de la economía mundial está tanto en manos del sector económico como de la Iglesia.

En los últimos años, la miseria y la desigualdad entre los hemisferios se ha incrementado y ha llegado a límites intolerables. Para enfrentar estos problemas, se hacen necesarios nuevos métodos económicos ya que los existentes, no han funcionado. Para ello también hacen falta nuevos valores e impulsos morales. Es en este punto en el que a la Iglesia le toca participar plenamente como tal. El Concilio Vaticano II dijo que la autonomía de todas las ramas de la vida del hombre deben respetarse y mantenerse autónomas, siguiendo la línea de Smith, para quien el mercado era incompatible con la ética ya que las Leyes del mercado garantizaban el progreso de todos y aun la justicia distributiva. Esta posición encierra un determinismo, el considerar al mercado y a sus fuerzas como infalibles, encaminadas al progreso y a la eficiencia inexorablemente. Implicaría esto que esas Leyes serían especialmente buenas y encaminadas al bien sin tomar en cuenta la condición de los individuos que participan, que podrían ser buenos o malos. Si bien estos presupuestos no son enteramente falsos, tampoco se los puede considerar siempre verdaderos. No se puede excluir la moral del individuo, del mundo económico. Los valores y fuerzas espirituales son un factor importante en la economía ya que las reglas del mercado funcionan solamente cuando existe un consenso moral que las apoya.

La desigualdad entre los pueblos del mundo, hace peligrar el equilibrio que debería existir en el mercado. Para solucionar las diferencias, desde 1950 se implementaron programas de ayuda para el desarrollo, los cuales han fracasado pues se han convertido en las actuales causas de su miseria en el sistema de mercado, identificándolo como un sistema de explotación e injusticia. En contraste, se ve a las economías centralmente planificadas como la encarnación de los ideales de justicia, de igualdad de derechos y de una proporcionada distribución de los bienes para todos. Se ha

tomado como la alternativa moral, aún de contenido religioso, en vista de la decepción del sistema de economía de mercado.

Si se hiciera un esfuerzo conjunto para fundamentar moralmente el sistema de economía de mercado, sería posible reconciliar la eficiencia con la moralidad, en una sociedad orientada no al máximo provecho sino al auto-control y al servicio común.

El marxismo también es una teoría determinista, mucho más que el liberalismo puesto que reduce a la ética al campo de la filosofía de la historia y luego, a la estrategia del Partido.

Otro punto en común entre los dos sistemas económicos, es que ambos separan a la ética de la economía. Para el Marxismo, la Religión únicamente existe para auto-destruirse y dar paso a las “fuerzas positivas de la Historia”. Este sistema es en realidad un mito, que renuncia a todo diálogo entre la Iglesia y la economía.

Se ha convertido cada vez más en un hecho obvio que el desarrollo de un sistema económico que se orienta al bien común, depende de un determinado sistema ético que debe estar apoyado por sólidas convicciones religiosas. Si no es así, las Leyes del mercado fallan y colapsan. Una política económica que busca el bien para todos demanda el máximo de disciplina ética y de fuerza religiosa. Una moralidad que se crea auto-suficiente para resolver los problemas económicos es moralismo. Una aproximación científica para resolver los problemas económicos es moralismo. Una aproximación científica que se cree auto-suficiente, no es científica. La Iglesia quiere que todas las naciones sean conscientes de la responsabilidad común que les une para atender las necesidades de las naciones menos privilegiadas, que esperan una respuesta eficaz especialmente de la Cristiandad. Si fallamos en ayudarles, fácilmente pueden volverse hacia otro supuesto redentor, los sistemas totalitarios.

Las profundas diferencias entre las naciones industrializadas y los países en desarrollo sólo pueden atenuarse con la solidaridad de todos. Los países pobres cada vez tienen más conciencia de su posición en la Comunidad Mundial, y esto potencialmente puede desencadenar procesos violentos.

En un programa mundial de asistencia deben buscarse las siguientes metas:

- a. Expandir el comercio con el Tercer Mundo
- b. Abolir el proteccionismo
- c. Apoyar la creación y mantenimiento de puestos de trabajo
- d. Incrementar las actividades agrícolas
- e. Incrementar la ayuda para el desarrollo
- f. Cortar drásticamente los gastos para armamento

El Concilio Vaticano II elaboró una doctrina que relacionaba a la Igle-

sia con el Mundo en general, y con la economía en particular. Se partió de dos hechos concretos: el rápido crecimiento de la población y las crecientes necesidades humanas. Para resolver esto, se plantearon dos medidas: el mejor uso de la tierra y la mejor organización de la economía como proceso social. Al respecto existen algunas preocupaciones:

- la economía industrial moderna da excesiva importancia al interés material, en detrimento de otros valores
- el peligro de que los seres humanos se despersonalizen en el trabajo
- sobre la ayuda que se pueda dar a los países pobres que puede no ser suficiente o que sea una simple transferencia cultural de los modelos económicos a los países del Tercer Mundo.

Como conclusiones concretas del Simposio, de cara al futuro se plantearon:

1. La economía tiene sus propias reglas y métodos.
2. Esas reglas no actúan automáticamente; deben estar enmarcadas en un orden moral.
3. Esta relación está sujeta al dinamismo social; la satisfacción de las necesidades económicas entre los países es éticamente obligatoria.
4. La Iglesia únicamente puede ver a la economía mundial como una serie de unidades subsidiarias que actúan solidariamente.
5. Esto requiere una toma de conciencia y un cambio de mentalidad junto con las medidas económicas, tarea que corresponde a la Iglesia.
6. No será una tarea fácil, pero ello no debe descorazonarnos. Hay que tener valentía de tomar la iniciativa.

DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO

Una crítica a la Carta de las Naciones Unidas

Byron G. Silva C.

1. Introducción

Alfred Verdross al hablar de las notas características del DIP dice que la Carta de la ONU tiene tendencia a convertirse en la constitución de la comunidad universal de los Estados¹. Por otro lado S.S. Juan Pablo II nos hace notar que “la humanidad, enfrentada a una etapa nueva y más difícil de su auténtico desarrollo, necesita hoy un *grado superior de ordenamiento internacional*, al servicio de las sociedades, de las economías y de las culturas del mundo entero”². Por tanto, es obvio, si queremos encontrar, al menos de un modo teórico, un grado superior de ordenamiento internacional hemos de comenzar por revisar el estatuto que constituye a la actual comunidad internacional (CI): la Carta de la ONU. Este es el propósito de nuestro ensayo.

Adoptar una postura crítica frente al estatuto internacional más importante de la humanidad en este siglo es una empresa difícil, sobre todo por el criterio generalizado, en nuestros ambientes, de la casi-perfectibilidad de la Carta: para muchos no admitiría crítica, sino aplauso. Pero lo es más por ser lo que es. Tal empresa exige, por tanto, una actitud seria y humilde por parte de quien la acomete: exige también adoptar una línea de pensamiento, unos conceptos fundamentales y un método.

01. Verdross, Alfred, *Derecho Internacional Público*, Madrid, 1982, p. 118.

02. Juan Pablo II, *Carta Encíclica Sollicitudo Rei Socialis*, Quito, 1987, p. 88

Siempre, a lo largo de estos dos mil años, el humanismo cristiano —el auténtico humanismo cristiano— ha ido por delante respecto de otras concepciones del mundo y del hombre; esta concepción sigue siendo actual: tan vieja como el Evangelio y como el Evangelio nueva. Por eso hemos optado por tal línea de pensamiento. Por qué no decidimos por el humanismo cristiano mientras otros se deciden por el marxismo o por el nihilismo o por otros reduccionismos? Parece que no debo justificar mi opción, pues ha sabido defenderse durante dos mil años y permanecer. Pero es necesario concretar mejor nuestra concepción de partida: a lo largo de este ensayo nos iluminará el derecho natural —pues nuestra Facultad es una Facultad de Derecho— y la moral cristiana que tiene mucho que decir del derecho natural.

De los conceptos fundamentales nos ocuparemos en el capítulo siguiente. Sobre el método diremos que hemos escogido uno, aunque compuesto, muy sencillo: bibliográfico; de análisis, compración y síntesis. Un tercer capítulo nos servirá para exponer el conjunto de observaciones críticas que se puedan hacer de la Carta. Un cuarto de conclusiones y recomendaciones.

Finalmente, es necesario dejar en claro, un punto más de partida, que muchas falencias de la ONU en la práctica no responden a falencias de la Carta, sino a factores metaestatutarios, no nos ocuparemos de éstos sino de un modo tangencial. A este respecto, Alvaro D'Ors estima que las organizaciones internacionales, comenzando por la más general de las Naciones Unidas, “están afligidas de un doble condicionamiento que las aniquila: la tensión insuperada de los egoísmos nacionales y la larvada ambición de dominio mundial en provecho de grupos personales encubiertos”³. Como instrumento que es, la Carta ha sido manipulada una y otra vez⁴.

2. Conceptos Fundamentales

Este capítulo intenta ser la descripción somera de lo que sería la CI en su deber ser, es decir de aquella comunidad inscrita en el progreso de la humanidad.

03. D'Ors, Alvaro, *Una introducción al estudio del derecho*, Madrid, 1979, p. 132.

04. *Ibid.*, p. 133: “La falta de una verdadera moral comunitaria se descubre en el hecho de que las grandes potencias procedan valerse de estos organismos internacionales para aumentar su influencia, y, en todo caso, los representantes se sienten siempre defensores de los intereses particulares de cada nación. Son aleccionadoras en este sentido las palabras de Paul Speak, el principal impulsor del ‘Mercado Común Europeo’ y un hombre muy experto en la técnica de las organizaciones internacionales, que emitió este juicio sobre la ONU: ‘Ni los argumentos de derecho, ni los argumentos de razón, ni el espíritu de compromiso indispensable, ni la justicia imparcial pueden triunfar en tal asamblea. Y mientras las Naciones Unidas no sean dirigidas por un órgano en donde la imparcialidad sea la ley suprema, donde cada miembro tenga por el interés general la misma pasión que muestra por los propios intereses, no se puede esperar que el ideal de seguridad colectiva y la solidaridad mundial sea verdaderamente realizado’”.

2.1 Necesidad de la CI

La CI no se entendería sin la presencia del hombre, no tendría razón de ser. Y es así como “la misma ley de sociabilidad que inclina a los hombres a buscar en una ayuda mútua el complemento indispensable de su debilidad y de sus naturales indigencias, inclina también a los Estados a buscar en una estrecha y constante colaboración el medio de poder realizar permanentemente su misión con sus propios súbditos”¹. La CI proviene de la naturaleza humana, es una institución que responde a las necesidades imperiosas del hombre².

La CI, en cuanto institución natural, con todos los deberes y derechos que implica es una realidad ante la cual no podemos cerrar los ojos. Por consiguiente es indispensable darle una constitución jurídica positiva a fin de encausar su funcionamiento hacia el bien común de la humanidad³. Esta tarea no incumbe a la moral —nosotros hemos optado por este punto de vista—, no le toca determinar la forma precisa que ha de tener la CI, pues a este respecto caben legítimas divergencias de opinión (métodos, etapas que han de llevar de mejor manera al fin propuesto, etc.). No obstante, es posible y necesario “fijar, a la luz del derecho natural y de la moral cristiana, los principios según los cuales se debe apreciar el valor de esta institución internacional, y trabajar por su perfeccionamiento”⁴.

Se sigue, por tanto, con cierta claridad que la CI tiene una naturaleza fundamentada en la humana, y unas funciones primordiales que desempeñar.

2.2 Principios Fundamentales de la organización de la CI

De la naturaleza de la CI y de las funciones que debe cumplir se siguen dos principios fundamentales de su organización: la CI ser *abierta a todos los Estados y obligatoria* a todos ellos⁵.

El primero —la CI tiene que ser universal— excluye cualquier tipo de política discriminatoria: ningún Estado puede ser excluído. Messner menciona sobre este principio que “si una organización internacional no está abierta a todos, se convierte fácilmente en un instrumento al servicio de los intereses políticos de las naciones dominantes. La justicia internacional no permite la exclusión de una nación agresora vencida, en el caso de que dé garantías de un comportamiento en consonancia con los principios del orden jurídico internacional. Por otra parte, sería muy cuestionable si, desde un

01. UIES, *Códigos de Malinas*, Santander, 1962, p. 306.

02. Cfr. *Ibid.*, pp. 439 y 440.

03. *Idem.*

04. *Idem.*

05. Cfr. Messner, J., *Ética Social, política y económica a la luz del Derecho Natural*, Madrid, 1967, p. 785

punto de vista realístico, una medida de ese tipo redundaría en interés de la paz y del bien común internacional”⁶.

El segundo principio —la CI es obligatoria a todos los Estados— no permite la política de aislamiento de los Estados en particular. Mas aún, en la situación actual de encontrar una organización internacional superior, todos los Estados están obligados por la justicia internacional a cooperar en la misma⁷.

Podemos agregar a estos principios otros dos: *Libertad de pactar*, según el cual todos los Estados son libres de celebrar convenios dentro del marco de la CI, y por el cual le corresponde a la CI impedir convenios que escondan intromisiones injustas; y *libertad de confederación*, que permite la alianza de varios Estados a fin de que puedan cooperar en la obtención de objetivos comunes⁸.

Consideramos que estos principios son fundamentales, pues emanan de la misma naturaleza de la CI, y contienen otros, en potencia, que no es necesario explicitarlos en esta parte.

2.3 La autoridad internacional

a) Necesidad de la autoridad internacional

El carácter natural y la importancia que tiene la CI le dan a ésta una indiscutible autoridad sobre los Estados. Para que pueda, empero, ejercerse efectivamente y para que la comunidad se constituya definitivamente, se requiere designar las personas que han de estar investidas de ella, pues la autoridad es la forma de la CI⁹. Es necesaria, además, una autoridad internacional, porque “toda sociedad supone, en efecto, una autoridad encargada de coordinar las actividades de los miembros *hacia su bien propio en el bien común de todos sus asociados*”¹⁰.

b) Origen de la autoridad internacional

Sobre este tema cabe hacer una diferenciación: el origen de la autoridad internacional y su fundamento. La moral cristiana nos dice que Dios es el origen de toda autoridad, por tanto, también es el de la autoridad internacional, y que El ha dejado las modalidades de su ejercicio¹¹. Respecto del fundamento nos dice que, conforme al derecho natural, la autoridad de la CI no se funda en un acto federativo, sino en el bien común de ella¹².

06. Idem.

07. Cfr. Ibid., p. 785.

08. Cfr. Ibid., p. 786

09. Cfr. UIES, op. cit., p. 440

10. Ibid., p. 309

11. Cfr. ibid., p. 310

12. Cfr. Messner, J., op. cit., p. 785

c) Sujeto de la autoridad internacional

Para el fin que nos proponemos la determinación de esta cuestión es de suma importancia. Nada se opone a que los hombres otorguen esta autoridad a un colegio muy restringido o a una sola persona, sin embargo, originariamente, *la autoridad es de toda la CI*¹³. Pues al principio la autoridad reside en la asamblea entera de los representantes de los diversos gobiernos. Poco a poco esta reunión meramente diplomática puede transformarse en una auténtica asamblea legislativa¹⁴.

d) Derechos y deberes de la autoridad internacional

“Los derechos y deberes de la autoridad internacional están naturalmente determinados por el fin mismo de la Sociedad de naciones”¹⁵. La primerísima obligación de la autoridad internacional es la de asegurar a sus miembros juntamente con la inviolabilidad de su territorio, su legítima independencia y la plenitud de todos sus derechos. En segundo lugar debe cooperar positivamente al progreso y perfeccionamiento de los Estados que conforman la CI¹⁶. Por otro lado, en cuanto a sus derechos, las personas investidas de la autoridad tienen derecho a mandar y, por lo tanto, los miembros tienen el deber de obedecer¹⁷. La autoridad internacional no puede ejercer sus deberes sino con el concurso de los Estados miembros, por consiguiente tiene derecho a exigir de ellos tal concurso¹⁸.

e) Deber de obediencia a la autoridad

Los Estados tienen la grave obligación de obedecer a la autoridad internacional a fin de salvaguardar el bien particular y el bien común. “Nadie puede quebrantar sus órdenes, a no ser que manifiestamente salgan de la esfera de su competencia natural o violen la justicia”¹⁹. Vemos, pues, que el deber de obediencia no es un deber absoluto, se halla limitado por el derecho natural y especialmente por la justicia. Por otro lado la existencia misma y las funciones de la autoridad dependen de la buena disposición de los Estados, sobre todo de las grandes potencias, a aceptar una constitución de la CI que suponga el sacrificio de su soberanía absoluta²⁰.

f) División de la autoridad internacional

El ejercicio de la autoridad necesariamente desemboca en una especi-

13. Cfr. UIES, op. cit., pp. 310 y 311

14. Cfr. *ibid.*, p. 441

15. *Ibid.* p. 311

16. Cfr. *ibid.*, p. 311

17. Cfr. *ibid.*, p. 440

18. Cfr. *ibid.*, pp. 311 y 312

19. *Ibid.*, p. 312

20. Cfr. Messner, J., op. cit., p. 789

ficación de funciones que en la actualidad implica una división tripartita de la misma: función legislativa, ejecutiva y judicial²¹. A este respecto salta a la vista con más intensidad la necesidad de un organismo ejecutivo: la CI requiere un organismo ejecutivo más restringido, y por tanto más flexible, cuyos miembros, dentro de los límites del mandato que se les confíe, tendrán la facultad de decidir, obrar y mandar en nombre de la CI; los poderes de este organismo deben tener como fin imponer el reinado de la justicia y prevenir toda agresión²². Este organismo, más aún, debe tener a su disposición inmediata fuerzas apropiadas militares y debe estar autorizado para exigir a los miembros que secunden su acción²³. Finalmente cabe indicar que entre los diversos poderes, entre los diversos órganos, debe existir equilibrio y armonía.

2.4 Funciones de la CI

Nos ha parecido lógico dejar el asunto de las funciones de la CI en penúltimo lugar. Nos ocuparemos de las fundamentales, ya sean mediatas, ya sean inmediatas. Para aclarar esta afirmación vale decir que el bien común de la CI contiene de un modo sustantivo las funciones que ésta ha de desempeñar, de tal manera que las que surgen de un modo mediato son funciones mediatas en tanto que las que de uno inmediato son funciones inmediatas²⁴.

a) Funciones mediatas

Son las más importantes, pues surgen directamente del fin de la CI, el bien común internacional. Son principalmente las siguientes: a) Mantenimiento de la paz y el orden internacionales; b) Progreso y bienestar de la humanidad; c) La protección de los derechos de los pequeños Estados; y d) La protección de los derechos humanos. El ejercicio de éstas garantizan la consecución del bien común²⁵.

b) Funciones inmediatas

Sin dejar de ser importantes son las que se van concretando de las mediatas. Son: a) Funciones políticas²⁶ (la legislación, la codificación del derecho internacional existente, las cuestiones referentes a las fronteras y la población de las regiones fronterizas, las cuestiones de emigración y de asentamiento de población, y la protección de las minorías); b) Funciones jurisdiccionales²⁷ (las contiendas jurídicas, los cambios jurídicos, la

21. Cfr. UIES, op. cit., p. 440

22. Cfr. ibid., pp. 441 y 442

23. Cfr. ibid., p. 442

24. Entiéndase la palabra "mediato" y la palabra "inmediato", no en un sentido temporal, sino causal.

25. Cfr. UIES, op. cit., pp. 306 y 307. Cfr. Messner, J., op. cit., pp. 788, 789 y 791

26. Cfr. Messner, J., op. cit., pp. 792-795

27. Cfr. ibid., pp. 795-800

creación de derecho y la justicia penal); c) Funciones económicas²⁸; y d) Funciones sociales²⁹.

Corresponden a la CI otras funciones que en cada momento sean exigidas por el bien común.

2.5. Los miembros de la CI, sus deberes y derechos

Los miembros de la CI son los Estados, y en tal calidad son sujetos de derechos y deberes. En este punto nos ocuparemos de los derechos y deberes fundamentales de los Estados que provienen de la naturaleza misma, de su naturaleza, y de su misión³⁰. Estos derechos no son absolutos: “su ejercicio está limitado por la obligación de respetar el mismo derecho de los otros Estados, y de someterse a las necesidades de la colaboración internacional”³¹.

Hemos creído oportuno compendiar los siguientes:

a) Derecho a la existencia

Para que un Estado tenga derecho a existir y a preservar en la existencia es indispensable que se haya formado históricamente, que asegure el mantenimiento del orden y de la paz interiores, y que dé señales de capacidad para cumplir sus obligaciones internacionales. Con tales requisitos, los demás Estados tienen la obligación de respetarle y de admitirle como tal en la CI³².

b) Derecho a la conservación y a la defensa

Todo Estado tiene derecho a tomar, para salvaguardar su integridad, las medidas necesarias para su legítima conservación y defensa. Incluye, éste, el derecho a mantener ejércitos con el fin exclusivo de reforzar la autoridad del derecho, y el derecho a formar alianzas para lograr que los Estados débiles puedan ponerse en mejores condiciones respecto de los fuertes³³.

c) Derecho de independencia (soberanía externa)

La soberanía es la facultad de determinar en último recurso las directrices a las que todos deberán acomodarse en sus acciones y de formular las consignas que no admitirán contradicción. De la soberanía surgen dos derechos en favor de la autoridad: el de gobernar eficazmente la actividad interna (soberanía interna) y el de rechazar en el ejercicio de su misión toda ingerencia de otro Estado (soberanía externa o independencia)³⁴. Es-

28. Cfr. *ibid.*, pp. 800-802

29. Cfr. *ibid.*, pp. 802-804

30. Cfr. UIES, *op. cit.*, p. 315

31. *Ibid.*, pp. 314 y 315

32. Cfr. *ibid.*, p. 315

33. Cfr. *ibid.*, pp. 319-324

34. Sin embargo, los protectores son legítimos cuando se ejercen en provecho de los pueblos tutelados. Cfr. UIES, *op. cit.*, p. 325

tos dos no son derechos absolutos, pues tienen su medida y límites en las exigencias del bien común y en el respeto del mismo derecho de los otros Estados. Se hace necesario mencionar algo sobre la intervención y la no-intervención: la primera, cuando es justificada se convierte en obligatoria, incluso con obligación de estricta justicia o de caridad internacional; la segunda, por consiguiente, no es absoluta, admite excepciones. También de éste podemos desprender otros derechos: el de defenderse de la agresión imperialista y el de neutralidad que es legítimo cuando la intervención no es obligatoria³⁵.

d) Derecho de soberanía (soberanía interna)

Todo Estado tiene el derecho de gobernarse a sí mismo.

e) Derecho a la igualdad

Los Estados tienen los mismos derechos esenciales que el cumplimiento de su misión pide³⁶.

f) Derecho a promover los intereses nacionales

g) Derecho a celebrar acuerdos particulares

Siempre que sean compatibles con el bien común. Ninguno de estos grupos particulares podrá ir contra algún Estado determinado o contra algún grupo de Estados³⁷.

h) Deberes

Los Estados, como miembros de la CI, tienen el deber de subordinar sus intereses particulares al de la colectividad, “y someter, en cuanto sea necesario, su independencia a la ley de la comunidad internacional”³⁸. Los Estados deben colaborar al bien común; “el Estado no cumplirá con su fin sino elevándose sobre el estrecho círculo de sus preocupaciones nacionales, amplia y lealmente a la empresa común de la sociedad universal”³⁹. Entratándose de las grandes potencias, la situación de aquellas en al CI debe ser proporcional a su poder político efectivo, de tal modo que se asegure a los pequeños Estados todos los derechos que corresponden por igual a cualquier Estado⁴⁰. Por último todos los Estados tienen el derecho y la obligación de solucionar de manera pacífica los diferendos internacionales.

35. Cfr. *ibid.*, pp. 3240-331

36. Cfr. *ibid.*, p. 342

37. Cfr. *ibid.*, p. 312 y 313

38. *Ibid.*, p. 307

39. *Ibid.*, p. 309

40. Cfr. Messner, J., *op. cit.*, p. 790

3. Observaciones críticas de la carta

Quizá esta sea la parte más difícil de nuestro ensayo. Observaciones críticas pueden hacerse de muy diversos puntos de vista, pero, como ya lo anunciamos, nosotros las haremos desde la perspectiva del derecho natural y de la moral cristiana conforme a lo anotado en el capítulo anterior. Es necesario aclarar que no son observaciones estrictamente jurídicas, sino a la luz del derecho natural.

a) La Carta de la ONU no tiene un carácter universal, es decir, no está abierta a todos los Estados, pues en el Art. 107 se hace una clara exclusión al hablarse de “Estado enemigo” a pesar de que en el Art. 4 se dice que podrán ser miembros de las Naciones Unidas todos los demás Estados amantes de la paz...

b) La Carta establece el principio de la libertad de pactar en el cap. VIII y en el XVII. Al contrario no se ha expresado nada acerca del derecho de confederación.

c) Vimos que la autoridad corresponde a toda la CI, por tanto, el órgano que decide todos los asuntos importantes debería ser la Asamblea. Es indiscutible la eficacia del Consejo de Seguridad—sobre este punto hemos de volver—, sin embargo, no por eso deja de ser ridículo que la CI—en la Asamblea se halla representada toda la CI— se limite a hacer recomendaciones, meras recomendaciones.

d) El Consejo de Seguridad es el ejecutivo de las Naciones Unidas. Tiene tres falencias, a mi criterio: 1. está formado tan sólo por quince miembros, cinco de los cuales son permanentes, las cinco grandes potencias; 2. cada una de estas tiene el famoso derecho al veto, lo cual contradice de manera directa uno de los principios más importantes de la CI, la igualdad de derechos de los Estados (Arts. 1 y 2); y 3. concentra mucho poder y funciones importantísimas de la CI (admisión de miembros, exclusividad de funcionamiento, mantenimiento de la paz y seguridades internacionales, establecimiento de condiciones, arreglo pacífico de controversias, acciones en caso de quebrantamientos a la paz, administración fiduciaria de zonas estratégicas, reformas a la Carta, etc.). Todas estas funciones han sido perjudicadas por las fallas del Consejo de Seguridad. Por esto es que cada vez se hace necesario superar el actual ordenamiento internacional. Exigimos de las grandes potencias la cooperación para alcanzar el bien común de la CI.

e) Finalmente, es indispensable que cuanto antes todos los Estados formen parte de la organización que, a pesar de sus falencias, tiende a constituirse en la Comunidad Internacional Universal.

Bibliografía

- D'ORS, Alvaro, *Una introducción al estudio del derecho*, 4a. ed., Madrid, Ediciones Rialp, S.A., 1979.
- JUAN PABLO II, *Carta Encíclica Sollicitudo Rei Socialis*, Quito, Conferencia Episcopal Ecuatoriana, 1987.
- KUHN, Helmut, *El Estado*, Madrid, Ediciones Rialp, S.A., 1979.
- LECLERQ, Jacques, *El Derecho y la Sociedad*, Barcelona, Editorial Herder, 1965.
- MESSNER, Johannes, *Ética social, política y económica a la luz del Derecho Natural*, Madrid, Ediciones Rialp, S. A., 1967.
- UNION INTERNACIONAL DE ESTUDIOS SOCIALES, *Códigos de Malinas*, 3a. ed. esp., Santander, Editorial Sal Terrae, 1962.
- VERDROSS, Alfred, *Derecho Internacional público*, 6a. ed., Madrid, Aguilar, 1982.
- NACIONES UNIDAS, *Carta de las Naciones Unidas*, Nueva York, Servicios de Información Pública.

ECOLOGIA Y DERECHO

Los problemas legales de los parques nacionales

Lcdo. Vladimir Serrano

Introducción.- La idea errónea, que la única utilidad de los Parques Nacionales, constituía el mantenimiento del paisaje y por ende sensaciones estéticas para los seres humanos, afortunadamente en los últimos tiempos ha cambiado, puesto que se comienza a reconocer la enorme riqueza fitogenética y en general biológica que los ecosistemas prístimos guardan.

El fantasma del hambre, por razones de orden demográfico y económico social cada vez se cierne con más fuerza sobre el Planeta, imponiéndose la búsqueda de nuevos recursos alimenticios y también medicinales. La pobre selección que a lo largo de su historia, el hombre ha efectuado de unos cuantos vegetales para su uso, fue directamente en detrimento de otros que han desaparecido de la faz terrestre, los mismos que guardaban innumerables potencialidades para beneficio de los seres humanos. Hoy se ha comprendido que por estas razones la conservación de la naturaleza, condicionará a futuro la vida humana, puesto que no somos más que autores de transformaciones, toda la materia prima nos aporta "Natura", sin ella simplemente sucumbiremos.

Fruto de estos razonamientos debe ser una adecuada política para el mantenimiento de los Parques Nacionales y Reservas equivalentes. Y cuando se menciona la expresión política no se debe entender por tal, solamente la decisión estatal, sino el compromiso que toda la sociedad asu-

* Miembro del Movimiento Ecologista Ecuatoriano y coordinador de la Comisión de Auditoría del CEDEIHIA; autor de: "Ecología y Derecho", "Economía y Ecología" y otras publicaciones.

me para darse una regulación en orden a conseguir su bien común, siendo ésta la categorización adecuada para juzgar la legislación nacional e internacional sobre los Parques y las Reservas Naturales.

En el caso ecuatoriano si bien es cierto que hace algunos años se establecieron áreas protegidas de naturaleza virgen, la verdad es que en mucho por despreocupación estatal y en más por falta de una sociedad civil organizada, dispuesta a defender al medio ambiente natural, el tratamiento que en el país se ha dado a estas reservas deja muchísimo que desear; por lo tanto conviene analizar el contenido de las leyes, a fin de determinar lo positivo y lo negativo de ellas y sobre todo procurar su conocimiento por el mayor número de ciudadanos posibles.

Esto último debe constituirse en una meta de los Grupos Ecologistas quienes enfrentan el desafío de transmitir al gran público no iniciado, abstractos conceptos legales, pero éste es fundamental, puesto que como bien lo dice Murray Bookchin, "el movimiento ecologista es sustancialmente didáctico".

En esta línea precisamente se enrumbará este artículo, intentado transmitir algo de información comentada sobre lo que constituyen legalmente los Parques Nacionales, su historia y lo que se debería hacer a futuro para su mejor mantenimiento y conservación.

Los parques nacionales en la historia

Los descubrimientos arqueológicos, han determinado que el hombre del Paleolítico fue un gran destructor de bosques, puesto que los incendiaba, más allá de lo imprescindible para la cacería. Por otra parte, las primeras culturas humanas de gran desarrollo, diezmaron los bosques, con miras a la utilización de la madera, especialmente en embarcaciones, Platón se queja lastimeramente de la pérdida del paisaje natural de su Grecia; y se conoce que los chinos no se quedaron atrás en sus afanes deforestadores. Mas aún el hermoso bosque interandino, sobretodo existente en los Andes ecuatoriales, fue destruido también, sin que hasta hoy logremos determinar con exactitud la época y los responsables.

Si bien el fenómeno descrito, constituyó un atentado, históricamente temprano sobre la biósfera, la verdad es que también surgieron personalidades conscientes sobre la necesidad de conservar la naturaleza. Simón Lyster, en su libro titulado "Legislación Internacional de la Vida Silvestre" (International Wildlife Law IUCH 1985), sostiene que las leyes para la protección de la vida silvestre han existido hace centurias. Los babilonios expidieron una legislación para la conservación forestal 1900 años antes de Cristo; Akhenaton Faraón de Egipto decreta la constitución de una reser-

va natural 1370 años antes de Cristo y Ashoka, Primer Emperador Budista de la India, a su vez expidió leyes tres siglos antes de Cristo, destinadas a proteger peces y animales, entre los cuales se debe mencionar al rinoceronte, así como también la prohibición de incendiar bosques.

En la Edad Media la constitución de los cotos de caza, aunque socialmente debe ser juzgada como una institución egoísta, marginante y clasista, en términos biológicos sirvió para el mantenimiento de especies animales y vegetales, tal el caso del actual Parque Nacional de Bialowieza, asentado sobre territorio polaco y cercano a la frontera soviética, uno de los pocos lugares donde aún se conserva la antigua vegetación nativa de Europa, donde también se ha logrado reproducir el visonte europeo que estuvo en absoluto peligro de extinción. Su declaratoria como zona protegida se produjo en 1921.

El hecho real de la constitución de los Parques Nacionales, hay que ubicarlos solamente en el Siglo XIX, en que se establecieron el Parque Nacional Yosemite, en plena Guerra de Secesión norteamericana en 1865, con lo cual se salvaron las milenarias secuoyas californianas, el Parque Nacional de Yellowstone en 1872, en donde por primera vez se apartaron deliberadamente enclaves naturales con la idea de conservarlos para todos los tiempos en beneficio del público y para su disfrute permanente.

A finales del siglo pasado habían adoptado este concepto el Canadá, Australia, Nueva Zelandia y México, en muchos de estos casos la idea de la protección de la naturaleza se juntó a la de posibilitar la subsistencia de las etnias aborígenes. Según Philippe W. Quigg (La protección de las Zonas Naturales Audobon/Serie Internacional No. 3 1978), el principio de la conservación por sí misma vino más tarde con las reservas para la vida salvaje en África y la India.

Además de Polonia en Europa, Suecia estableció sus Parques Nacionales en 1909 y Suiza creó uno que fue especialmente dedicado a la investigación científica a más del esparcimiento; en cambio en Gran Bretaña, Holanda, Alemania y Francia, esfuerzos conservacionistas se proyectaron desde grupos civiles organizados. Entre las dos devastadoras guerras mundiales crecieron significativamente los parques y reservas naturales en el continente europeo, y en 1933 se adoptó un convenio en Londres que dio la primera definición internacional de un parque nacional, que aunque expresamente se lo concibió para el África cuya variedad zoológica era enorme, el concepto tuvo un amplio alcance que todavía ha llegado a nuestros días.

En América el hecho más importante a relievase en pro de la conservación, fue la firma del "Convenio para la Protección de la Naturaleza y la Conservación de la Vida Silvestre en el Hemisferio Occidental", este trata-

do declara que los países miembros explorarán enseguida la posibilidad de crear en sus territorios parques y reservas nacionales, monumentos naturales y reservas exclusivas para la vida silvestre. Lamentablemente cuando el convenio entró en vigor en abril de 1942 el hemisferio estaba muy preocupado con otros asuntos, conflictos internos entre los países del área y la Segunda Guerra Mundial aunque individualmente, por supuesto, algunas naciones han llevado a cabo los objetivos del Convenio y sus definiciones de los tipos principales de zonas de conservación tuvieron una influencia considerable en Iberoamérica.

Para junio de 1976 la Organización de Estados Americanos (OEA) adoptó por unanimidad una resolución que solicitaba la puesta en práctica del Convenio, argumentándose en esta resolución la expansión sin precedentes de la población habida entre los años 40 y 76, la industrialización, y la explotación demográfica, han tenido una variedad de efectos nefastos incluyendo la excesiva explotación de las poblaciones de la vida silvestre, el deterioro de ecosistemas y la destrucción de habitats, la contaminación del medio ambiente por sustancias químicas y residuos de desperdicios y el agotamiento de recursos valiosos”.

Desde entonces y hasta la actualidad se le ha encargado a la Secretaría de la OEA, el ayudar a los países de la región en la investigación, planificación y administración de zonas protegidas. Se efectúan periódicamente reuniones técnicas, para revisar la categoría de todas las reservas.

Por lo manifestado sobre el Convenio para la Protección de la Naturaleza y la Conservación de la Vida Silvestre en el Hemisferio Occidental, es indispensable procurar su funcionamiento, puesto que si bien se trata de una Convención Internacional de Gobierno, no está por demás el que los grupos ecologistas y conservacionistas del área ejerzan las presiones necesarias.

En el esfuerzo de pasar revista a la legislación internacional americana, dentro del contexto de los Parques Nacionales en la historia no se puede, soslayar al llamado Pacto de Cooperación Amazónica, suscrito, el tres de julio de 1978, entre Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guyana, Perú, Suriname y Venezuela, que aunque su contenido es básicamente desarrollista y hasta podría constituir más bien factor de devastación en la Amazonía, cuenta con algunos artículos, en los que superficialmente se menciona la “preservación de la naturaleza y la conservación y utilización racional de estos territorios”. Esos artículos son el II, el VII, el XIII, y el XIV, todos los cuales se encaminan sobretodo a: promover la investigación científica y el intercambio de información técnica; propiciar cierta protección de las culturas indígenas (ver Amazonía Presente y ...?, el Pacto Amazónico, Vladimir Serrano, pág. 267).

La declaratoria de Reservas, se insinúa como que queda sujeta a la so-

beranía de cada país, sin que se abra ninguna posibilidad para considerar en términos de la conservación a la Amazonía en su conjunto, razón por la cual algunos Grupos Ecologistas y Nacionalidades Indígenas del área están pensando en una reunión, no gubernamental en Manaus, para tratar sobre las emergencias que vive el ecosistema amazónico, por lograr su subsistencia.

Determinaciones legales para la construcción de los Parques Nacionales

En el estudio de la legislación del Medio Ambiente Natural y con miras a una conceptualización jurídica más completa y protectora de la naturaleza, la definición de Parques Nacionales, es fundamental; por ello conviene, intentar reunir la mayor cantidad de elementos posibles, que delimiten adecuada y racionalmente esta definición.

Así se debe ante todo esgrimir los argumentos científicos, que motiven la constitución de los Parques, para inmediatamente después intentar la conceptualización jurídica.

En primer lugar es indispensable que el Planeta cuente con reservas naturales, por motivo de la salvaguardia de los recursos genéticos y la diversidad de las especies, puesto que se deben conservar ejemplares ancestrales de los que han descendido los cultivos actuales que nos sirven de alimentos y los animales domésticos modernos, cada uno de los cuales es más vulnerable en nuestros días, y por tanto, se requiere el mantener las especies originales. Igualmente a partir del plasma gremial, se puede desarrollar nuevas y variadas especies y más productivas, todo lo cual significa que se debe asegurar la supervivencia de la flora y la fauna salvajes, por sí mismas y por que tanto directa como indirectamente dependemos de ellas. Por otra parte se tiene que elaborar parámetros para poder medir y evaluar cualquier cambio inducido y causado por el impacto de las acciones humanas sobre el medio ambiente; y finalmente hay que permitir el curso normal sin intervención humana de los procesos evolutivos.

Un segundo grupo de razones según Philippe W. Quigg, para la existencia de los Parques Nacionales, en relación con los distintos grados de intervención humana sobre ellos, serían porque:

- Sirven como un depósito de plantas comestibles que pueden contribuir sustancialmente y aún y en forma ignorada a la alimentación del mundo. De aproximadamente ochenta mil plantas comestibles se han cultivado solamente cincuenta de manera intensa, y el 90% de la alimentación mundial procede de tan sólo doce especies.

Un estudio de la Academia Nacional de Ciencias de los Estados Unidos ha identificado ya unas treinta y seis plantas poco conocidas con grandes posibilidades aunque no todas como alimento.

Ofrecen la posibilidad de usar de modo extensivo animales salvajes como un alimento de alto contenido proteico mediante la ganadería de animales de caza y otras técnicas que utilizan solamente tierras marginales. En comparación con el ganado doméstico, los animales salvajes son productores más eficaces de carne, se adaptan mejor a los cambios climáticos, y como alimento son preferidos por las gentes locales. Apenas se han explorado las posibilidades de domesticar a nuevas especies o de cruzar animales domésticos y salvajes. Esta consideración de Quigg, desde luego será muy controversial para el ecologismo que proviene de líneas eticistas, de defensa de la vida originarias en el ahimsa oriental o del amor activo schweitzeriano.

Proporcionan laboratorios científicos irremplazables, tanto para las investigaciones básicas y aplicadas, así como posibilidades de desarrollar programas de educación formal e informal.

- Suministran muchas drogas importantes y la posibilidad de obtener otras más. Casi la mitad de todas las medicinas de receta obligatoria contienen una droga de origen natural como ingrediente activo. Solamente un grupo de medicaciones derivadas de plantas tropicales se utilizan para problemas cardíacos y en diversas formas de cáncer.

Sin embargo, apenas se han estudiado el cinco por ciento de todas las plantas en cuanto a su valor medicinal.

- Ofrecen los entornos de monumentos culturales, arqueológicos, y naturales, paisajes de interés histórico, y formaciones geológicas no frecuentes.

- Salvaguardan a las cuencas hidrográficas y los sumideros para asegurar un caudal y calidad de agua adecuados hasta las desembocaduras, para minimizar las inundaciones, prevenir la erosión y reducir las sedimentaciones, ya que en su conjunto pueden ser vitales para la salud humana, la agricultura, la irrigación, las pesquerías, la energía, el transporte, y el esparcimiento.

- Constituyen importantes fuentes de divisas para el turismo.

- Proporcionan madera y pastos en base a una administración cuidadosa de rendimiento sostenible.

- Responden a la necesidad de una industrialización cada vez mayor de productos nuevos, sobretudo aceites, fibras, gomas, ceras, especies, resinas, materias de curtir y teñir, e ingredientes para bebidas alcohólicas.

El peso de la argumentación científica enunciada, que a su vez se convierte en principios filosóficos biofilistas (de amistad hacia la vida), no pue-

den ser desatendidas por el Derecho cuya conceptualización sobre la Naturaleza, tradicionalmente ha sido de “cosa”, sujeta a los atributos del dominio, es decir la posibilidad humana de usar, abusar (sobreusar) y desechar, con lo cual la Ley contribuyó enormemente a su devastación. Llegó la hora de un nuevo planteamiento jurídico, y al menos la discusión del mismo ha comenzado desde la década de los sesenta. Los profesores Sand y Cano, sostienen la necesidad de involucrar a los Parques y Reservas Naturales dentro de la concepción globalizante de Medio Ambiente Humano, lo cual tiene el mérito de iniciar una preocupación jurídica sobre las reservas naturales, pero el defecto de no alejarse mucho de los peligros de cosificación de la legislación de *sustratum*, civilista-mercantil; en cambio el español Ramón Martín Mateo considera la posibilidad de un tratamiento exclusivo, jurídicamente hablando para los parques y reservas naturales, aunque no lo trata in extenso en su obra sobre Derecho Ambiental. El abogado alemán chileno Godofredo Stutzin, cuya actividad conservacionista estuvo, fuertemente ligada a la defensa de los animales y vegetales, durante treinta años ha sido capaz de plantear, mucho más innovadoramente, un Derecho, donde la naturaleza ya no sería solamente un objeto, sino un sujeto de derechos, más allá de la idea ambientalista del bien jurídico-protegido. En ese orden de cosas el plantemiento stutziniano, va en orden a constituir un patrimonio de la naturaleza e incluso al hecho de dotarla de personería jurídica.

Procurando sintetizar las ideas de estos autores, pero tomando en especial consideración los planteamientos del abogado Stutzin, el autor del presente artículo cree indispensable la estructuración y sistematización de un régimen jurídico especial para el Medio Ambiente Natural (ver “Ecología y Derecho”, Serrano, Feso, 1987), en el cual la idea de la protección de la naturaleza virgen, concepto del conservacionista inglés F.F. Darling, así como su manejo y aprovechamiento racional deben ser los elementos jurídicos informantes.

Dentro de este contexto el sistema de parques Nacionales y Reservas equivalentes, su Ley especial así como otras normas reguladoras se constituyen en la columna vertebral del sistema.

Finalmente, un refuerzo internacional para el desarrollo del Derecho Ecológico o de *sustratum* básicamente biófilo, viene dado por la Carta Mundial de la Naturaleza, expedida por el trigésimo séptimo período ordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

La legislación de Parques Nacionales en el Ecuador

Las preocupaciones conservacionistas, en términos legislativos en el

Ecuador son algo tardías, según Galo Larrea (“Patrimonio Natural y Cultural Ecuatoriano”, Banco Central, 1982, el primer Parque Nacional, fue constituido en territorio de las Islas Galápagos, mediante decreto No. 31 del 14-V-1936, para lo cual en los considerando se alega:

“Que existe el peligro de que llegue a extinguirse totalmente la fauna del Archipiélago de Colón, a causa de las depredaciones cometidas por viajeros y turistas inescrupulosos;

Que esto constituiría una pérdida irreparable para la ciencia; que es urgente el dictar los medios más convenientes para conservar y aumentar dicha fauna;

Que incumbe al gobierno crear las condiciones favorables para el estudio detenido y rigurosamente científico de todo lo relacionado con la climatología, fauna, flora, geología y oceanografía, en las islas que forman el Archipiélago, así como de la biología de los animales marinos y terrestres...;

Que es deber de los poderes públicos propender al desarrollo de las ciencias y velar porque se realice todo aquello que significa progreso cultural.

Inmediatamente después, se inicia el texto ejecutivo del decreto, delimitando el área del Parque Nacional, prohibiendo la caza y captura de animales, y creando los mecanismos necesarios para el cumplimiento del decreto. La motivación original para la declaratoria del primer parque nacional ecuatoriano, como se podrá observar es de carácter científico y por lo tanto considera un solo aspecto de los múltiples que caracterizan a las reservas naturales. Obviamente esto no obsta para reconocer que con este gesto, se inició el cambio de actitud sobre uno de los territorios biológicamente más ricos del planeta, el que sin embargo hasta fines de la década de los cincuenta, seguiría constituyendo una colonia penal.

Manteniendo la línea de estudio de Larrea, a continuación nos encontramos con decretos destinados a la protección de flora y fauna, a partir de 1959, que sobretodo incluyen a las mismas Galápagos y la creación de otros Parques Nacionales o reservas, como el caso de la Cayapas-Cotopaxi, mediante decreto 1468 del 29-VIII-1968: el Parque Nacional Cotopaxi por acuerdo ministerial No. 0259-A del 15-VIII-1975; la reserva nacional constituida sobre el Volcán Sangay y tierras adyacentes por acuerdo ministerial No. 0190 del 16-VI-1975; la constitución del área nacional de recreación sobre la zona del Cajas, mediante acuerdo interministerial No. 0203 del 6-VI-1977, faltan obviamente, por efecto del tiempo en que el autor publicó su libro, alusiones informativas a la constitución de los Parques Nacionales y áreas de reserva de Cubayeno y Yasuní en la región amazónica, Machalilla en Manabí y Podocarpus en Loja, así como otras que se les ha determinado solamente en los últimos tres años, e incluso nuevas cate-

gorías de zonas de reserva, como los Bosques Protectores que van cobrando gran importancia, tal el caso del Pasochoa y el Bosque de Nambillo y Cordilleras de Mindo.

La primera Ley de Parques Nacionales y Reservas, aparece el 27 de agosto de 1971, como producto de las recomendaciones del Congreso de Flora y Fauna Amazónica, realizado en noviembre del año anterior en Quito y de la segunda jornada latinoamericana de Parques Nacionales celebrada en la misma ciudad del 28 al 30 de ese mes y año, pero aparte de esos eventos el gobierno de Velasco Ibarra resuelve aquel mismo año el ingreso del Ecuador a U.I.C.M

La esencia de esta Ley, que cuenta con apenas veinte artículos, se encaminaba a regular las actividades humanas dentro de la zona protegida, a determinar el sistema de administración, y sobretodo a reglamentar los aspectos turísticos, aunque carecía de definiciones indispensables sobre la naturaleza de las reservas y manejos integrales.

Entre la década de los veinte y la de los ochenta cabe hablar de una furibundez legislativa en materia forestal. Para comprobar esta afirmación basta contabilizar el número de decretos y leyes que derogó “La Ley Forestal y de Conservación de Areas Naturales y Vida Silvestre”, los mismos que llegan a veinte o más, circunstancia que obviamente presentaba enormes dificultades de aplicación jurídica de esos instrumentos y lo que es peor aún de una adecuada administración de las áreas naturales.

Con el apareamiento de este último instrumento jurídico, que si bien no lleva la denominación oficial de Código, está muy cerca de serlo, se ha logrado en mucho aclarar los contenidos de las normas y posibilitar su aplicación, puesto que el contenido de la Ley involucra los siguientes aspectos fundamentales:

Un título primero encaminado a regular la actividad forestal en general en el país, iniciándose con una Declaratoria Patrimonial del Estado y la obligación del Ministerio de Agricultura de determinar los límites de ese patrimonio, tarea iniciada hace pocos años y de extrema dificultad y conflicto, puesto que ha acarreado enfrentamientos, sobretodo en zonas, afortunadamente aún boscosas, con colonos y etnias indígenas, donde el criterio a veces estremadamente legalicista (que no es lo mismo que legal) de los encargados de la determinación, suscita esos inconvenientes. Desde luego que parece socialmente deseable aquella intervención estatal, mas no se puede desconocer la antigua patrimonialidad de facto que poseen sobretodo las etnias asentadas sobre el territorio de delimitación; en tal caso, convendría el establecimiento de regulaciones legales más claras, que permitan antes que integrar esos territorios al Estado, simplemente propiciar su adecuado manejo.

En el capítulo segundo de este título primero encontramos, las conceptualizaciones sobre los Bosques y Vegetación Protectores, determinándose los requisitos para la constitución de tales, los mismos que obedecen a razones de orden ecológica.

A continuación en el capítulo tercero se trata de las Tierras Forestales y los bosques de propiedad privada, en los que aparecen las reglas destinadas al aprovechamiento económico forestal, capítulo en el cual se inserta la obligación de reforestar y se propicia la capacitación para el ejercicio de actividades forestales.

El título segundo es el que trata propiamente de las áreas naturales y de la flora y fauna silvestre, nuevamente se entrega su patrimonio al Estado y corresponde al Ministerio de Agricultura su determinación y limitación mediante acuerdos, debiendo además controlar la cacería, prevenir y controlar la contaminación ambiental; proteger y evitar la eliminación de especies de flora y fauna silvestres amenazadas o en proceso de extinción; establecer zoológicos, viveros, jardines de plantas silvestres y estaciones de investigación para la reproducción y fomento de la flora y fauna silvestres.

En el artículo 70 se clasifican las áreas naturales del patrimonio del Estado, las que son:

- a) Parques Nacionales;
- b) Reserva Ecológica;
- c) Refugio de Vida Silvestre;
- d) Reservas Biológicas;
- e) Áreas Nacionales de recreación; y
- f) Reserva de producción de fauna.

El artículo 71 dice: “que el patrimonio de áreas naturales del Estado deberá conservarse inalterado. A este efecto se formularán planes de ordenamiento de cada una de éstas áreas.

Siendo muy importante las determinaciones de este artículo, pues entrega la posibilidad de la expropiación, para la constitución de las áreas de reserva, socialmente a la larga aquello puede constituirse en un obstáculo, sobretudo con propiedades privadas, pertenecientes a comunidades campesinas o a etnias aborígenes, tal como se manifestó con anterioridad; si a eso se agrega el hecho de que algunos propietarios privados, quisieran destinar zonas de sus fundos a mantener los procesos ecológicos normales, sin intervenir utilitariamente sobre ellos, conviene una reforma legal que establezca, algo semejante a lo que en los Estados Unidos, se conoce como la “servidumbre de la conservación”, esto es que el propietario queda obligado, al mantenimiento de la flora y la fauna originarias a perpetuidad, siendo retribuido por el Estado con exoneración de impuestos. La

propuesta para el Ecuador, se encaminaría a una limitación del dominio y por lo tanto los propietarios privados cuyas tierras se asientan sobre zonas de interés ecológico, no podrían talar o aprovechar, más allá de los dictados del Ministerio de Agricultura, incluso podrían suscribir un contrato con esa Secretaría de Estado quien quedaría obligada a proporcionarles, asistencia técnica para la conservación gratuitamente.

La formulación anterior, demandaría una reforma al artículo 73 de la Ley que por hoy simplemente determina la reversión de tierras al Estado para la creación de las áreas naturales de reserva.

Concluyendo este breve estudio sobre la Ley Forestal, es indispensable señalar, la debilidad de los artículos a la protección de la fauna silvestre, y esto tanto en la Ley como en el Reglamento. Igualmente tal comentario cabe hacerlo acerca de las penas establecidas para los infractores de la Ley. Sin embargo, eso debe ser materia a tratarse, específicamente en la elaboración de un Derecho Penal Ecológico.

No puedo desaprovechar las páginas de la Revista Colibrí para hacer alguna reflexión, sobre la necesidad de que el Congreso Nacional asuma con mayor responsabilidad los temas relativos a la Naturaleza y el Medio Ambiente. Su presidente facultado reglamentariamente para ello, ha nominado una comisión llamada “De Defensa del Medio Ambiente”, constituyéndose ésta, la tercera vez en que el Parlamento Ecuatoriano, destaca una comisión especializada en Medio Ambiente.

En las otras dos oportunidades fracasaron los intentos, orientados a la dictación de una ley destinada a la protección de la Naturaleza y la conservación del Medio Ambiente, los motivos para esos fracasos son innumerables y deberán ser objeto de un nuevo artículo en el cual se consigne una descripción histórica de las relaciones del Estado con la naturaleza en el Ecuador. Por ahora sólo nos resta hacer votos, porque los nuevos comisionados a pesar de su extrema pluralidad política, lleguen a consensos y el Ecuador pueda contar con una legislación, verdaderamente protectora de la Naturaleza y el Medio Ambiente.

Naturaleza y Etica

Bruno Pineda Cordero

El problema de degradación del medio ambiente en el planeta y de la misma degradación del hombre que la destrucción del medio conlleva, tiene más de una causa, pese a que tiene un sólo causante, el hombre, vamos a tratar de explicar algunas de estas causas.

I. La evolución del hombre frente a su medio

El proceso de degradación de la naturaleza no ha sido lineal y permanente desde la aparición de los hombres, este proceso ha variado en relación con el grado de evolución de esta especie y con los hechos que ha tenido gran influencia en esta evolución.

Los primeros homínidos, según los últimos descubrimientos antropológicos, atravesaron un período de casi dos millones de años en los cuales sólo tenían una pequeña capacidad de caza, un limitado uso de herramientas y casi ninguna posibilidad de creación. Por lo mismo en esta etapa no pudieron introducir cambio o transformación alguna en su entorno. Actuaron en esa época como cualquier otro animal que utiliza el mínimo necesario de recursos para su mantenimiento. Sus condiciones como especie eran bastante precarias, era un animal pequeño, sin que su cuerpo contase con grandes medios de defensa ni de ataque.

Esta desprotección obligó a que el hombre tuviese necesidad de utilizar herramientas para su defensa y subsistencia, el uso de estas herramientas potenció un mayor desarrollo cerebral. Este es quizás el hecho que inicia el impresionante desarrollo alcanzado por la especie. Pero es sobre todo otro hecho fundamental, el uso y el dominio del fuego (aproxima-

damente en los últimos cien mil años), lo que da comienzo a la era en que el hombre se convierte en la especie más poderosa de la tierra, liberándose casi totalmente del peligro que significaban otras especies para su supervivencia y permitiendo una gran capacidad de aprovechamiento del medio y del tiempo. Es a partir de este hecho que surge el lenguaje humano como lo conocemos actualmente. El fuego permite además que el hombre aproveche de diferente manera sus fuentes de alimentación, transforma radicalmente su relación con el entorno y su condición como ser vivo, ya no será nunca más un simple recolector y un cazador furtivo, organizará su depredación y obtendrá alimentos no sólo para subsistir sino para acumularlos y guardarlos. El poder que le da el fuego ya produce los primeros estragos sobre la naturaleza, se elimina ciertas especies por sobreaprovechamiento, se producen grandes incendios que originan desertificación y desaparición de especies animales y vegetales.

Posteriormente otro hecho, la aparición de la agricultura (aproximadamente hace diez mil años), origina otro cambio sustancial en la relación del hombre con su medio ambiente, el hombre se gregariza, organiza las primeras comunidades estables, las primeras ciudades. Esto viene acompañado de la domesticación de ciertos animales, la eliminación de grandes bosques para convertirlos en sembradíos, lugares que posteriormente se convirtieron en desiertos, la eliminación de especies animales surgida de la tala indiscriminada y también realizada de manera deliberada para proteger a los animales domésticos.

Es la aparición de la agricultura y su posterior desarrollo la que marca ya la ruptura entre el hombre y la naturaleza. El hombre modifica el medio ambiente para aprovecharlo y obtener de él la mayor utilidad. En esta época es que, como ejemplo de la brutal transformación que origina la agricultura exhaustiva sobre el medio, se produce la desertificación de la isla de Pascua, la desertificación de la parte occidental del Sahara, la destrucción del enorme e ininterrumpido bosque que existía en Europa entre los Pirineos y los Urales, del cual sólo quedan para recordarlo bosques como el de las Ardenas y otros bosques pequeños y aislados.

El proceso de degradación se acelera, y en proporción geométrica con el desarrollo que se dio en el campo tecnológico a partir del Renacimiento europeo. La aparición de la máquina de vapor (1770) acelera en medida casi incalculable el desarrollo tecnológico de la especie, facilita aún más los medios de comunicación y el acceso de los hombres “civilizados” a todo el planeta. Se produce, para eliminar estas máquinas una búsqueda y utilización indiscriminada de combustibles fósiles (carbón, madera). Esto trae como consecuencia la aparición por primera vez en la historia del hombre de la polución inorgánica artificial, que ya desde mediados del siglo pasado ha venido produciendo cambios enormes en el entorno y en el

clima.

A partir de mediados del siglo pasado se descubren nuevos tipos de energía y se inicia la construcción de grandes obras de infraestructura para aprovechar sus fuentes. Las grandes presas han producido una destrucción ilimitada del medio. Además el calor generado por la maquinaria y la polución de ésta, sumada al peligro que representa el uso de la energía nuclear (aunque sea con fines pacíficos) están colocando al planeta en una situación límite que de continuar incrementándose o simplemente manteniéndose, lo enfrentan a la desaparición de la vida, a más tardar a finales del siglo XXII (en dos siglos).

Como se ha visto es errado decir que la destrucción del medio ambiente por el hombre es un proceso que surge sólo desde la aceleración del progreso tecnológico en estos tres últimos siglos, más bien sabemos que esta destrucción se ha originado desde hace más de diez mil años por aquellos pueblos a los que románticamente se los añora como un modelo de armonía y paz con la naturaleza (esto se ve demostrado por la destrucción de la vida en la isla de Pascua o en el desierto de Mojave por los Ananazi). La degradación del medio se ha producido cada vez que el hombre ha introducido cambios, aunque parezcan mínimos, en el ciclo natural, inclusive con fines “buenos” como repoblación y reforestación, lo que ha variado es el ritmo de estos cambios por el desarrollo desenfrenado de la tecnología a la cual nos encontramos actualmente sometidos los hombres, por la sobrepoblación humana sobre la tierra que genera una presión insoportable, una sobreexplotación y un agotamiento de las fuentes de alimentación y de vida.

II. La evolución de las ideas sobre la naturaleza

La concepción humana sobre la naturaleza y el pensamiento humano sobre su ubicación en la misma ha sido a mi manera de ver una de las principales causantes de la debacle ecológica y humana que estamos viendo y pese a que aún existen y han existido pueblos que sostienen diferentes formas de pensar sobre la naturaleza y sobre sí mismos, la concepción mayoritaria del mundo occidental y civilizado es la que se impone, esta concepción también ha tenido un proceso de elaboración y unas fuentes directas que pasaré a esbozar.

Nuestro pensamiento occidental tiene como fuente principal el saber de Grecia, originado a partir del siglo VIII antes de Cristo. Respecto al hombre y a la naturaleza la mayor elaboración surge a partir de Sócrates, aunque ya en Pitágoras se puede encontrar una posición determinada con su desprecio de la realidad sensible y su veneración de los números y de lo ideal. Luego Sócrates, al menos el que muestra Platón, parece despreciar

o desconocer el análisis de la naturaleza y se olvida de ella para centrarse exclusivamente en el hombre.

Platón, sin duda el filósofo griego más influyente, desgraciadamente, establece primeramente una separación radical entre cuerpo y alma humanas, convierte al alma del hombre más no a su cuerpo en el sujeto central y casi único en el planeta, el centro del mundo y su única justificación, el resto sólo quedan como objetos a su disposición. Desprecia todo lo sensible como fuente de error, inclusive de maldad y corruptibilidad. Por el contrario dice que sólo las ideas son fuente de la belleza y de la bondad, dice que el alma y las ideas están por encima del cuerpo y lo sensible, inclusive sostiene que lo único real es lo que existe en el mundo de las ideas y que lo sensible es sólo una desfiguración, una adulteración de aquellas.

Aristóteles conoce y reivindica a la naturaleza pero con fines utilitaristas, como objeto de estudio. Solamente Isócrates, el otro discípulo de Sócrates y Diógenes el Cínico, discípulo de éste, muestran una visión más cercana a naturaleza más respetuosa con la vida, poniendo en duda la absoluta primacía de la razón y de las ideas sobre lo sensible. Sin embargo de entre todo el pensamiento griego es la visión platónica la que más influencia tendría y tiene sobre el pensamiento actual y también en gran manera en lo que respecta a la naturaleza y en lo que respecta a la posición del hombre en ella.

Por otro lado la visión judaica tiene una gran influencia sobre la concepción del hombre y de la naturaleza. Según la tradición judía el hombre fue creado como amo sobre toda la naturaleza, de la cual puede disponer, aparentemente, a su arbitrio. El hombre es entonces no sólo el centro de la creación sino también el dueño de la misma, de esto algunos infieren que el hombre puede hacer absolutamente todo lo que quiera con ella, incluso destruirla.

Estas dos concepciones, la platónica y la judaica, se funden en los primeros años de difusión y expansión del cristianismo. Involuntariamente los Padres de la Iglesia, al utilizar el idioma griego, toman casi la mayoría de los conceptos platónicos que estaban inmersos en esta lengua y en esa civilización, así los introducen en el lenguaje cristiano y los hacen aparecer como parte de la cosmovisión cristiana.

De esta fusión surgen algunos conceptos muy determinantes: primeramente reaparece la idea platónica de la dicotomía entre cuerpo y alma, el cuerpo y lo sensible se convierten en el origen y la fuente del pecado, por lo tanto se pasa a un total desprecio del cuerpo y de todo lo existente en la naturaleza, a la cual se la ve llena de demonios, brujas, mal, muerte y perdición para el alma del cristiano. Se desprecia y aún se llega a odiar la naturaleza, por ser el refugio del paganismo en Europa, razón por la cual con fi-

nes de purificación se destruyen fuentes, arboledas. Se llega a estimatizar como demoníacas lagunas, ríos, bosques, montañas, etc.

Otra concepción platónica que reaparece es aquella que sostenía que el alma, lo espiritual tiene preminencia sobre lo sensible. Esta creencia mezclada con la tradición judía que dice que el hombre es el amo de la creación han llevado a muchos a pensar que nada que no sea el alma del hombre tiene importancia, que se puede destruir, quemar, matar animales e incluso personas si es que se respeta su alma, que todo lo existente en el universo es patrimonio del hombre.

Esta concepción de la naturaleza y del hombre fue la imperante en las ideas cristianas hasta finales de la edad media (y la que en las mentes de algunas personas que se dicen cristianas aún impera). Dentro del cristianismo, sin embargo, hay un fenómeno que debe ser tomado en cuenta dentro de la cosmovisión de los cristianos sobre el hombre y la naturaleza, este fenómeno es el surgimiento de algo que podríamos llamar el naturalismo de San Francisco de Asís y sus más fieles seguidores. Este, buscando un acercamiento a Dios a través de la humildad y de la simpleza, alejado de la ascética razón escolástica y del poder y absolutamente fiel a la doctrina de la Iglesia, llega a establecer un equilibrio con la naturaleza, a través de él se da lo que Chesterton llamó la restauración y la purificación de la naturaleza pagana. Francisco proclama la necesidad del respeto a todo lo que existe, sobre todo de lo débil, de lo pequeño. Proclama un amor absoluto por la creación, no por sí misma sino por haber sido hecha por Dios, la creación también por ser el templo de Dios y el hombre como otro hermano de lo que existe, no es dueño sino otra criatura del Creador, y es hermano y criatura porque también es parte de la maravillosa creación de Dios. En breve, San Francisco proclama el amor a la naturaleza porque en ella ve un reflejo de Dios. Esta hermosa cosmovisión de los primeros franciscanos lastimosamente ha sido superada y reducida al nivel de anécdota, o de una locura, a pesar de ante todo se trató y se trata de una praxis, un modo de vida.

Posteriormente con el Renacimiento se da un retorno a la naturaleza, pero éste dura muy poco tiempo, las tesis iluministas que surgen y dominan la época (sobre todo desde el siglo XVII) desarrollan la idea del progreso ilimitado, la creencia de que la naturaleza es una fuente inagotable de recursos, y que debe ser explotada en la medida en que sea necesario para el progreso del hombre. Partiendo de esta doctrina iluminista, y tomando como base las premisas mencionadas, el positivismo exagera aún más el culto al progreso y al desarrollo y las dos vertientes que ha tenido el positivismo, la corriente liberal y la corriente marxista, han recogido estos conceptos sobre el hombre y la naturaleza sin reformularlos ni mejorarlos en lo más mínimo.

Gracias a estas dos vertientes continuadoras del positivismo, el liberalismo y el marxismo, el culto al progreso y al mismo tiempo el desprecio a la vida se han mantenido imperceptiblemente pero también determinan-temente en el desarrollo de la cultura de Occidente en este siglo y esto es quizás una de las causas por las cuales no nos hemos cuestionado sobre el progreso y sobre la destrucción de la vida sino a partir de la mitad de este siglo.

Es evidente como estas concepciones de la naturaleza, la cristiano-platónica y la positivista han influido y determinado la cultura y el comportamiento del hombre occidental y civilizado, son también y en gran medida causantes del asolamiento del espacio vital del hombre.

Conclusión

Reformulación de la ética de la naturaleza

El problema de la destrucción del medio ambiente y de la vida en el planeta no es un hecho que pueda ser pasado por alto por el hombre, este problema tiene causas y consecuencias directas en el mismo hombre y estas consecuencias no sólo tienen que ver con la subsistencia física del ser humano en el planeta también tienen trascendental importancia en la subsistencia de la humanidad” del ser humano, de aquello que verdaderamente lo convierte en algo superior.

Estéticamente, con la destrucción de la naturaleza es evidente que el grado de amor a la belleza y lo vivo se extinguen casi completamente, en aquellos que sólo conocen el cemento y el hierro de nuestra civilizada sociedad no existe lugar para el arte. Y estando lo estético estrechamente vinculado a lo ético, entonces es también evidente que se produce una atrofia general de los sentimientos éticos en aquellos hombres que, completamente separados de la naturaleza, contemplan impasibles la muerte del entorno humano. La destrucción del entorno también tiene efectos psicológicos profundísimos, en esta civilización de masas aislada de la naturaleza, los hombres alienados de la naturaleza y de sí mismos solamente pueden existir en esos enormes termiteros que son las grandes ciudades, **desvalorizadas**, sin identidad pierden casi todo su sustrato humano y se **convierten** en sombras utilizables, manejables y ya manejadas para **destruir** a sus semejantes y a todo lo existente.

Este proceso de destrucción de la naturaleza también implica un **proceso** de deshumanización del hombre, una pérdida de valores y de comprensión de nosotros mismos y de lo que existe, es por esto imprescindible

reorganizar y reformular las concepciones del hombre sobre la naturaleza, se hace necesario una verdadera ética de la naturaleza basada en unos cuantos hechos que han sido olvidados por el hombre:

1. Los hombres no somos más que otra especie viva, una especie animal dotada, gracias a la filiación divina, de alma subsistente, animales racionales, pero a fin de cuentas, animales. Al menos en nuestra naturaleza animal somos parte del ciclo de la vida y por esto dependemos de ella
2. Los hombres no somos, ni individualmente ni como especie, dueños absolutos de la naturaleza, así como no somos dueños absolutos de nuestros cuerpos. Todo lo contrario, somos responsables ante las generaciones futuras y ante el Creador de todo lo existente del destino que le demos. La Iglesia Católica ha empezado a pronunciarse por el problema y en la Encíclica Sollicitudo Rei Socialis señala que no se puede abusar de los seres vivos ni de la vida en general, que todo es parte de un sistema ordenado, se desprende de esto también nuestra misión de administradores responsables de la creación.
3. Los hombres en consecuencia de nuestra filiación divina y de la responsabilidad que tenemos sobre todos nuestros actos libres, tenemos la obligación de mantener la vida y de luchar por la vida, de la cual somos parte.

Basándonos en estas premisas debemos establecer una ética de la naturaleza que permita la conservación de la vida, lo que implica la conservación de todas las especies vivas empezando por la vida humana, esta ética tiene que tomar en cuenta creencias de otras culturas, absurdamente consideradas inferiores, culturas que han mantenido una armonía con la naturaleza, es necesario comprender las lecciones que la historia nos ha dado y aprender de esos pueblos como ser, como existir sin destruir.

Para esto es necesario también deshacernos de muchos mitos de nuestra sociedad desarrollista. Mitos como la necesidad de acumular, de tener más de lo necesario para vivir, habrá que sacrificar también un poco de la comodidad, sin duda habrá que detener y reelaborar el desarrollo humano, lo cual no significa necesariamente la destrucción de la tecnología ni un retorno al pasado (cosa imposible) sino una humanización del progreso tomando en cuenta a todos los hombres y tomando en cuenta la vida del planeta.

Y no tenemos que ir muy lejos en lo que respecta a una ética de la naturaleza, ya en el siglo XIII un hombre considerado hasta ahora como loco por los partidarios de la razón pura, predicaba el derecho a la vida y el respeto de todo lo viviente, participaba del amor de Dios a todo lo vivo y se hermanaba con el resto de la creación.

Quisiera terminar con un extracto que el jefe Sioux Seattle dirigiera a un Presidente de los Estados Unidos a principios de este siglo:

“Esto sabemos: la tierra no pertenece al hombre, es el hombre el que pertenece a la tierra. Esto sabemos: todo va enlazado, como la sangre que une a una familia. Todo va enlazado.

Todo lo que le ocurra a la tierra les ocurrirá a los hijos de la tierra. El hombre no tejó la trama de la vida; él es sólo un hilo. Lo que hace con la trama se lo hace a sí mismo.

Ni siquiera el hombre blanco, cuyo Dios pasea y habla con él de amigo a amigo, queda exento del destino común. Después de todo, quizás seamos hermanos. Ya veremos.

Sabemos una cosa que quizás el hombre blanco descubra algún día: nuestro Dios es el mismo Dios”.

ACTIVIDAD ESTUDIANTIL

Discurso de posesión de Pablo Egas Reyes, Presidente de la Asociación Escuela de Derecho

Compañeros

Nos hemos convocado esta noche para reafirmar el compromiso de TRANSFORMACION UNIVERSITARIA, para con la Facultad de Jurisprudencia de esta Pontificia Universidad. Al asumir por tercer año consecutivo la dirección de la AED, se podría pensar que nuestras ideas se encuentran en un pasado no muy lejano, se encuentran en una pasividad frente a la responsabilidad que tenemos, se encuentran caducas por una indiferencia que en la mayoría de los casos ciega nuestro entendimiento, y yo les digo que las metas e ideales están más renovados que nunca, el accionar se ha innovado por nuestro desarrollo en el tiempo y la sociedad, y ante todo la mística de trabajo que tenemos es la única que se seguirá.

Se podría asegurar, en esta hora tan importante para la vida de la Facultad, que el trabajo y la responsabilidad que se nos viene es tan sólo personal, nada más equivocado que eso, es tiempo ya de unirnos verdaderamente, a través de una acción concertada, a fin de luchar por mejores días para cambiar esta realidad en la que nos desenvolvemos. Esta es una verdad que parte de nosotros hacia la Universidad y la Sociedad.

Es importante que el estudiante universitario tome conciencia de cuál es su verdadero papel en el conglomerado social. Este papel no puede traslucirse sino como una explosión de diversidad frente a un sistema imperante, no puede traslucirse sino como un signo de esperanza frente a un futuro incierto que nos espera. Es por esto que cada día se hace más importante el que la educación del universitario tienda a una formación integral de éste.

La Universidad Ecuatoriana debe aportar, de manera inminente, con profesionales de primer orden. Profesionales que no se queden con un título académico, que muchas veces no es sino una diferenciación más, un status diferente, en una problemática que de por sí es desigual. Debe aportar con personas que no tengan como objetivo primordial el sumar bienes y riquezas sino que busquen exhaustivamente el crecimiento de un país.

Existe una crisis generalizada en cuanto se refiere a la enseñanza universitaria a todo nivel, sin que nuestro centro de estudios sean una excepción. La mediocridad es el punto medio a la que nos lleva esta educación en la cual se nos convierte en entes de percepción y repetición constante de ideas y postulados, muchos de ellos caducos para una realidad actual. La educación universitaria debe entenderse como creación de algo, hacia algo y hacia alguien; debe entenderse como nuevas tendencias y discusiones de aquellos principios que anteriormente ya han sido analizados: debe entenderse como un aprendizaje concordado con la crítica, que tanta falta nos hace en estos últimos tiempos, en que la indiferencia nos llega a tal punto que nos convence que nuestro alrededor está bien.

Es necesario centrarse en una visión mucho más real de lo que representan cada uno de los estudios que se imparten en esta sede de la razón. En nuestro particular caso es imprescindible el desmitificar el derecho en sí, ya que se debe erradicar esa equivocada concepción de tomarlo en un sentido unitario, es decir, sólo como ciencia y sólo como profesión. Como ciencia, ya que no debemos estudiarlo, teniendo paredes como límites del conocimiento, sino que debemos abrírnos, concordar con otras disciplinas del conocimiento social, muy allegadas a la nuestra, como la Antropología, la Sociología, la Psicología, por nombrar algunas. Es importante que se revisen éstos con tanta profundidad como lo hacemos con los contenidos jurídicos, debido a que sólo de esta manera se podrá entender de mejor forma la situación existente con nuestra profesión tendiendo siempre a la dinamia en los conceptos y no en su estatismo al que estamos acostumbrados. Decía también que se lo toma únicamente como profesión, una profesión que al practicársela y ejecutársela se debe conocer de la mejor manera, envueltos encausados a ser buenos abogados de la injusticia. Y yo pregunto ¿Quién es mejor profesional: el que repite lo dicho o el que innova ese decir? ¿El que se limita a receptor lo establecido o el que investiga lo establecido para convertirlo en lo nuevo? Es una obligación seguir adelante porque estos postulados de reforma sigan floreciendo y madurando para poder cosechar racimos de transformadores e investigadores en un futuro no muy lejano.

Al estar nuevamente en esta tribuna, por la cual han transitado hombres de profundos ideales, no puedo sino aprovechar el momento para en-

viar un mensaje de vanguardia y trabajo, hacia esas personas que no quieren quedarse con lo que tienen, sino que aspiran a construir un ideal de estudiante verdadero, a fin de entregarse a esta causa, que es la causa de todos. Causa que implica el perfeccionamiento del ser humano en su aspecto total, entendiéndose esto en un sentido de proyección social y no individual. Es imprescindible el asegurar el concurso de los estudiantes en esta tarea.

Creemos en la Justicia, como medio canalizador y estabilizador del derecho, como medio regulador y precautelador de las relaciones humanas y la solidaridad, por tanto rechazamos todo intento de manipulación de la misma, a pretexto de entender y garantizar el estado de las cosas que hoy vivimos, convirtiéndonos en cómplices supremos de la desigualdad.

Creemos en la Democracia Participativa, vamos a pasar de la democracia formal a la auténtica, que es la antes anotada. Pensamos que es posible su aplicación en una realidad tan reducida como la nuestra. Una democracia participativa que tenga como base dos puntos fundamentales: amplitud y pluralismo. Amplitud porque nuestras puertas no se cerrarán a cualquier pensamiento canalizador del avance; y un Pluralismo entendido como el camino eficaz para la libre expresión del pensamiento.

Creemos en la Excelencia Académica, que en nuestro caso, se entiende como el canal competente para comprender el derecho en su proyección humana. Excelencia Académica que tiene como pilares principales a la actualización permanente de los contenidos del derecho, la investigación científica y por sobre todo la práctica constante de lo que aprendemos.

Es, así mismo, imprescindible el debatir sobre aquellos puntos propios de nuestra realidad universitaria, específicamente, puntos como la Libertad de Cátedra, Concurso de merecimientos, Reglamento de Títulos y Grados, Reglamento y Evaluación de Profesores, entre otros. Una discusión en la que se plasmen y estén representados los diferentes estamentos universitarios que conformamos el alma mater. Debate que no signifique deslealtad para con este centro de estudios sino que signifique discusión de tesis distintas, que signifique aporte renovado para la solución de esos problemas, y ante todo, que signifique tanto un crecimiento intelectual como humano, cuya única beneficiaria sea la universidad, institución a la cual nos debemos.

La labor que se lleve a cabo dentro de la Asociación Escuela de Derecho, debe sustentarse en una orientación política básica, que nos permita ser consecuentes con la Universidad y la Sociedad en que vivimos. Tal orientación debe dirigirse a defender las instituciones democráticas reconocidas universalmente: Debe dirigirse a conseguir una base de trabajo

conjunto, en la cual todos podemos participar, debe dirigirse a incentivar el nuevo pensamiento que tiene que darse en la actualidad; pero por sobre todo, debe dirigirse a la defensa total de la sensibilidad, como medio primigenio de entendimiento de una peculiaridad social.

No puedo terminar, sin antes agradecer a todos quienes conforman Transformación Universitaria, son ellos los que luego de una labor ejemplarizada y fructífera, tanto en la AED como en el grupo, han sabido llevar y sacar adelante los principios fundamentales que nos dirigieron a su formación. Metas y principios como al TRANSFORMACION, la RENOVACION y el CAMBIO.

Gracias a ti Juan y a ti Roberto, ustedes han sabido sembrar aquella simiente que está reverdeciendo en la actualidad, ustedes han construido ese camino que nos lleva a mirar más allá de nuestros corazones.

Gracias a Uds., Facultad de Jurisprudencia por confiar otra vez en TRANSFORMACION UNIVERSITARIA, sepan que esto no hace sino el comprometernos para trabajar denodadamente por el ideal de un movimiento estudiantil unificado.

PARA NOSOTROS LA TRANSFORMACION UNIVERSITARIA NO ES OBJETIVO FINAL SINO UNA TAREA PERMANENTE.

¡¡DIOS GUIE NUESTROS PASOS!!!

Muchas Gracias.

Informe de labores de la A.E.D. 1988-1989

Pablo Egas Reyes

Cuando asumimos el mandato de la Asociación Escuela de Derecho, por voluntad de los estudiantes de nuestra Facultad, teníamos como meta el servir al estudiante ante todo, y ser críticos con la realidad en que vivimos. Modestamente, creo que se ha alcanzado en algo dichos objetivos, dentro de este año de trabajo en la A.E.D., que se lo puede resumir en los siguientes puntos:

1. Campaña de Navidad

Iniciamos nuestra labor, desplegando una Campaña de Navidad en los Centros de Rehabilitación Social de Quito, tanto de varones como de mujeres. La coordinación de esta campaña estuvo a cargo del compañero Xavier Mena Vásquez, Vicepresidente de la Asociación Escuela de Derecho. Para el efecto, se invitó a los compañeros de la Facultad para que apoyen con material de aseo para las cárceles. Asimismo colaboramos efectivamente con la Dirección Nacional de Rehabilitación Social, para lograr que estos festejos tengan a más de un significado de solidaridad, un significado de ayuda para los reclusos. Visitamos la Cárcel de Mujeres, el Penal García Moreno y la Cárcel de la Calle Ambato, en total se homenajeó a un número aproximado de 2.000 internos. De igual forma la A.E.D. visitó el Hogar de menores "Virgilio Guerrero" para repartir fundas de caramelos.

Cabe resaltar el hecho de que diferentes grupos de estudiantes de la facultad visitaron también centros para realizar algún tipo de acto por las fiestas navideñas, así, se visitó el Leprocomio, el Hogar “Virgilio Guerrero”, hospitales, etc.

2. Evaluación de profesores

La Asociación Escuela de Derecho, luego de un arduo trabajo, a través de los representantes estudiantiles al Consejo de Facultad, compañeros Andrés Páez y José Gustavo Gortaire, presentó un nuevo proyecto de evaluación de profesores, al seno del máximo organismo académico de nuestra escuela, en la cual se hacían innovaciones transformadoras al ya viejo proyecto. El mencionado proyecto fue aprobado en un noventa por ciento por el Consejo de Facultad.

Seguidamente, junto con el Señor Decano, los compañeros Andrés Páez y Mario Flor, realizaron la evaluación respectiva, en la última semana del semestre académico anterior. Los resultados fueron tabulados en el Centro de cómputo de la Universidad y los mismos han sido entregados a los profesores de la facultad.

3. Cursos de nivelación

Como es ya tradicional, la A.E.D., organizó dos cursos de nivelación, en Enero y Agosto, para los estudiantes aspirantes a la Facultad. La responsabilidad de organizarlos cayó en la persona del compañero Héctor Olivo, en el primer caso, y del compañero Xavier Mena en el segundo, quienes se desempeñaron brillantemente, para sacar un trabajo que se caracterizó por la excelencia académica ante todo. Se programaron veinte conferencias, en cada uno de los cursos, distribuidas en dos semanas durante dos jornadas. Es satisfactorio mencionar que alumnos de nuestra facultad colaboraron libre y espontáneamente con dictar conferencias de vital importancia para los aspirantes.

4. Exposición fotográfica y conferencias sobre el problema social de la vivienda

Conjuntamente con la Federación de Clubes Unesco del Ecuador, la A.E.D., llevó a cabo una exposición fotográfica sobre el problema social de la vivienda en los corredores de la Facultad, donde se exhibieron alrededor de 100 láminas fotográficas sobre este problema latente en las grandes ur-

bes de nuestro país. Complementariamente, se realizaron dos paneles muy importantes que tuvieron la misma temática y en los que participaron personalidades de la talla de Arq. Milton Barragán Dumet, Lcdo. Vladimir Serrano, Arq. Fernando Carrión, Arq. Patricio Mena Durini, entre otros, quienes con su esclarecedor criterio nos informaron sobre este lacerante problema. Toda la organización de este evento estuvo a cargo del compañero Francisco López, quien se desempeñó de una manera brillante a fin de que se tenga el éxito deseado.

5. Semana de la violencia contra la mujer

La Asociación Escuela de Derecho, conciente del maltrato que sufre la mujer en general en la sociedad ecuatoriana, organizó una semana para tratar el caso de la violencia contra la Mujer. Este evento consistió principalmente en una invitación a los diferentes grupos políticos de la facultad, para elaborar periódicos murales sobre el tema mencionado. Colaboraron únicamente *Transformación Universitaria*, y el Fade. Asimismo se organizó una mesa redonda que enfocaría la cruel realidad de la mujer en nuestra sociedad, habiendo participado la Dra. Luzmila Rodríguez de Troya, la Directora del CEPAM, y la delegada del Señor Ministro de Bienestar Social, Raúl Baca Carbo, quien por razones de fuerza mayor no pudo asistir. Todo este evento estuvo bajo la responsabilidad organizativa de Paulina Durango, quien se preocupó hasta del último detalle para que el mismo tuviera la resonancia que lo tuvo.

6. Jornadas tributarias

Cuando en campaña afirmamos que una de nuestras principales tareas era el organizar eventos académicos que respondan a la realidad jurídica de nuestro país, no lo decíamos por un vano afán demagógico, sino porque estamos convencidos que el elevar el nivel del conocimiento académico de nuestra escuela es una de nuestras metas principales. Es por esto, que ante la nueva realidad Tributaria de nuestro país, impuesta por el actual gobierno, en la que cambiaba en forma total el sistema impositivo ecuatoriano, la Asociación Escuela, decidió organizar estas *Jornadas Tributarias*, que tenían como objetivo concreto el discutir y discernir la nueva política tributaria del Ecuador.

Se designó para la coordinación de este evento al compañero César Torres, quien con la colaboración de Vicente Peralta y Harry Sáenz supieron llevar adelante una semana de conocimiento y discusión. Se invitaron a las personalidades más prestigiosas en cuanto a ésta rama del Derecho

de nuestro país, así fueron **panelistas el Econ.** Francisco Sweet Morales, los Dres. Marco Antonio Guzmán, Fabián Corral, Eduardo Córdova, Edgar Terán T., José Vicente Troya J., Jacinto Garaicoa R., Federico Chiriboga V. y el Dr. Miguel Realpe Nogales, Director General de Rentas.

7. Lanzamiento de las Revistas Ruptura

Como es tradicional, la Actual AED, lanzó el nuevo número de la Revista anual, correspondiente a la administración anterior de nuestra corporación estudiantil, teniendo un tiraje aproximado de 1000 ejemplares, con un contenido que la convierte en una de las mejores revistas jurídicas del país, contando con artículos de primera línea en lo académico. Igualmente se premió a los ganadores del concurso de cuento y poesía Pablo Palacio. La Dirección de la Revista estuvo a cargo del Sr. Fabián Escalante.

Asimismo, se lanzó el número de la Revista Ruptura, correspondiente a la actual administración de la A.E.D. Esta revista netamente jurídica, ha sido dirigida brillantemente por el compañero Pablo Espinosa Quiroz. La característica fundamental de la misma es que se trata de un trabajo eminentemente legal, contando con artículos de connotados juristas del país.

8. Jornadas culturales

Con el ánimo de contribuir en algo a la formación integral del estudiante de nuestra facultad, conjuntamente con la compañera Paulina Durango, organizamos la semana cultural de la Facultad que contó con diversos actos, en especial artísticos y cuyos fondos serán destinados para los consultorios jurídicos gratuitos. Así la Semana Cultural consistió en la presentación del Taller Coreográfico de Danza Contemporánea, quienes estrenaron una obra a presentarse en Barcelona, España; igualmente presentamos al teatrero Alejandro Jovel y compañía; y, por último, se presentó el Grupo musical *Umbra*, en concierto. Complementariamente se realizó una exposición de textos y libros jurídicos.

9. Extensión social

El compañero Xavier Mena, Vicepresidente de la A.E.D., se encargó de todo lo que significa la extensión Social de la Facultad, desempeñándose de la mejor manera de forma desinteresada. Punto fundamental de nuestra campaña social, estuvo destinada al equipamiento permanente de los consultorios jurídicos gratuitos. Así se puede resumir esta tarea en lo siguiente:

- **Conseguimos una donación por 60.000 sucres**, que se destinaron a la compra de hojas, materiales de oficina, carpetas, códigos para los diferentes consultorios.
- Se consiguió una donación del Banco del Pacífico que consistía en: 2 archivadores: uno para la cárcel de la calle Ambato y otro para la Hospedería campesina. Y masetas y basureros.
- Se consiguió la donación de un escritorio para el consultorio del Hogar de Menores Virgilio Guerrero.
- Se donó la actual cartelera de los Consultorios Jurídicos Gratuitos, y otra para la cárcel de la calle Ambato.
- Se organizó una fiesta en favor de los Consultorios Jurídicos Gratuitos, en la discoteca *Nucleux*, a fin de recaudar fondos para seguir equipándoles de la mejor manera.
- Se realizaron los trámites correspondientes ante el Procurador General del Estado, Dr. Germán Carrión Arciniegas, y ante el fiscal General de la Nación, Dr. Fidel Jaramillo Terán, a fin de que los participantes de los consultorios jurídicos gratuitos tengan accesos a los procesos, que por disposición superior no lo tenían. Asimismo en los próximos días hemos tramitado en la Dirección Nacional de Rehabilitación Social los carnés pertinentes para que los practicantes de los consultorios jurídicos puedan acceder a los distintos tipos de juicio.
- Hemos conseguido una donación de *Muebleca S. A.*, de equipos de oficina destinado a los consultorios jurídicos.
- Hemos apoyado desde todo punto de vista, a la labor realizada por estos centros de ayuda a la comunidad.

10. Consejo de Facultad

Puntal de la A.E.D. consistió la labor realizada hasta la presente fecha, por los representantes estudiantiles al Consejo de Facultad, compañeros Andrés Páez Benalcázar y José Gustavo Gortaire, ya que se comprometieron con los estudiantes de la Facultad a efectivizar una labor en beneficio de ellos y por sobre todo, teniendo como mira y objetivo concreto, tratar de contribuir para el adelanto académico de nuestra escuela. Notoriamente positiva ha sido su labor, porque hemos podido constatar que siempre han llevado una línea coherente y de altura como corresponde a un verdadero representante estudiantil. En las siguientes palabras se puede resumir el trabajo realizado por ellos:

- **Admisión de nuevos estudiantes:** se designó una comisión en la que estuvo un representante estudiantil en la persona de Andrés Páez, quien conjuntamente con el Decano y otros profesores, llevaron adelante un

proceso limpio y sin contratiempos en el que ingresaron aquellos que demostraron ser los mejores.

- Los ochenta por ciento y las recalificaciones fueron cuidadosamente defendidos por los representantes estudiantiles, a tal punto que no vacilaron en su lucha para que este derecho sea respetado.
- Reforma Al Pensum: Por insistencia de los representantes estudiantiles, se procedió a la rebaja de créditos optativos que se requieren para egresar de la Facultad, ya que el número de materias obligatorias se habían aumentado. En la actualidad el estudiante necesita 31 créditos optativos para egresar.

En este mismo orden de cosas se aclaró definitivamente lo relacionado con la materia de idioma extranjero. Siendo definitiva la resolución que al llegarse al tercer nivel de cualquiera de ellos, ya sea por haberlos cursado, o por examen de ubicación, se lo daba por aprobado.

Asimismo por insistencia de los representantes estudiantiles se convocó a los profesores para pedir criterios sobre las reformas puntuales del pensum académico, lográndose este primer paso. Posteriormente se desarrolló la reunión de los profesores jefes de área, que conjuntamente con el Decano y los representantes estudiantiles, se fijaron las metas y objetivos para esta reforma. Finalmente dentro de este punto, a solicitud de los representantes de los estudiantes, se realizó una reunión para la definitiva reforma y actualización de los pensums de las materias de Finanzas Públicas I y D. Tributario I.

- Igualmente se planteó dentro del Consejo de Facultad la petición de que se pronuncie sobre la subida de los aranceles. Petición que fue aceptada lográndose un pronunciamiento en contra de los mismos por parte de este organismo.
- Hojas de examen: en cuanto a este punto se logró una conquista estudiantil, en el sentido de que sea la Facultad quien venda las respectivas hojas de examen con su tarjeta a precios mucho más bajos que en los del comercio en general. Todo el estudio lo realizaron los representantes estudiantiles.
- Solicitudes: Se ha tratado de ayudar de la mejor manera a los estudiantes al resolver las solicitudes, sobre peticiones que se realizaban, en torno especialmente a terceras matrículas, retiros, etc.
- Elecciones de Decano: A través del Consejo de Facultad, se convocó a elecciones de las nuevas autoridades de la Facultad. Conformándose el Tribunal Electoral con la presencia del compañero Andrés Páez.

11. Matrículas

Por primera vez en su historia, la A.E.D. participó activamente en el proceso de matriculación de los estudiantes de nuestra Facultad, conjuntamente con la Secretaría de la misma. El orden fue la tónica de este proceso, al no existir ningún tipo de problema en la jornada. Esperamos que esto continúe de la mejor manera.

12. Caso de los separados definitivamente

La A.E.D. tomó parte muy activa en lo que se refiere al problema de los compañeros separados definitivamente y temporalmente de nuestra Universidad. Esto constituye un precedente para el movimiento estudiantil de nuestro centro de estudio, es por esto que nuestra organización realizó un Directorio Ampliado, una Asamblea General de Estudiantes para tratar sobre este caso. Del mismo modo hemos transmitido nuestra solidaridad a los compañeros afectados, tratando ante todo de que el problema se arregle de la mejor manera, y exhortando a las autoridades de la P.U.C.E., para que revean su decisión.

13. Seminario de política internacional

La A.E.D., organizó un Seminario de Política Internacional, cuyo tema fue “Ecuador y Latinoamérica en el mundo del Siglo XXI”. Este seminario contó con la organización del compañero Arturo Cabrera Hidalgo, y con el apoyo del Dr. Horacio Sevilla Borja, Director de la Academia Diplomática del Ministerio de Relaciones Exteriores. Fueron invitados a este coloquio, el Embajador de los Estados Unidos de América, de Francia, el encargado de negocios de URSS, el Dr. Juan Carlos Faidutti, Dr. Gonzalo Zambrano, Dr. Alfredo Castillo, Sr. Andrés Barreiro, Dr. Jorge Salvador Lara, entre otros, que dieron el aval de ser una tertulia académica de primera línea.

14. Varios

En este punto se pueden mencionar las siguientes actividades:

- Apoyo incondicional a la campaña de Alfabetización Nacional, en coordinación con la Federación de Estudiantes.
- Envío de tres compañeros de la facultad a un seminario organizado por la Federación Ecuatoriana de Clubes Unesco, para la capacitación de alfabetizadores.

- Apoyo a los estudiantes de la facultad con material académico a través de la copiadora del Centro de Publicaciones.
- Difusión de las materias religiosas que se pueden tomar en otras facultades.
- Se inició una campaña de recolección de textos para la Biblioteca de la Facultad a cargo del compañero Juan Carlos Badillo.
- Por invitación de la Federación Ecuatoriana de Clubes Unesco, pasamos a formar parte como miembros activos del mencionado organismo con todas las prerrogativas del mismo.
- Apoyo a los equipos deportivos de la Facultad, tanto material como anímicamente, en su participación en los juegos interfacultades de la Universidad.
- Firma de un Convenio con el Instituto de Derecho Romano, para la permanencia y utilización de los libros del mismo, en la Biblioteca de la Facultad.
- Rechazo público contra el atropello por parte del Citybank al apropiarse dineros de nuestro país.
- Rechazo público contra el alza de pasajes de transporte y contra el paro inmoral.
- Organización de las Fiestas de la Facultad.
- Se inició con los compañeros propedéuticos una campaña de integración en la que se puede destacar la visita de los mismos a la Cárcel de la calle Ambato, recolección de ayuda para la antes referida cárcel, paseo tradicional, elaboración del periódico de los propedéuticos, entre otras.
- Asimismo se apoyó al propedéutico en la publicación del periódico Perspectiva a cargo de la compañera Andrea Sandoval.
- Mesa Redonda cuyo tema es “La Injusticia Legal: Caso Jaula de Los Leones”, que organizaron los compañeros Andrés Páez y Ramiro Arroyo.
- Homenaje Póstumo al Dr. Eduardo Carrión Eguiguren, conjuntamente con la Facultad.
- Organización del Décimo Concurso de Cuento y Poesía Pablo Palacio, a cargo de Andrea Sandoval.
- Presentación del guitarrista Fabián Carrera en el Aula magna de nuestra Universidad.
- En resumen: servicio permanente al estudiantado en todo sentido.

Compañeros: En estas breves palabras se ha tratado de resumir la labor de la A.E.D., durante este año de trabajo. Sepan ustedes, que la tarea ha sido ardua pero nunca hemos desmayado ni lo haremos, ya que nuestro principal objetivo es el servir desde todo punto de vista al estudiante de nuestra facultad, propendiendo siempre al adelanto académico de la mis-

ma, a fin de que entregue a la sociedad profesionales críticos y comprometidos con una realidad social.

Compañeros, hemos cumplido, porque para nosotros la transformación universitaria no es un objetivo final sino una tarea permanente.

Cordialmente,

Pablo Egas Reyes
PRESIDENTE DE LA
ASOCIACION ESCUELA DE DERECHO

Colaboraron con la presente edición
las siguientes personas:

Pablo Egas Reyes
Presidente de la A.E.D.

Xavier Mena Vásconez
Vicepresidente de la A.E.D.

Santiago Villafuerte Navarrete
Secretario de la A.E.D.

Pablo Espinoza Quiroz
Director de la Revista "Ruptura"

Jorge Hernán Queirolo Bravo
Director de Relaciones Públicas de la A.E.D.

Germán Vega Castellanos
Asesor General

La Asociación Escuela de Derecho hace público su agradecimiento a Graficsa C.A. por la invalorable ayuda prestada en la realización e impresión de esta obra, especialmente a los Sres. Francisco Gallegos–Anda, Gerente General; Alberto Graber, Gerente de Operaciones y Producción; y Rodrigo Gallegos–Anda, Subgerente.

Quito, Noviembre de 1989

La presente edición se terminó de imprimir el
2 de Diciembre de 1989 con un tiraje de 1000
ejemplares

LEON

1900

ORD

P. gacarse de
Biblioteca

