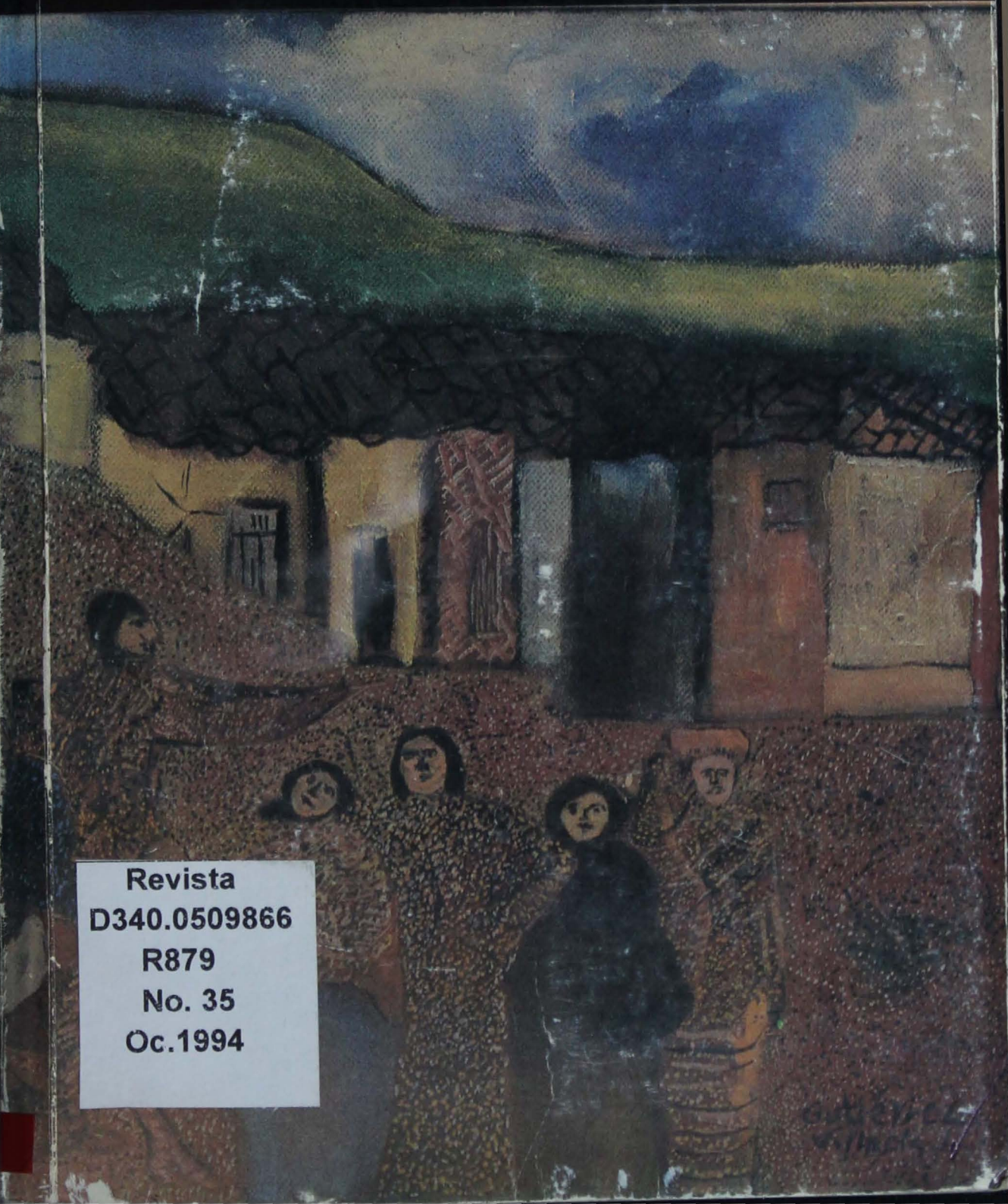


REVISTA DE LA ASOCIACION ESCUELA DE DERECHO



Revista
D340.0509866
R879
No. 35
Oc.1994

**ASOCIACION ESCUELA
DE DERECHO
1990-1991**

Presidente: Francisco Bonilla Soria.
Vicepresidenta: Rosa Elena de la Torre.
Secretaria: Andrea Sandoval F.
Tesorera: Karina Morales Herrera

**REPRESENTANTES ESTUDIANTILES
AL CONSEJO DE FACULTAD**

Patricio Troya Suárez
Farith Simon

VOCALES DEL DIRECTORIO

Diego Marcelo Sánchez M.
Alex Jaramillo Alvarez
Patricio Hernández

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
1991-1992**

DECANO:
Dr. Gonzalo Zambrano Palacios

SUBDECANO:
Dr. Francisco Tinajero Villamar

SECRETARIA:
Dra. Patricia Esquetini Cáceres

**REPRESENTANTES AL CONSEJO DE
FACULTAD**

Dr. Marcos Ponce Montesinos.
Dra. Ximena Moreno de Solines

REVISTA DE LA ASOCIACION ESCUELA DE DERECHO

**CONSULTORIOS JURIDICOS
GRATUITOS - P U C E
Milton G. Castillo
COORDINADOR GENERAL**

RUPTURA

AÑO XLIII

NUMERO: 35

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL ECUADOR
QUITO-ECUADOR
1994**

RUPTURA

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

AÑO XLIII Número: 35
Octubre 1994
Registro SENAC: S.P.I.401

DIRECTOR
Byron G. Silva Contreras

CONSEJO EDITORIAL
Juan Carlos Solines Moreno
Francisco Bonilla Soria
Vicente Peralta León
Michel Leví Coral
Tomás Arteaga Negrete

ASOCIACION ESCUELA DE DERECHO
Av. 12 de Octubre y Robles
Torre 2, Piso Octavo.
Apartado Postal 2184
Quito-Ecuador

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

Pueden reproducirse los artículos citando la fuente
Aceptamos canje.

PORTADA: "El Pueblo" de
Edmundo Gutiérrez Villacís (1991)

DISEÑO Y DIAGRAMACION:
Imagis ☎ 250-561

IMPRESION: Editora Nacional

CONTENIDO

CONSULTORIOS JURIDICOS
GRATUITOS - P U C E
Milton G. Castillo
COORDINADOR GENERAL

PRESENTACION 5

DEMOCRACIA Y ESTADO..... 11

Fundamentos Antropológicos de la
Teoría Jurídica Rusoniana 13

Dr. Mariano Rodolfo Fazio Fernández

Democracia y Estado de Derecho 35

Dr. Luis Fernando Torres Torres

El Estado y las Instituciones según De Gaulle..... 49

Dr. Hernán Salgado Pesantes

Perspectivas para el Control Constitucional en el Ecuador 65

Lcdo. Jaime Vintimilla Saldaña

MODERNIZACION DEL ESTADO..... 83

Enfoques Contractuales de la Modernización del Estado 85

Ab. Efraín Pérez Camacho

Programa Estratégico de Modernización del Estado..... 99

Dr. Patricio Peña Romero

Un Decreto Inconstitucional..... 125

Lcdo. Tomás Arteaga Negrete

CIENCIA Y DERECHO..... 139

El Derecho y el Progreso Científico Contemporáneo 141

Dr. Gil Barragán Romero

Reingeniería y Derecho..... 151

Lcdo. Santiago Avila Bastidas

ESTUDIOS JURIDICOS 157

Derecho Civil

Sucesión por Causa de Muerte y Derecho de Herencia 161

Dr. Alejandro Ponce Martínez

Derecho Financiero

Comentarios de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.....	183
<i>Dr. Alvaro Bayas Cevallos</i>	

Derecho Penal

Necesidad de un cambio en la política de lucha contra el uso indebido de Drogas.....	195
<i>Dr. César Zumárraga Ramírez</i>	

Derecho Procesal

¿ Tiene competencia un Juez del Trabajo para inspeccionar en EE.UU. la contabilidad de uno de los litigantes ?.....	207
<i>Dr. Víctor Hugo Bayas Valle</i>	

Derecho Tributario

La Relación Jurídico Tributaria	215
<i>Dr. José Vicente Troya Jaramillo</i>	
El Silencio Administrativo y su Aplicación en Materia Tributaria	253
<i>Sr. Michel Levi Coral</i>	

Derecho Municipal

Hacia la Nueva Concepción de Municipalismo	267
<i>Dr. Miguel Angel Bossano Ribadeneira</i>	

Derecho Internacional Público

La Reestructuración de la ONU y una Mayor Participación Democrática de los países en desarrollo en su seno.....	291
<i>Dr. Mauricio Montalvo Samaniego</i>	

UNIVERSIDAD 309

Julio Tobar Donoso: Víctima Expiatoria	311
<i>Dr. Osvaldo Hurtado Larrea</i>	
Una Tarea Universitaria.....	317
<i>Sr. Vicente Peralta León</i>	
Reflexiones sobre el Liderazgo Estudiantil.....	327
<i>Lcdo. Francisco Bonilla Soria</i>	

PRESENTACION

PRESENTACION

Algunos artículos publicados en este volumen llaman la atención porque tratan lo jurídico solo de manera indirecta y eluden cualquier tipo de análisis normativo. A propósito hemos tomado tal orientación, porque sostenemos esta tesis principal: **la creación de lo jurídico como servicio a la persona sólo es posible desde una perspectiva social metajurídica.**

La lógica jurídica —en tanto que manda, prohíbe o permite—, fuera de su ámbito e invadiendo el de la conciencia psíquica y moral, limita y distorsiona la percepción del fenómeno social, al pretender entenderlo solo desde la perspectiva de la pureza del "deber ser" y sus categorías. Tal desorden, gravísimo error epistemológico, buscaría mantener o configurar el hecho social exclusivamente a través de la legalidad y su control. Pero el resultado a que conduce esa actitud es **la paradoja de la informalidad**, o sea, el rompimiento de la adecuación de la norma al hecho social, es decir, el rompimiento de **la real vigencia de la norma.**

Si a esto añadimos que uno de los modos para combatir la picardía de la "viveza criolla" es reducir la norma jurídica al papel, prescindiendo de su posibilidad real, entonces la ley escrita, ante los vertiginosos cambios políticos y sociales de nuestra época, poco a poco se va anquilosando en el texto y va perdiendo la vigencia social que la legitima.

En tales circunstancias nuestra cultura se ha hecho "legalista".

El "legalismo", de muchas implicaciones en la vida de nuestro país, es pues, en definitiva, **esa actitud que desequilibra el ámbito y la función de la ley en perjuicio de la sociedad y el ordenamiento jurídico mismo.**

RUPTURA

Está arraigado fuertemente en la interpretación de los problemas, las necesidades y las perspectivas del país, en el programa de estudios de nuestra Facultad, en la conciencia de profesores y alumnos, y especialmente en las prácticas forenses.

Ha permitido, y permite todavía, la subsistencia de una cultura decimonónica que reverencia el racionalismo jurídico del Código, incluso más allá de sus límites. El "legalismo" es, pues, una cultura fija e inmodificable de posturas, andares, frases hechas absolutamente incomprensibles, modos de decir, lugares comunes, formalidades y requisitos absurdos, que no van con nuestro tiempo y dificultan la vida y el camino hacia "la nueva época": el retorno al presente.

Ha facilitado el abandono de la justicia, la seguridad, el orden y el bienestar de los individuos y la sociedad, que por naturaleza corresponde a lo jurídico.

Por todo ello, nuestra tesis «la creación de lo jurídico como servicio a la persona sólo es posible desde una perspectiva social metajurídica» combate no el derecho en sí mismo sino el desorden de lo jurídico con todas sus secuelas. Pues consideramos que sólo si asumimos esta lucha podremos liberarnos del "legalismo", de modo que la ley sirva al hombre (individuo y sociedad), y no el hombre a lo que se ha impuesto o se imponga como "ley".

De ahí que la mejor misión que se le puede encargar al estudiante de derecho es la de revisar las doctrinas y los conceptos aprendidos y buscar constantemente la razonable, conveniente y necesaria adecuación de la norma a la realidad social, introduciendo elementos no jurídicos de interpretación de la realidad que permitan evaluar la real vigencia de la norma. Sólo de este modo se podrá pretender con perspectiva de éxito el cumplimiento cabal de la ley sin la desagradable tarea de argüir geniales acomodos.

A la vuelta de los años, el rigor kelseniano nos ha obnubilado, pues al ir perdiendo la conciencia de lo metajurídico hemos llegado a creer que el derecho es autogenerativo. Caímos en la trampa de la pureza del método que devino en pureza del objeto. Ocuparnos sin más de

lo jurídico y su técnica es mero ejercicio mental. Importantísimo, por supuesto, si buscamos resultados simplemente jurídicos, pero inútil si pretendemos además el servicio a la persona individual y social.

Entonces, lo jurídico no es autogenerativo. El derecho no le hace a la vida. La vida es más que el derecho y no repara en ideologías, doctrinas, normas o principios. La vida del hombre construye el derecho. Tal construcción exige del estudiante de leyes practicar su vocación en cuatro momentos: (1) Liberar su conciencia de todo límite jurídico; (2) percibir el hecho social tal como es; (3) concebir el fenómeno más allá de lo jurídico, según las categorías que le son propias; y, sólo al final, (4) estructurar, aplicar o evaluar la correspondiente norma jurídica. A los tres primeros los llamamos "lo metajurídico"; al cuarto, simplemente, "lo jurídico".

A la perspectiva metajurídica hemos dedicado en esta RUPTURA los siguientes temas: (1) *Democracia y Estado*, (2) *Modernización del Estado*, y (3) *Ciencia y Derecho*. En ellos, los enfoques filosófico, político, histórico, científico y de reingeniería desplazan al simplemente jurídico. Nos ha parecido conveniente este planteamiento porque sólo una colaboración interdisciplinaria puede llevar a feliz término cualquier reforma política.

Sin embargo, pensamos que no hubiera sido conveniente descuidar la especial atención que en esta publicación se ha dado desde siempre a lo que hemos definido como el cuarto momento de la creación del derecho. Lo recogimos bajo el título *Estudios Jurídicos* que contiene trabajos desarrollados en áreas que nos resultan muy familiares: Civil, Financiero, Penal, Procesal, Municipal, Tributario e Internacional Público.

A todo esto decidimos añadir la sección *Universidad*, para incluir trabajos sobre temas que ponen en evidencia el prestigio de nuestra Facultad: el Decano Emérito Dr. Julio Tobar Donoso en las palabras del Dr. Osvaldo Hurtado; la realidad y expectativas de los Consultorios Jurídicos Gratuitos en la óptica de quien los vivió como practicante y ex vicepresidente de la Asociación Escuela de Derecho; y, una contribución de Transformación Universitaria a la política

RUPTURA

estudiantil, en los muy acertados términos de Francisco Bonilla, ex presidente de la AED.

Con este nuevo número de RUPTURA pretendemos satisfacer la legítima expectativa de quienes lo esperaban desde hace algún tiempo, entre ellos algunos colaboradores. Nuestro impulso no ha sido otro que el sincero convencimiento de que estábamos obligados a vencer el más arduo obstáculo de la tarea editorial emprendida: la escasez de tiempo y dinero.

Los trabajos que les ofrecemos alcanzarán mayor valor y significado en la medida en que su atenta, culta, comedida y crítica lectura obtenga algo más de ellos.

El espíritu que pretendemos compartir se concreta también en innovaciones editoriales como la incorporación, al inicio de cada artículo, de breves presentaciones que motiven su lectura.

La pintura escogida para la portada, con su tema y colorido, refleja plásticamente el optimismo de la tesis que proponemos.

La cita del recientemente fallecido filósofo austríaco Karl Popper, ubicada en la parte posterior de la portada, sintetiza muy bien el núcleo de la cuestión política contemporánea: ¿Cómo organizar nuestras instituciones democráticas de modo que nuestros malos políticos nos causen solo el mínimo daño posible?

Finalmente, agradecemos a todas aquellas personas que han colaborado en la concepción, el diseño, la edición, la logística y la impresión de esta RUPTURA, esfuerzo de la autogestión estudiantil.

Byron G. Silva C.

COORDINADOR GENERAL
Milton G. Castillo
GRATUITOS - P U C E
CONSULTORIOS JURIDICOS

CONSULTORIOS JURIDICOS
GRATUITOS - P U C E
Milton G. Castillo
COORDINADOR GENERAL

DEMOCRACIA Y ESTADO

Este trabajo ofrece algunas reflexiones críticas sobre la antropología que late en el pensamiento político-jurídico de Jean Jacques Rousseau. La atención a este análisis tiene especial importancia si admitimos que para el hombre de la calle el modo de entender las obligaciones políticas depende en gran medida de lo que se piensa sobre el hombre. Según Rousseau, el hombre ha nacido libre y sin embargo vive en todas partes entre cadenas. La crisis de la responsabilidad política de nuestros días obedece a la "desnaturalización" de la sociedad introducida por Rousseau en el pensamiento político contemporáneo, pues a causa de ésta habría sido conveniente reducir al hombre a la irracional espontaneidad de la libertad natural propia de su état de nature: el optimismo naturalista de Rousseau está presente en la actualidad. El autor, ex-Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, es actualmente Catedrático del Ateneo Romano de la Santa Cruz, en Roma.

FUNDAMENTOS ANTROPOLOGICOS DE LA TEORÍA JURÍDICA RUSONIANA

Dr. Mariano Rodolfo Fazio Fernández

PREFACIO

La Historia de la Filosofía ofrece distintos ejemplos de cómo la Antropología ha influido en la Filosofía del Derecho. Desde la antigüedad griega podemos rastrear esta constante. Aristóteles, partiendo de su noción de hombre como animal racional con una propiedad esencial derivante de su naturaleza, la sociabilidad, establece las líneas maestras de la sociedad como forma de vida que debe tender a la perfección moral del individuo. La escolástica medieval y la del siglo XVI no abandonarán nunca este punto de vista.

Si esto es verdad para la filosofía clásica, queda aún más claro en la filosofía moderna. La concepción individualista de Locke o de Kant dará a luz el estado liberal moderno, que tiene como principal finalidad

RUPTURA

salvaguardar los derechos individuales de la persona. En cambio, con Hegel y Marx el individuo cuenta cada vez menos. Precisamente porque sus concepciones antropológicas lo permiten, los individuos quedan completamente subordinados al gran todo político. Y si avanzamos en la historia, podemos seguir observando esta interdependencia entre Antropología y Filosofía Jurídica. El pensamiento existencial de Heidegger considera como esencial al dasein, a la existencia humana, el mitdasein, el estar en relación con los demás. Y así se podría seguir abundando en ejemplos.

El mismo fenómeno de interdependencia ocurre fuera del campo estrictamente filosófico. Para la conciencia ordinaria, para el hombre de la calle, el modo de entender las obligaciones políticas depende en gran medida de lo que se piensa sobre el hombre. De este modo, tras las convicciones marcadamente democráticas de algunas personas, aparece una confianza ciega en la bondad natural del ser humano. "Dejemos al hombre el máximo de libertades -dirían- que así está asegurada la buena marcha de la sociedad".

Otros, por el contrario, desean una organización política tal que asegure la paz y el orden social externo, aunque no se respeten algunos derechos formales. Hay en los que así piensan una concepción de la naturaleza humana en la que entra la variante del mal, de las pasiones desordenadas. Desde otro punto de vista, es claro que si se acentúa en la concepción antropológica el factor material, se exigirá que la sociedad alcance por encima de todo logros de tipo económico; si en la conciencia ordinaria prevalece el elemento espiritual, la sociedad deberá defender los derechos que todo hombre posee a una adecuada educación, a practicar su fe religiosa, a formar una familia, a que se respete la vida.

La respuesta que dará Jean-Jacques Rousseau a la pregunta por el hombre condicionará su posterior elaboración política. Las características de esa respuesta, por otra parte, no autorizan a considerarla como un simple objeto de estudio para un historiador de las ideas políticas del siglo XVIII. La Antropología rousoniana, renovada en su presentación, sigue influyendo en las ideas políticas del hombre del siglo XX. El optimismo naturalista de Rousseau está presente en la actualidad.

A.- LA DOCTRINA DE ROUSSEAU

1.- FIN Y MÉTODO DE LA ANTROPOLOGÍA RUSONIANA

Buena parte de la antropología de Jean-Jacques Rousseau está contenida en el Discours sur l'origine et les fondements de l'inegalité parmi les hommes. Escrita para la Academia de Dijon, posee esta obra un estilo que linda con lo novelesco. Su finalidad es descubrir el verdadero contenido de la naturaleza humana. Pero este fin requiere una explicación.

Rousseau considera que sus contemporáneos están "desnaturalizados", es decir, que ya no viven en un estado compatible con la dignidad de la naturaleza del hombre. El hombre del siglo XVIII vive alienado, esclavizado por unas estructuras políticas que en nada responden al Derecho Natural, fascinado por una sociedad ficticia que acarrea consigo la tiranía de la opinión y de la apariencia. Esta afirmación es para Jean-Jacques Rousseau un postulado, un punto de partida. Y es precisamente ese postulado -desnaturalización del hombre y de la sociedad- el que hace necesaria la búsqueda de la naturaleza humana original.

Una vez hallada esta naturaleza primero se tendrán las bases para construir la nueva sociedad de acuerdo a las exigencias del Derecho Natural⁽¹⁾. De tal manera, el Discours cobra gran significación para la posterior elaboración de su teoría política.

Siendo coherente con su postulado inicial, Rousseau no puede alcanzar la naturaleza original del hombre por medio de la simple observación: en los hombres que encuentra a su alrededor no resplandece la verdadera esencia humana.

Habrá que acudir a otro método de investigación⁽²⁾. Nuestro autor utilizará un método introspectivo, que denomina meditation ⁽³⁾, y que

1. Cfr. STRAUSS, L., Qué es filosofía política?, Guadarrama, Madrid 1970, p. 67; cfr. también del mismo autor Droit Naturel et Histoire, Plon, Paris 1954, p. 273. Sobre las relaciones que unen a Rousseau con el Derecho Natural, cfr. LASSUDRIE-DUCHENE, G., Jean-Jacques Rousseau et les Droit des gens, Paris 1906; REICHE, E., Rousseau und das Naturrecht, Berlin 1935.

2. Cfr. ROUSSEAU, J.-J., Discours sur l'origine et les fondements de l'inegalité parmi les hommes, p. 37. Se ha utilizado la edición francesa realizada por Garnier, Paris 1960. Cuando se cita en castellano se utiliza la traducción hecha por editorial Porrúa, México 1975, con las modificaciones que ha creído necesarias. En adelante se citará Discours sur l'inegalité

consistirá en un "método experimental de eliminación de diferencias"⁽⁴⁾ entre lo que viene dado directamente por la naturaleza y lo que el hombre ha adquirido por sus progresos, conocimientos y circunstancias exteriores. Se oculta tras esta distinción unos conceptos peculiares de naturaleza y cultura, propios del filósofo ginebrino, que convendrá explicar para un mayor esclarecimiento de su sistema.

Para Rousseau lo natural es lo dado inmediatamente por el nacimiento, lo originario, lo primitivo. En este sentido, lo natural para el hombre sería -podríamos decir con algo de ironía- andar desnudo, no saber hablar, etc. Frente a este concepto reducido de naturaleza, se encuentra todo aquello que es fruto de la razón, de la historia, de la cultura, que Rousseau engloba bajo la categoría de lo adquirido. Lo artificial, como también denomina Rousseau a lo que no procede directamente de los instintos vitales, procede de necesidades inventadas por la razón o producidas por circunstancias exteriores. Por lo tanto la razón, el lenguaje, la cultura son artificiales, pues no provienen directamente de la naturaleza del hombre.

Habiendo aclarado qué entiende Rousseau por natural y por artificial, se comprende con facilidad el método por él empleado. Para meditar "sobre las primeras y más simples manifestaciones del alma humana" ⁽⁵⁾, se deberán dejar de lado las operaciones que no proceden directamente de la naturaleza. Después de hacer esta reducción, nos quedaremos con el núcleo original del hombre, base segura para construir la sociedad ideal.

Antes de proceder a describir ese núcleo original, haremos una breve referencia al carácter hipotético del estado natural. Los estudiosos de Rousseau se dividen a la hora de determinar el estatuto que Rousseau concede al état de nature: para unos sería una realidad histórica, para otros se trataría de una mera hipótesis. Son varios los lugares en que Rousseau deja claro que trabaja con hipótesis, con conjeturas ⁽⁶⁾. Sin embargo, el estilo del Discours es histórico descriptivo. Por esta razón, no han faltado autores que otorgan al estado de naturaleza el estatuto de

3 Ibidem.

4 BURGELIN, P., La Philosophie de l'existence de Jean Jacques Rousseau, Vrin, Paris 1973, p. 137.

5 Discours sur l'inégalité, p. 37 (ed. cast. p. 108).

6 Cfr. v.gr., Discours sur l'inégalité, p. 40: "Il ne faut pas prendre les recherches dans lesquelles on peut entrer sur ce sujet pour des vérités historiques, mais seulement pour des raisonnements hypothétiques et conditionnels".

realidad histórica ⁽⁷⁾). En este punto, la ambigüedad no está ausente de la obra del ginebrino. No obstante, el problema fundamental no es, a nuestro juicio, establecer si el estado de naturaleza ha existido o no realmente, sino ver cuál es el sentido último de todo el Discours. Rousseau no intenta contar una historia verosímil del origen de la humanidad, sino que pretende sentar las bases firmes del Derecho Natural. La finalidad es deontológica, y no histórica. Se debe entender esta obra como una búsqueda del estatuto jurídico primitivo del hombre, haciendo abstracción del estilo histórico que Rousseau ha dado a sus páginas. En vez de establecer hechos, lo que busca son normas, derechos. No es el origen lo que interesa descubrir, sino la idea según la cual la organización de este supuesto estado de naturaleza se haría legítimo: un estado donde el hombre puede gozar sin obstáculo alguno de sus derechos naturales. Descubrir cuáles sean estos derechos es el fin primordial de esta investigación emprendida por Rousseau ⁽⁸⁾.

2.- EL "HOMME DE LA NATURE"

Procediendo según se había prescrito con su método de diferenciación entre lo natural y lo artificial, Rousseau alcanza lo que considera el núcleo original de la naturaleza humana, Describimos a continuación las principales características del homme naturel.

a) Las pasiones originales

En la base misma de este núcleo original, Rousseau encuentra dos principios que son anteriores a la razón, y que estructuran toda la sensibilidad del hombre. A estos dos principios los denomina amour de soi y pitié ⁽⁹⁾.

7 Sobre estas posturas cfr. STRAUSS, L., Droit Naturel..., cit., p. 284; BURGELIN, P. La philosophie..., cit., p. 200; DI NAPOLI, Il pensiero di Gian Giacomo Rousseau, La Scuola, Brescia 1953, p. 43.

8 Cfr. CRUZ, J.C., La sociedad democrática en Rousseau, en "Persona y Derecho" (1980), n.7, p.20: "Rousseau utiliza este tipo de explicación hipotética, no para indicar una verdad histórica constatable, sino para lograr entender, a través del análisis, la naturaleza humana". En este sentido, cfr. Discours sur l'inegalité, p.40: "Commençons donc par écarter tous les faits, car ils ne touchent point à la question". Una visión global del état de nature rusoniano se puede cfr. en GOT, M., Etat de nature, raison, progrès selon le Discours sur l'inegalité et la Profession de foi du vicaire savoyard, en "Revue de Synthese" (1969), pp. 5-29; y en HOFFMANN, P., Significations de l'état de nature dans la pensée de Jean Jacques Rousseau, en "Travaux de Linguistique et de Littérature" (Strasbourg) (1971), n.2, pp. 97-107.

9 Cfr. Discours sur l'inegalité, p.37. Sobre las pasiones originales cfr. ACRIBANO, M.E., "Amour de soi" et "amour propre" nel secondo "Discours" di Rousseau, en "Rivista di Filosofia" (Torino) (1978), pp. 487-498.

El amour de soi se puede equiparar al instinto de conservación. La naturaleza ha provisto al hombre de esta inclinación, de tal modo que el individuo es el único juez para juzgar cuales son los medios necesarios para su subsistencia ⁽¹⁰⁾. Este principio es fundamental, y guía la existencia de los hombres en el estado de naturaleza.

La pitié o piedad natural "implica una repugnancia natural a la muerte o al sufrimiento de todo ser sensible" ⁽¹¹⁾. Es el germen de todas las virtudes sociales y la única virtud natural. Tiende a la conservación de la especie, pues modera el exceso de amor propio que pueda haber en los individuos ⁽¹²⁾.

Estas dos pasiones originales proveen al hombre de todo lo necesario para vivir en el estado natural, de tal manera que cualquier otra disposición interna sería superflua. Ya que la naturaleza sólo ofrece lo necesario para la vida, no ha dotado al hombre en manera directa de ninguna otra facultad.

b) La pre-racionalidad

De lo dicho antes, se desprende que la razón es una facultad cuyo desarrollo está supeditado al ámbito de lo cultural, pues no le es necesaria al hombre para su conservación ⁽¹³⁾.

En el estado de naturaleza la vida cognoscitiva del hombre se reduce a la actividad sensitiva. En la Lettre á Cristophe de Beaumont define a la razón como "una de las adquisiciones del hombre, y de las más lentas" ⁽¹⁴⁾. Cuando las circunstancias exteriores cambien, la razón se podrá desarrollar, en virtud de la perfectibilidad que todo hombre posee. Pero sólo se producirá este desarrollo cuando le sea necesario para su conservación. Por tanto, se puede afirmar que en el état de nature la razón se encuentra aún en potencia, en forma latente ⁽¹⁵⁾.

10 Cfr. STRAUSS, L., Droit Naturel..., cit., p. 275

11 Discours sur l'inegalité, p. 37 (ed. cast. p. 108).

12 Cfr. Discours sur l'inegalité, p.60: "Il est donc bien certain que la pitié est un sentiment naturel, qui, modérant dans chaque individu l'activité de l'amour de soi-même, concourt à la conservation mutuelle de toute l'espèce".

13 Cfr. Discours sur l'inegalité, p.51: "il eut fallu des milliers de siècles pour developper successivement dans l'esprit humain les opérations dont il étoit capable"; cfr. también ibid., p. 41.

14 ROUSSEAU, J.-J., Lettre á Christophe de Beaumont, Garnier, Paris 1960, p. 457.

15 Cfr. CRUZ, J.C., Intelecto y Razón, Eunsu, Pamplona 1982, p. 57.

Esta condición de pre-racionalidad es ratificada por Rousseau en las páginas del Contrat social. Allí afirma que el hombre natural era "un ser estúpido y limitado" (¹⁶).

Pero esta limitación no significa algo negativo, ni carencia de algo debido por la naturaleza, pues "tenía con el sólo instinto todo lo que le bastaba para vivir en el estado natural, como tiene con una razón cultivada lo necesario para vivir en sociedad" (¹⁷).

c) La libertad

La configuración del núcleo original del hombre logra escapar en Rousseau del materialismo al establecer la diferencia específica entre los hombres y los animales: la libertad. El homme naturel, a diferencia a las bestias, ejecuta sus operaciones en calidad de agente libre (¹⁸).

Pero al negar a la naturaleza su carácter racional, la noción de libertad necesariamente se reduce. La libertad natural, se confunde con la independencia, con la ausencia de vínculos de subordinación.

A pesar de la pobreza de contenido de esta libertad natural, la conciencia que el hombre original tiene de la libertad le manifiesta la espiritualidad de su alma (¹⁹).

Esta toma de conciencia se actúa al ejercer la facultad de escoger, pues según afirma Rousseau "en el sentimiento de esta facultad no se encuentran sino actos puramente espirituales que están fuera de las leyes de la mecánica" (²⁰).

Ahora bien, ¿es posible la libertad en un ser que carece de racionalidad? La independencia de que gozan los hombres en el état de nature se justifica por la igualdad: todos los hombres son iguales, y por tanto, ninguno domina sobre el otro. Pero esta nivelación entre los individuos de la misma especie también se da entre los animales. La

16 ROUSSEAU, J.-J., Du contrat social ou Principes de Droit Politique, libro I, cap. VIII. Se ha utilizado la misma edición francesa que para el Discours sur l'inegalité y la misma traducción castellana. Se citará Du contrat social.

17 Discours sur l'inegalité, p. 56 (ed. cast., p. 122).

18 Cfr. Discours sur l'inegalité, p. 47: "Je ne vois dans tout animal qu'une machine ingénieuse. (...) j'aperçois précisément les mêmes choses dans la machine humaine, avec cette différence que la nature seule fait tout dans les opérations de la bête, au lieu que l'homme concourt au siennes en qualité d'agent libre".

19 Cfr. ibidem: "c'est surtout dans la conscience de cette liberté que se montre la spiritualité de son ame".

20 Cfr. ibidem (ed. cast., p. 116).

diferencia radica en esa "facultad de escoger", esbozo de la voluntad. Es aquí donde tendría que entrar la razón: para escoger es necesario antes conocer. Rousseau no explica en sus páginas cómo se soluciona el problema de un ser preracional que a la vez es libre. Lo que sí queda claro es que el hombre, en el estado de naturaleza, "vive en libertad pero no en razón" (21).

El tratamiento que realiza el ginebrino de la libertad es muy diferente en el Discours y en el Contrat social, pues la libertad natural se transforma en la sociedad en libertad civil.

d) La perfectibilidad

Jean-Jacques Rousseau admite otra diferencia entre las bestias y los hombres: la perfectibilidad. Esta facultad no es más que el conjunto de potencialidades que el hombre posee. Según se desarrollen las circunstancias exteriores, la naturaleza deberá ir proveyendo a los hombres de nuevas facultades que le permitan su conservación. De esta manera se hace posible en los seres humanos la racionalidad y la sociabilidad.

La perfectibilidad no es, para el filósofo ginebrino, ni negativa ni positiva. Está abierta a una mejora o a un retroceso. En el Discours Rousseau se inclinará por una valoración negativa de tal facultad, pues afirma que "es el origen de todas las desgracias del hombre" (22). Pero en el Contrat sostiene que gracias a esta facultad el hombre puede entrar en el mundo moral y abandonar las limitaciones del état de nature (23).

La perfectibilidad queda dentro del núcleo original de la naturaleza del hombre, pero no puede decirse lo mismo de sus consecuencias. Al establecer qué entiende Rousseau por natural, se dijo que sólo entra en tal categoría lo que proviene directamente de la naturaleza. Las posibles derivaciones de la perfectibilidad no proceden directamente del ámbito de lo natural, sino que dependen de las circunstancias exteriores, y por tanto son contingentes, y no necesarias. Esta es la respuesta que da el autor del Contrat a quienes objetaron que, según las premisas mismas del pensamiento rousoniano, tanto la racionalidad

21 CRUZ, J.C., Intelecto..., cit., p. 58. Cfr. también GOUHIÉ, H., La "perfectibilité" selon J.-J. Rousseau, en "Revue de Théologie et de Philosophie" (1978), n.4, pp. 321-329.

22 Discours sur l'inégalité, p. 48 (ed. cast., p.116).

23 Cfr. Du contrat social, libro I, cap. VIII.

como la sociabilidad tendrían que ser naturales, pues derivan de una facultad natural, como es la perfectibilidad (24). Si las circunstancias exteriores no hubieran hecho necesario el desarrollo de la razón o la vida en sociedad, afirma Rousseau, estas dos características del hombre civilizado hubieran quedado para siempre en potencia, sin que ninguna fuerza natural pudiera actualizarlas (25).

e) Las propiedades de la naturaleza humana original

Un ser guiado por instintos, carente de razón pero libre, y perfectible en la medida en que lo aconsejen las cambiantes circunstancias externas, es el resultado de la investigación rusioniana sobre la verdadera naturaleza original del hombre. De esta naturaleza se derivan algunas propiedades, que permitirán comprender mejor lo que Rousseau entiende por hombre. Las tres propiedades a las que nos referiremos brevemente son la bondad natural, la igualdad y la sociabilidad.

La bondad natural. Una de las tesis más conocidas de Rousseau, que ha llegado a ser un cliché ampliamente utilizado, es que el hombre bueno por naturaleza, pero la sociedad lo hace malo. Sin embargo, según lo que se expuso en su pensamiento, Rousseau considera que el hombre, en su estado natural, aún no ha entrado en el mundo de la moralidad. La conciencia moral presupone la racionalidad.

Por eso, Rousseau es coherente al afirmar que "no teniendo entre ellos ninguna especie de relación moral ni de deberes conocidos, no podría ser buenos ni malos, ni tener vicios ni virtudes" (26). Pero, operando una reducción de las nociones de bondad y maldad morales, también afirma que en el estado de naturaleza es legítimo hablar de virtud, si se entiende por ésta todo lo que contribuye a la propia conservación;

24 Cfr. ROUSSEAU, J.-J., Lettre a M. de Philopolis, Gallimard, Paris 1965, p. 138.

25 Cfr. Discours sur l'inegalité, p.65: "Après avoir montré que la perfectibilité, les vertus sociales, et les autres facultés que l'homme naturel avoit recues en puissance, ne pouvoient jamais se développer d'elles mêmes, qu'elles avoient besoin pour cela du concours fortuit de plusieurs causes étrangères, qui pouvoient ne jamais naître, et sans lesquelles il fût demeuré éternellement dans sa condition primitive (...)": cfr. también ROGGERONE, G.A., Le idee di Gian Giacomo Rousseau, Marzorati, Milano 1961, p.111.

26 Discours sur l'inegalité, p. 57 (ed.cast.p.122). Cfr., para el tema de la bondad natural, HAVENS, G.R., Rousseau's doctrine of goodness according to nature, en "Publications of the Modern Language Association of America" XLIV (1929), pp. 1239-1245; MOREAU-RENDU, S., L'idée de bonté naturelle chez Jean-Jacques Rousseau, Paris 1929.

RUPTURA

vicio, por el contrario, será todo aquello que impida que tal conservación se realice (27).

En este sentido, y tenido en cuenta que en Rousseau la naturaleza ha quedado reducida a un conjunto de instintos vitales, "el más virtuoso sería aquel que resistiese menos los simple impulsos de la naturaleza" (28). En el état de nature tal resistencia no se da, puesto que no hay ningún obstáculo para la conservación: el ambiente ofrece todos los medios necesarios para la satisfacción de las necesidades del homme naturel. De esta manera sí se puede afirmar que el hombre es bueno por naturaleza. Pero no se deben olvidar todas las reducciones que se encierran tras esta simple formulación.

La igualdad. - Las nociones de igualdad y libertad están estrechamente relacionadas. Si la libertad significa ausencia de dominación de unos sobre otros, de la libertad se sigue la igualdad natural. En una situación como la del état de nature, en donde no hay conocimientos y todos los hombres están provistos de las mismas facultades naturales, no hay lugar para la desigualdad moral. Sólo la aparición de la propiedad, en un estado posterior al estado de la naturaleza, producirá la quiebra de esta igualdad natural, y por consiguiente, la pérdida de la libertad.

Cabe aclarar que el tratamiento que hace Rousseau de la igualdad deja sitio para una cierta desigualdad, pues concede que los hombres poseen, aun en el état de nature, la fuerza física y las virtudes naturales en diverso grado. Pero estas diferencias nunca podrán ser tan grandes como para que uno pueda ejercer la dominación sobre los demás (29).

De la misma manera que la libertad natural se pierde al entrar en la sociedad, transformándose en libertad civil, la igualdad también sufrirá una transformación en la sociedad: igualdad equivaldrá a igualdad ante la ley.

La asociabilidad. - La última de las consecuencias es que el hombre no es social por naturaleza. En el Discours define la sociabilidad como "principio contingente" (30).

27 Cfr. Discours sur l'inégalité, p. 57: "ils n'avoient ni vertus ni vices, a moins que, prenant ces mots dans un sens physique, on n'appelle vices dans l'individu les qualités qui peuvent nuire a sa propre conservation, et vertus celles qui peuvent y contribuer".

28 Ibidem (ed. cast., p. 123)

29 Cfr. ibidem, p. 39

30 Ibidem, p. 37 (ed. cast., p. 108).

Sólo las circunstancias -"un funesto azar" ⁽³¹⁾- han hecho que el hombre estableciera lazos con sus semejantes, pero no hay nada en la naturaleza que haya impulsado a los hombres a vivir en sociedad. El filósofo ginebrino ha llegado a la naturaleza humana concibiéndola como libertad, como independencia: para nada necesita de sus semejantes ⁽³²⁾. Ni en lo meramente físico -el estado de naturaleza le ofrece todo para la subsistencia- ni en lo moral -pues no hay moralidad en tal estado- el hombre necesita de la cooperación de los demás.

La vida en sociedad no es contraria a la naturaleza, pero tampoco es natural. Dadas las características del hombre desnaturalizado, la vida en sociedad es necesaria. Pero esta necesidad no proviene de la naturaleza, sino de la historia y de la cultura. Si no se hubieran dado las circunstancias que efectivamente se dieron el hombre "habría vivido eternamente en su condición primitiva" ⁽³³⁾.

3. LA "DESNATURALIZACIÓN" DEL HOMBRE

a) Las causas de la pérdida del estado de naturaleza

Conforme al núcleo original de la naturaleza humana, la salida del état de nature se explica por la libertad y la perfectibilidad. En el estado de naturaleza había un equilibrio entre los medios que el ambiente ofrecía y las necesidades que el hombre natural debía saciar ⁽³⁴⁾. Por diferentes causas exteriores, todas de orden físico, este equilibrio se rompe. En consecuencia, la naturaleza en virtud de la perfectibilidad se adapta a estas nuevas circunstancias y el hombre comienza a alejarse de su estado original.

El tono histórico-descriptivo del Discours se acentúa cuando Rousseau trata de las distintas etapas por las que pasó la humanidad hasta llegar a la sociedad. Es sobre todo en estas páginas donde se tiende a pensar que se está asistiendo a la exposición de una historia mítica de la humanidad, y no a una obra de carácter filosófico que tiene por fin sentar las bases del Derecho Natural. Procuraremos señalar tan sólo las ideas que tienen interés para el desarrollo de la teoría política

31 Ibid., p. 72 (ed. cast., p. 134).

32 Cfr. ibid., p. 57: "Il est impossible d'imaginer pour quoi dans cet état primitif, un homme auroit plutôt besoin d'un autre homme, qu'un singe ou un loup de son semblable".

33 Discours sur l'inegalité, p. 65 (ed. cast., p. 129).

34 Cfr. ibid., p. 61.

rusoniana, y en particular para la elaboración de su proyectada nueva sociedad.

En primer lugar, Rousseau afirma que al cambiar las circunstancias exteriores se desarrolla la racionalidad en el hombre. Paralelamente a este perfeccionamiento, surge la noción de propiedad, y con ella desaparecen de manera paulatina la igualdad y la libertad (35).

Impulsados por las circunstancias, los hombres comienzan a estrechar lazos. En todo este proceso hay un estado, que Burgelin denomina état sauvage (36), que es considerado por Rousseau como un paso positivo: en él, los hombres dejan de ser solitarios, pero mantienen el constitutivo esencial de su humanidad: la libertad.

A medida que se extiende la propiedad, la desigualdad se hace más profunda. Surge así el enfrentamiento entre ricos y pobres, y el estado de guerra se generaliza hasta tal punto que se hace necesario llegar a un acuerdo. De esta manera Rousseau introduce uno de los temas centrales de su teoría política: el contrato social.

b) El primer contrato social

Rousseau describe este primer pacto social, y lo califica de "hábil usurpación" (37). En efecto, como la situación de guerra era insostenible, los ricos convencieron a los pobres, a través de engaños, de que era mejor unir las fuerzas de todos en vez de emplearlas unos contra otros.

Esta unión se efectuaría en un poder supremo que gobernará a la sociedad por medio de leyes, de tal forma que todos los miembros de la sociedad tendrían garantizada la paz y la concordia (38).

Este es para Rousseau el origen de la sociedad. El contrato así estipulado es inválido, pues reposa sobre una base injusta: el poder económico (39). En una sociedad así constituida el hombre acaba por desnaturalizarse: ha perdido la libertad y la igualdad, sus pasiones

35 Cfr. v. gr. Discours sur l'inegalité, pp. 66, 73 y 78.

36 BURGELIN, P., La philosophie..., cit., p. 236 y ss.

Las sucesivas etapas de desnaturalización son denominadas état sauvage, état barbare, état policé y état lettré.

37 Discours sur l'inegalité, p. 79 (ed. cast., p. 139).

38 Cfr. ibid., p. 78;

39 Cfr. STRAUSS, L., Droit Naturel..., cit., pp. 292-293.

originales se han transformado en vanidad y amor propio, se encuentra subyugado bajo la tiranía política y, en la medida en que está alienado, se ha hecho esclavo de la opinión de los demás ⁽⁴⁰⁾.

c) El "homme naturel" y la nueva sociedad

El Contrat social comienza con la siguiente afirmación: "El hombre ha nacido libre y sin embargo vive en todas partes entre cadenas" ⁽⁴¹⁾. Es un buen resumen del pensamiento expuesto por el ginebrino en las páginas del Discours. Por eso se ha afirmado que esta frase es el nexo de unión entre estas dos obras ⁽⁴²⁾.

El resultado que arroja la investigación realizada por Jean-Jacques Rousseau es el que sigue: todo hombre posee un núcleo original, propio e inalienable, la naturaleza, que se halla oculta bajo la corrupción de la sociedad, tras la injusticia y la esclavitud, fruto de una estructura social que no responde a la naturaleza. Por las diversas circunstancias externas y por la modificación intrínseca que éstas produjeron en el hombre, un regreso en sentido estricto al état de nature es imposible ⁽⁴³⁾. El remedio es, por tanto, escuchar a la naturaleza ⁽⁴⁴⁾. Y lo que ésta manifiesta es que el hombre posee dos derechos fundamentales que se deben respetar: la libertad y la igualdad.

En las primeras páginas de este apartado hacíamos referencia a la interdependencia de la Antropología con la Filosofía Política. La nueva sociedad tiene que basarse sobre un contrato, pero legítimo, es decir, conforme a los derechos naturales. Y de esta manera, el homme naturel será patrón de medida para la construcción de tal sociedad.

40 Cfr. Discours sur l'inegalité, p. 91: "L'homme originel s'évanouissant par degrés, la société n'offre plus aux yeux du sage qu'un assemblage d'hommes artificiels et de passions factices qui sont l'ouvrage de toutes ces nouvelles relations, et n'ont aucun vrai fondement dans la nature". Sobre este particular, cfr. CROCKER, L.G., Rousseau et "l'opinion", en "Studies on Voltaire and the XVIII th century", Geneve 1967, pp. 395-415.

41 Du contrat social, libro I, cap. I.

42 Cfr. COPLESTON, F., Historia de la Filosofía, Ariel, Barcelona 1981, vol. VI, p. 86.

43 Cfr. Du contrat social, lib. I, cap. VI: "Je suppose les hommes parvenus a ce point ou les obstacles qui nuisent à leur conservation dans l'état de nature l'emportent, par leur résistance, sur les forces que chaque individu peut employer pour se maintenir dans cet état. Alors cet état primitif ne peut plus subsister, et le genre humaine périroit s'il ne changeoit de maniere d'être".

44 Cfr. COTTAS., Gian Giacomo Rousseau, en "Grande Antologia Filosofica", Marzorati, Milano 1968, vol XV, p. 856.

B.- CRÍTICA A LA TEORÍA ANTROPOLÓGICA RUSONIANA

1.- LA NOCIÓN RUSONIANA DE NATURALEZA

a) La reducción obrada por la oposición entre naturaleza y cultura

Hablábamos de la íntima unión existente entre Antropología y Filosofía Política. Seríamos incoherentes si no otorgáramos al menos parte de nuestra atención a la noción rusioniana de naturaleza humana, fundamento de su posterior elaboración político-jurídica. Se ha dicho de Rousseau que "toda su teoría parece destinada a resolver un problema puramente personal" (45), el de cómo lograr insertar al hombre en un todo social siendo éste por naturaleza libre y asocial. Este problema responde a una peculiar concepción de la naturaleza humana. "¿No es claro, dice el autor citado más arriba, que si yo me inclino, por ejemplo, hacia la tesis que del hombre un animal naturalmente social y dotado de una poderosa inclinación hacia la vida común, no comparto con Rousseau ese sentimiento de alienación y de ahogo en el orden social en cuanto tal?" (46). Habrá que determinar si la noción rusioniana de hombre corresponde a la realidad, o si, por el contrario, es fruto de unos puntos de partida equivocados.

Como se recordará, Rousseau parte de la desnaturalización del hombre en el estado de civilización artificial. La búsqueda del verdadero contenido de la naturaleza humana se lleva a cabo mediante un método de eliminación de diferencias, a través de la sistemática oposición entre naturaleza y cultura. El filósofo de Ginebra no es en esto innovador. Tomando pie de algunos textos de Ulpiano, una larga tradición de juristas medievales concibe a la naturaleza humana como el resto que permanece tras la eliminación de todo lo adquirido. A través de Bartolo, Baldo, Vázquez de Menchaca, entroncamos con Grocio y la escuela moderna del Derecho Natural, para terminar en Rousseau. El camino emprendido por el ginebrino había sido trillado por una larga cadena de juristas anteriores (47).

45 HUDE, H., Política y verdad en Rousseau, en "Anuario Filosófico", No. 2, (1982), p. 216.

46 Ibidem.

47 Ulpiano afirma en sus Instituciones (I, 2, ed. Krueger, Berlín 1954) que se llama ius naturale a lo que la naturaleza enseña a todos los animales -"quod natura omnia animalia docuit". El ius civile, en cambio, comprende dos tipos de derecho: el ius civile sensu stricto, que es el derecho propio de cada ciudad, y el ius gentium, que se compone de lo que "naturalis ratio inter omnes homines constituit". En

Este método lleva a identificar la naturaleza con un conjunto de instintos vitales: se reduce la humanidad a la animalidad. Rousseau lo admite cuando afirma que el paso a la sociedad consiste en salir de las ilimitaciones de la animalidad para ingresar en la moralidad propia de la humanidad (48). Pero esto no obsta para que Rousseau obtenga del estado de naturaleza la base firme para edificar la sociedad del Contrat social según lo que prescribe la naturaleza humana. Nos encontramos ante la siguiente paradoja: la sociedad justa se debe guiar por las normas que surgen de la naturaleza humana, pero la naturaleza humana no es más que un conjunto de instintos vitales, que configuran "un animal estúpido y limitado" (49). Si sólo en la sociedad justa se alcanza la moralidad, y la sociedad no es natural, sino producto del ingenio humano, debemos concluir que la humanidad misma es adquirida. Como afirma Strauss, "no hay verdaderamente una constitución natural del hombre: todo lo que es específicamente humano es adquirido o reposa finalmente sobre el artificio o la convención (...) Con la teoría del estado de naturaleza rusoniano, la doctrina del derecho natural llega a su etapa crítica. Analizándola atentamente, Rousseau ha manifestado la necesidad de abandonarla definitivamente. Si el estado naturaleza es sub-humano, es absurdo volverse hacia el estado de naturaleza con el fin de encontrar la norma

Digesta (I. 1, 4 ed. Mommsen-Krueger, Berlín 1954) se señala que la distinción entre ius naturale y ius gentium radica en que el primero es común a todos los animales y el segundo es propio de los hombres. Partiendo de estas distinciones, la tradición jurídica medieval que desemboca en la Escuela moderna del derecho natural hizo suya la 1ra. acepción del derecho natural. Así, para Bartolo de Sassoferrato, derecho natural es "quod congruit omnibus animalibus" (cfr. comentario No. 3 a Digesta I.1.2. en Commentaria, Venecia 1616). La imprecisión de los juristas romanos para definir el Derecho Natural, y la poca afición especulativa de los comentarios medievales hacen que surja ambigüedades al tratar sobre qué es natura. De hecho, surgen 3 nociones diversas de naturaleza. Como bien señala Carpintero Benítez, "unas veces la natura se concreta en la ratio naturalis, que conviene sólo al hombre, otras veces en el instinto natural y, por fin, en una tercera forma, difícil de caracterizar, en que la "naturaleza" consistiría en el conjunto de relaciones humanas puramente naturales, es decir, despojadas de todo lo que ha introducido la cultura y que se concreta en la absoluta libertad y consiguiente igualdad de todos los hombres presupuesta la inexistencia de la propiedad privada y del poder político" (CARPINTERO BENITEZ, F., Del Derecho Natural medieval al Derecho Natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca, Universidad de Salamanca, Salamanca 1977, p. 54). Huelga todo comentario sobre la similitud de entre las doctrinas sostenidas por estos juristas y el état de nature rusoniano. En las páginas 53-60 y 66-70 de la obra de Carpintero Benítez se puede encontrar una apretada síntesis de las diversas posturas en torno al Derecho Natural que se han dado tanto en la tradición jurídica medieval como en la Escuela moderna del Derecho Natural. Para esta última, cfr. también SANCHO IZQUIERDO, M.-HERVADA, J., Compendio de Derecho Natural, Euns, Pamplona 1981, vol. II, pp. 299 ss.; de gran utilidad resulta también RECASENS SICHES, L., Adiciones a la Filosofía del Derecho de G. del Vecchio, Bosch, Barcelona 1930, pp. 75-81.

48 Cfr. Du contrat social, libro I, cap. VII.

49 Ibidem.

humana" (50). Es que el método utilizado por Rousseau opera de tal manera que termina con vaciar la noción de naturaleza: lo único que permanece como válido para edificar la sociedad justa es la libertad, derecho inalienable de todo hombre, que se concibe como ausencia total de vínculos de subordinación. Excepto esta independencia, la naturaleza se configura como pura espontaneidad instintiva.

Rousseau, con razón, concibe al hombre como un ser perfectible: la naturaleza otorga a cada individuo una facultad por la que es susceptible de progresos o retrocesos. Esta perfectibilidad, recordémoslo, posibilita en el hombre la racionalidad y la sociabilidad, las cuales no son naturales, ya que no proceden directamente de la naturaleza sino que son contingentes, pues en parte dependen de las circunstancias exteriores. Pero el corte realizado por el filósofo ginebrino entre lo que se deriva directamente de la naturaleza y lo que no es más que una consecuencia posible de ésta es arbitrario. Que la naturaleza no nos dé directamente en el momento del nacimiento, todos los elementos, facultades, hábitos, etc. desarrollados en todas sus posibilidades, no significa que el desarrollo de sus potencialidades no sea natural.

No es satisfactoria la solución que dio Rousseau a M. Bonnet, cuando éste le, señaló que según esos postulados la racionalidad y la sociabilidad eran facultades naturales, pues derivaban de la perfectibilidad, concebida por Rousseau como natural (51).

Rousseau se limita a establecer una petición de principio: como la naturaleza no otorga directamente la racionalidad ni la sociabilidad, y en la actualidad todos los hombres son racionales y sociales, debemos suponer que estas facultades se desarrollaron en virtud del influjo de circunstancias exteriores, y que por tanto son contingentes. Pero, ¿no habría sido más sencillo admitir que si todos los hombres son racionales y sociales, lo son en virtud de su naturaleza? El prejuicio de la desnaturalización del hombre civilizado, del que parte Rousseau, le impide llegar a esa conclusión. Por eso se aventura en la búsqueda del núcleo original de la naturaleza humana, hasta encontrarlo en un estado hipotético, y, por tanto, no demostrado. Tanto su punto de partida, la desnaturalización del hombre civilizado, como su resultado,

50 STARUSS, L., Droit Naturel..., cit., pp 280-282.

51 Cfr. Lettre à M. de Philopolis, cit., p. 138; ROGERONE, G.A., Le idee..., cit., p. 111.

el estado de naturaleza, carecen de demostración: son, a lo más, suposiciones.

Ahora bien, si se considera que sobre la libertad e igualdad que supuestamente reinan en el estado primitivo se basa la sociedad justa, nos damos cuenta que Rousseau ha elevado a criterio de moralidad la naturaleza concebida como pura inmediatez, como mera espontaneidad. Un concepto reduccionista de naturaleza humana, como el que posee Rousseau, es incapaz de dirimir cualquier cuestión acerca de la moralidad de una acción, sea esta de índole personal o social. Es necesario recurrir a las facultades racionales, en primer lugar porque forman parte esencial de la naturaleza. Además, si entendemos que el bien dice una adecuación con la naturaleza, se requiere la razón para poder comparar entre una acción y su conformidad con el fin de la propia naturaleza.

Que el bien sea adecuación a la naturaleza no lo niega en ningún momento Rousseau. Cuando intenta fundar la sociedad justa, lo hace siempre teniendo en cuenta el hecho de que los hombres son, por naturaleza, libres e iguales. Pero al haber reducido los contenidos de la naturaleza humana disminuye también la finalidad misma de la sociedad: ésta sólo debe salvaguardar los derechos inalienables de la persona, la libertad y la igualdad.

b) Una respuesta a la posición rusioniana: la naturaleza entendida como proceso

Si abandonamos por un momento el prejuicio rusioniano de la desnaturalización del hombre civilizado, nada nos impide apelar a la experiencia ordinaria para discernir cuál es el contenido de la naturaleza humana. Afirmábamos hace poco, y en este punto concordábamos con Rousseau, que el bien dice una relación de adecuación con la propia naturaleza. Así, en el lenguaje ordinario, se dice de una cosa es buena cuando es idónea para un determinado fin: un buen cerezo, por ejemplo, es el que da cerezas, que está plenamente desarrollado, con un tronco esbelto, con sus ramas proporcionadas, con sus hojas, flores y frutos; un buen caballo de tiro es aquél que reúne las condiciones necesarias para su fin: fortaleza, integridad de sus partes, etc. De ninguna manera se nos ocurriría decir que un buen cerezo es aquél que no da fruto, que un buen caballo de tiro es el que cojea de una pata. Igualmente, sería absurdo concebir la

semilla en oposición al árbol o el potrillo contrapuesto al caballo adulto.

Sin alejarnos del lenguaje ordinario y del sentido común, podemos afirmar con Messner que las cosas son buenas o malas según posean o no la aptitud para cumplir las funciones que su naturaleza determina. Lo bueno por antonomasia es la perfección de que es susceptible una cosa, "el modo de ser y de obrar que es requerido por su naturaleza" (52). Según esto, lo bueno específicamente humano habrá de buscarse dentro de la perfección que el hombre puede alcanzar, es decir, en su más pleno desarrollo, y no, como hace Rousseau, en su origen, en la mera potencialidad.

Si nos introducimos en la terminología aristotélica, podemos descubrir dos nociones de naturaleza: dynamei on, naturaleza existente en germen, y energeia on, eidos physis, naturaleza en plenitud. La actividad humana se concibe como al camino a recorrer entre el estado potencial y la plena realización o perfección de la naturaleza. Así, el término de este recorrido se nos presenta configurado como fin de la naturaleza humana: el obrar humano posee un sentido teleológico (53).

La antropología rusioniana pudo contar con una noción que hiciera de la naturaleza un proceso. En efecto, la perfectibilidad que Rousseau concede a todo hombre tiende a la elaboración de la naturaleza en sentido teleológico. Pero el método abstractivo que utiliza, la arbitraria oposición entre naturaleza y cultura, impide que esta concepción pueda tener lugar en su sistema. De tal manera, al rechazar que las consecuencias de la perfectibilidad pertenezcan al ámbito de lo natural, Rousseau explica el surgimiento de las facultades racionales y de las sociedades primitivas por causas extrínsecas, que no rebasan la esfera de lo físico-sensible, y cae en especulaciones hipotéticas que minan en su base el rigor científico del procedimiento utilizado. Tal es el caso del tan traído y llevado "funesto azar", con el que pretende explicar la salida del hombre del état de nature (54).

Hemos establecido que el bien del hombre radica en su perfeccionamiento último. Pero aún nos queda por determinar los contenidos objetivos de la naturaleza humana. En la teoría de Rousseau, el núcleo original de la naturaleza contiene una serie de

52 MESSNER, J., Ética general y aplicada, Rialp, Madrid 1969, p. 42.

53 Cfr. VERDROSS, A., Abendlandsdiche Rechtphilosophie, Wien 1963, pp. 40 ss.

54 Cfr. Discours sur l'inégalité, pp. 65 y 72 (ed. cast. pp. 129 y 134).

determinaciones objetivas: el amour de soi, la pitié, y la libertad. Si nos atenemos a la letra del Discours, observamos que el único contenido específicamente humano es la libertad, pues las dos pasiones naturales son compartidas también por las bestias. De tal manera, una organización social que respete la libertad ha cumplido su cometido esencial, y será necesariamente justa.

Dentro del sistema rusioniano el razonamiento es coherente. Pero para un examen crítico se hace necesario dilucidar si efectivamente el contenido específicamente humano se reduce a la libertad natural.

El hombre está naturalmente dotado de facultades racionales: en ellas radica su diferencia específica. Rousseau, al establecer como diferencia entre los hombres y los animales la libertad natural, toma el efecto por la causa, pues la libertad es una consecuencia de la racionalidad, sobre la cual se funda. ¿Cómo puede el hombre escoger una determinada conducta de acción, si no conoce sus consecuencias, si no mide sus resultados?. Y sobre todo, ¿cómo podrá comparar y determinar su actuar si carece de un conocimiento universal que le permita discernir lo bueno de lo malo, la verdad del error? A decir verdad, Rousseau establece que en la conciencia de la libertad es donde el hombre se descubre como un ser espiritual. Pero también es verdad que niega que el ser humano posea en el estado de naturaleza la racionalidad. El filósofo ginebrino cree fundamentar su razonamiento al afirmar que esa toma de conciencia de la espiritualidad de su alma no es un conocimiento racional, sino que se efectúa a través de un séñtiment intérieur. Pero la dificultad subsiste: ¿qué significa que en un conocimiento humano es espiritual pero no racional? Si rebasa la esfera de lo sensible pero no es racional, ¿qué es? Dejamos al lector la tarea de dilucidarlo. Señalamos solamente la dificultad de fundamentar la libertad humana en un ser que carece de racionalidad.

Que el hombre es racional no hay necesidad de demostrarlo: es un dato que nos ofrece la experiencia más común, tanto exterior como interior. Sólo con un fundamento en la razón humana podemos establecer las bases firmes de la libertad. Rousseau, al no admitir ese fundamento racional, no logra más riqueza en su noción de libertad natural que la de mera independencia. Cabe señalar que esta noción padece de una carencia de contenidos objetivos: así, la conclusión más radical del estado de naturaleza rusioniano es el hombre como ser absolutamente autónomo, sin subordinación alguna.

Sólo partiendo de la experiencia, desde una posición filosófica carente de prejuicios, se hace posible la intelección más plena de la naturaleza humana y de sus contenidos esenciales. Descubrir cuáles son estos contenidos es de vital importancia si se pretende determinar cuál es la organización social que corresponde a la dignidad de la persona. La imposibilidad de encontrar esos contenidos objetivos en el sistema rusioniano desemboca en un formalismo que deja abierto el camino a un sinfín de posibles concreciones socio-políticas, algunas de ellas en clara oposición a la dignidad y a los derechos del hombre.

Si se parte de la experiencia, como decíamos poco antes, podemos descubrir en el hombre una constitución apetitiva: el ser humano está dotado de disposiciones o instintos tanto espirituales como corporales que tienden a un fin. Conviene advertir que cuando nos referimos a estas inclinaciones no estamos indicando ni los "instintos" en el sentido de inclinación biológica, común a los animales y al hombre, carentes de espiritualidad (el amour de soi y la pitié pueden ser ejemplo, dentro del pensamiento rusioniano), ni a las "tendencias" en el sentido de que cada persona, por su misma constitución psíquica, tiende a ser más sentimental, emotivo, etc., que otro. A lo que nos referimos cuando hablamos de disposiciones naturales es que la misma constitución metafísica del hombre se halla inclinada a una serie determinada de fines a los que no se puede sustraer por el mismo hecho de ser naturales. El hombre posee, en sentido ontológico, una estructura apetitiva que es propia de su esencia. Por eso estas inclinaciones se dan en el hombre de una manera peculiar: son específicamente humanas. Operan en cada persona singular y concreta no a través de una necesidad física, de un impulso ciego, sino que en cada caso se actúan mediante el ejercicio de su autodeterminación -libertad-, supuesta la facultad racional, que da el conocimiento de los fines propios de estas inclinaciones. De esta manera, por ejemplo, la inclinación natural de alimentarse no se cumple en el hombre y en los animales de la misma forma. Así como los segundos sienten hambre, y en virtud del instinto de conservación buscan el alimento necesario, el hombre es capaz de entender que tiene el "deber" de alimentarse. "Satisfacer esa necesidad de nuestro cuerpo no es simplemente una exigencia física, sino también un deber, una obligación" ⁽⁵⁵⁾.

•

55 MILLAN PUELLES, A., Persona humana y justicia social, Rialp, Madrid 1973, p. 12.

De esta manera, se pueden encontrar un conjunto de fines, que MESSNER califica de existenciales, en el sentido de que estos fines, si bien son universales, válidos para todos los hombres, han de ser realizados en las circunstancias propias de cada persona con su actuar racional y libre. La distinción entre instintos animales e inclinaciones humanas se encuentra en que "es la razón la que acomoda los instintos específicamente humanos a los fines trazados en ellos y de este modo hace coincidir la conducta humana con la verdadera realidad del hombre" (56).

Siguiendo este método de determinar, mediante la experiencia interna y externa, cuales son los fines existenciales de la persona humana, podemos enumerar con Messner los siguientes: "la propia conservación con inclusión de la intangible integridad corporal y la consideración social.

La propia perfección del hombre física y espiritual, con inclusión del desarrollo de sus capacidades para el mejoramiento de sus condiciones de vida, así como la previsión de su bienestar económico mediante la seguridad de la propiedad o de los ingresos necesarios. La ampliación de la experiencia, del saber y de la actitud para apreciar la belleza. La reproducción mediante la cohabitación y la educación de los hijos. La participación en el bienestar espiritual y material de los demás hombres, como un ser humano dotado de la misma dignidad. La unión social para el fomento de la utilidad general, consiste en el aseguramiento de la paz y del orden y en hacer posible el perfeccionamiento humano de todos los miembros de la sociedad por medio de una participación proporcional en la cantidad de bienes disponibles. El conocimiento y el culto de Dios y el definitivo cumplimiento del hombre mediante la unión con El (57).

Una vez vistos cuáles son estos fines existenciales -hecha la salvedad que la enumeración no es exhaustiva-, podemos afirmar que lo natural es lo conforme a los fines de la naturaleza. Sólo entendida la naturaleza de esta manera, es decir, como un proceso que tiende a un fin, es apta para convertirse en criterio de moralidad. A su vez, nos permite contar con una normativa lo suficientemente objetiva y concreta para determinar los contenidos justos de la organización social y política:

56 Cfr. MESSNER, J., Ética social, política y económica a la luz del Derecho Natural, Rialp, Madrid 1967, p. 31.

57 Ibid., pp. 38-39. Igual enumeración hace en Ética general y aplicada, cit., p. 41.

RUPTURA

fundamenta los derechos subjetivos de la persona, o sea los ámbitos de la autonomía que deben respetarse y la justa distribución de competencias y responsabilidades entre la persona, la sociedad y el Estado.

Criterio muy distinto al que acabamos de señalar es definir la naturaleza por oposición a "cultura". El método abstractivo-hipotético que utiliza el ginebrino reduce la naturaleza humana casi al nivel de animalidad. La libertad, único contenido específicamente humano, no cuenta con una fundamentación lo suficientemente sólida para servir de guía en la construcción de la sociedad justa.

A continuación presentamos, a pesar de que fue escrito hace tres años, un valioso aporte al fundamento de una inminente reforma constitucional. El autor, dejar ver en su trabajo un trasunto de neoliberalismo no economicista, construido principalmente sobre el pensamiento de F.V. Hayek. En tal contexto, desarrolla algunas ideas sobre democracia y estado de derecho. Este último es, para el autor, la traducción jurídica de la democracia liberal. A la luz de sus tesis, surgen algunas preguntas: ¿Por qué se ha deteriorado el valor de la democracia en el Ecuador? ¿Cuál es el significado del liberalismo en nuestro país? Las respuestas, a estas y otras interrogantes, se las dejamos a ustedes, estimados lectores. El autor es Doctor en Jurisprudencia por la PUCE y actualmente Alcalde de la ciudad de Ambato.

DEMOCRACIA Y ESTADO DE DERECHO

Dr. Luis Fernando Torres

1.- PARA PREGUNTARNOS.-

El Seminario Internacional organizado por la Fundación ecuatoriana Friedrich Von Hayek, que la preside el distinguido ecuatoriano, Rómulo López Sabando, hombre de empresa y político liberal -por sus ideales-, para reflexionar sobre el ejercicio de la libertad en nuestro país y en Latinoamérica, ayudará a dilucidar si el liberalismo está cobrando una fuerza en el mundo es su significado en el Ecuador.

¿Hasta qué punto los acontecimientos de la década anterior y de la actual -triumfos de Thatcher, Reagan, Khol, Febres Cordero; crisis del socialismo en Europa Oriental; auge de políticas liberales en regímenes socialdemócratas- que privatizan empresas públicas constituyen pruebas del éxito del liberalismo?.

Son muy optimistas, por no decir otra cosa, los liberales de pensamiento y no de afiliación partidista- que creen en el triunfo concluyente del liberalismo. El socialismo sufre una crisis de identidad fuerte. Pero no es imposible que se reconstituya si el liberalismo que

tiene ahora su mejor oportunidad, fracasa, como fracasó en Europa y América antes y después de la Segunda Guerra Mundial.

En el ámbito político, al menos en el Ecuador, el liberalismo se encuentra muy desgastado. La democracia liberal y el Estado de Derecho no constituyen garantías para el ejercicio de los derechos individuales. Y, por la grave crisis socioeconómica del país, retornó al régimen democrático en 1979, está perdiéndose, y, en su lugar, los ecuatorianos apelan a nuevas alternativas, no precisamente liberales.

2.- LO QUE PARA F.V. HAYEK ES LA DEMOCRACIA Y EL ESTADO DE DERECHO.-

¿Por qué Hayek y no otro pensador? Por dos razones: primera, porque sus ideales inspiran a la Fundación que organiza este seminario, y, segunda, porque se trata -junto con Robert Nozick- del máximo exponente del pensamiento liberal contemporáneo en quien se han inspirado los que dicen pertenecer a la "Nueva Derecha", tendencia predominante en la política contemporánea.

Hayek (David Held, 1987, p. 245) se identifica con la democracia representativa, esto es con un sistema que prevalece en todos los países que, llamándose democráticos, cuentan con la participación de representantes del pueblo para adoptar decisiones, debido a la dificultad física que el pueblo -o la ciudadanía, según los atenienses- intervengan directamente. Mira con preocupación, sin embargo, lo que puede ocurrir con la democracia de masas, en la cual, en teoría al menos, todos los ciudadanos y no unos pocos están habilitados para elegir a sus mandatarios. Este tipo de democracia abre las puertas para que una mayoría abusiva actúe arbitrariamente. Como contrapartida, Hayek plantea la necesidad de construir una democracia legal. No cree que la democracia representativa sea infalible, como sostienen aquellos que consideran que lo resuelto por la mayoría es, por este solo hecho, legítimo. El poder puede ser arbitrario aunque descansa en un procedimiento democrático en el que las decisiones sean la consecuencia del pronunciamiento mayoritario. A menudo ha habido mayor libertad espiritual y cultural en regímenes autoritarios que bajo algunas democracias intolerantes. Una mayoría democrática no puede ser la voluntad ilimitada de la mayoría.

La democracia no es un fin en sí misma. Es un instrumento al servicio de la libertad. Su verdadera función es la evitar que el ejercicio del poder sea arbitrario, para lo cual el funcionamiento de la democracia tiene

que sujetarse a determinadas reglas. En el mundo anglosajón estas reglas están contenidas en el principio "THE RULE OF LAW" (Kriele, 1980) y, entre nosotros, en la noción de Estado de Derecho, esto es, en la existencia de un marco constitucional que delinea y limita la actividad de la autoridad. Hayek. (1985, vol 3), al distinguir entre ley (norma fija p.e. Constitution, Bill of Rights) y legislación (cambios rutinarios en la estructura legal), señala que la limitación se ejerce sobre la legislación cuyo contenido no puede alterar aquellos principios comprendidos en la ley sobre la que se funda la existencia de una determinada sociedad. Así, el poder coercitivo del Estado solamente puede ser utilizado en los casos determinados con anterioridad por la ley. Los límites sobre el proceso legislativo y -también administrativo- suponen el reconocimiento de los derechos inalienables del individuo.

La democracia legal, que se opone al modelo de democracia participativa planteada por las corrientes socialdemócratas y socialistas, es la que establece las bases de una economía de mercado y de un Estado pequeño. El poder es arbitrario cuando intenta planificar y regular la sociedad, sin advertir que su intervención en la sociedad civil solamente es legítima cuando aplica normas que protegen la "vida y la libertad". La intervención estatal pierde legitimidad cuando interfiere con la propia capacidad de los individuos para determinar sus propios objetivos.

Según Hayek, (C. Rodríguez, 1986, p. 124) lo opuesto a totalitario no es democrático sino liberal. Una sociedad democrática no es necesariamente liberal: puede ser muy autoritaria. No puede existir una democracia ilimitada. Siempre ha sostenido la necesidad de restringir los poderes de la democracia, no mediante el establecimiento de un poder supremo o la mayoría sino mediante una regla constitucional general que prohíba discriminar entre los individuos y las minorías puedan resistir la opinión de las mayorías.

El debate iniciado por Hayek acerca de las relaciones entre Estado y sociedad civil y el significado de la libertad individual ha dado lugar para que sus críticos, defensores de la democracia participativa, afirmen la necesidad de considerar libertades tangibles y no abstractas, como plantea Hayek. Además, no creen que exista una separación clara entre Estado y sociedad civil. En la práctica, gobiernos liberales como el de Thatcher, han creado un gobierno centralista para vigorizar el mercado volviéndolo autoritario y no libertario, sostienen, por ejemplo, sus adversarios intelectuales.

En resumen, Hayek considera a la democracia y al Estado de Derecho como instrumentos al servicio de un gran fin: la libertad individual. Mayor valor funcional otorga al Estado de Derecho. Este establece los límites para el funcionamiento de la democracia, a fin de que la decisión mayoritaria no sea un ejercicio autoritario. El Estado de Derecho no depende de la democracia, como sí depende ésta de aquel. Y cuando esto ocurre surge la noción de "democracia legal", es decir, un mecanismo de decisión sujeto a los principios establecidos en la "ley" (principios constitucionales y declaraciones de derechos), de tal manera que, para Hayek, detrás del Estado de Derecho no está la fuerza de la democracia sino del liberalismo. La democracia es un mecanismo, como también lo es el Estado de Derecho. El liberalismo es, en cambio, un conjunto de principios y un gran objetivo.

3.- CUANDO HABLAMOS DE DEMOCRACIA, ¿DE QUE HABLAMOS?

La definición de Lincoln de la democracia como el gobierno del pueblo, para el pueblo y por el pueblo, si bien coloca a los gobernados como depositarios y destinatarios del poder, es, al igual que otras definiciones, insuficientes para explicar el contenido de un concepto aparentemente complejo.

¿Expresa la democracia una ideología, una aspiración o se trata más bien de un mecanismo constitucional? Como mecanismo institucional sirve, desde una perspectiva funcional, para que las decisiones, para ser legítimas, sean adoptadas por aquellos que, habiendo sido electos en una competencia electoral abierta -cuando los ciudadanos no deciden directamente a través de un plebiscito- resuelven por mayoría. Es un sistema político distinto del sistema social y económico, es decir, una forma de gobernar. Como expresión de una ideología y de una aspiración la democracia es algo diferente: plantea la búsqueda de la libertad política, el afianzamiento de la libertad económica, la implantación de la justicia social. Atendiendo a su finalidad, desde una aproximación teleológica, se habla de democracia capitalista, democracia liberal y democracia económica. Algunos vinculan al mecanismo democrático con la idea de lo que creen que es la democracia, para sostener que, siendo la democracia un sistema de gobierno, debe reunir tres condiciones: en primer lugar, competencia electoral; en segundo lugar, participación política, y, en tercer lugar, respeto a los derechos civiles y políticos. Aparece así la noción de democracia liberal o democracia política. Otras teorías de democracia

también incluyen el respeto a los derechos económicos y sociales para configurar el concepto de democracia económica, más importante, según ellos, que la democracia política.

La democracia, entendida como mecanismo institucional, tiene ambigüedades.. ¿Qué se entiende por mecanismo institucional democrático? ¿Solamente el Gobierno? ¿Toda la estructura estatal? ¿También la sociedad civil?. Generalmente dicho mecanismo se traduce en una estructura de gobierno y del Estado fundada en la competencia electoral y la participación popular (Larry Diamond, 1989 p. XVI; Francisco Weffort, 1984 p.55). El poder se construye a través del voto. Las decisiones gubernamentales se legitiman en el acto electoral, en el cual el pueblo escoge a sus gobernantes. Democracia es, entonces, la estructura caracterizada por las elecciones periódicas y las diversas formas de participación política de los gobernados, como diría Schumpeter (1976).

Desde otra perspectiva la democracia se expresa tanto en el Estado como en la sociedad. Los liberales, así como los socialistas, distinguen claramente entre el Estado y sociedad civil. No difieren sobre la democratización de la estructura estatal y gubernamental que, en ambos casos, se vigorizan mediante la competencia y la participación electoral. Las diferencias radican en la forma como opera la democracia en la sociedad civil. Mientras para los liberales lo importante es el fortalecimiento de las organizaciones sociales para reducir el impacto del poder estatal, para los socialistas lo significativo es algo adicional, la eliminación de desigualdades económicas (David Held, op. cit. 1987 p. 283). La democracia, según los liberales, es una categoría exclusivamente política que regula las relaciones entre el Estado y la sociedad civil mediante un pluripartidismo, la realización periódica de elecciones, el imperio de la ley y la actividad de los grupos de presión (Agustín Cueva, 1988, p. 12). Para los no liberales es además una categoría económica y social por la importancia atribuida a la igualdad económica a través de la acción estatal. La sociedad civil es un espacio entre el individuo y el Estado. Es un amortiguador entre los dos. La sociedad civil se construye en una sociedad abierta, es decir, una sociedad tolerante y libertaria, en la cual los derechos humanos se encuentran debidamente garantizados -mediante el establecimiento de un auténtico Estado de Derecho- y existe un desarrollo intenso de instituciones autónomas (partidos políticos, sindicatos, obreros, empresas, periódicos, grupos religiosos, ecologistas, universidades, etc.), que no surgen del Estado sino que actúan como

RUPTURA

agentes de la voluntad del pueblo. Los regímenes autoritarios han destruido la sociedad civil ya que las instituciones civiles -donde han existido- han sido un obstáculo al ejercicio del poder total.

Se ha debilitado en los países industrializados del mundo capitalista en los que se ha sostenido erróneamente que "no existe sociedad, sólo hay individuos y gobierno", de tal modo que el mayor atentado contra la autonomía de la sociedad civil ha provenido no solamente de los usurpadores políticos -dictadores- sino de los usurpadores del mercado -monopolios- que abusan del individuo y desconocen a las minorías y los grupos sociales (R. Dahrendorf, 1991). En Europa Oriental la tarea es la de construir una sociedad civil. En las ricas sociedades capitalistas, defenderla de la destrucción. Según R. Dahrendorf, la sociedad civil y la libertad son vulnerables no sólo en un Estado en manos de un monopolio comunista, sino también en un Estado en manos de los conservadores intolerantes del mercado libre para quienes, erróneamente, debe limitarse la autonomía de minorías activas tan importantes como radios, periódicos, centros de investigación, grupos ecológicos, y otros.

La percepción filosófica de la democracia, considerada en abstracto, ha generado algunas inquietudes. ¿Es una ideología? ¿Es un fin en sí misma? En la década de los sesenta y setenta la democracia era sinónimo de igualdad, tenía un contenido social y económico. En la década de los ochenta, con el éxito alcanzado por el liberalismo, la democracia, apoyada en el cuestionamiento al Estado bienestar y la defensa del mercado, ha incorporado nuevamente la idea de libertad hasta alcanzar un contenido político. (Cheryl Welch, 1989, p. 603). La disputa entre democracia económica y política ha favorecido a ésta. La esencia de la democracia se ha configurado con la defensa de las libertades civiles y políticas. Aunque todavía los críticos de la democracia liberal la llaman formal o burguesa es indudable que ha renacido con una fuerza inusitada al ser valorada por lo que es (Daniel Levine, 1988).

Aquellos países que están construyendo regímenes democráticos, luego de haber sufrido el despotismo de dictaduras militares y civiles, valoran la democracia política, a pesar de los agudos problemas por los que atraviesan. No están dispuestos a sacrificar la democracia política. ¿Hasta cuándo? Esta es la gran pregunta. Duras críticas ha recibido el auge de la democracia liberal, democracia sin adjetivos y parte integrante de la esfera exclusivamente política. (R. Krauze, 1987).

La cuestionan porque la democracia no puede reducirse a buscar la libertad política, marginando objetivos también importantes como la igualdad material, el bienestar, la fraternidad, la paz, la seguridad (Agustín Cueva, op. cit., p.34). No obstante, sigue todavía en pie, inclusive en América Latina, la noción de democracia "sin adjetivos" y "sin condiciones", por cuanto es la única democracia posible. La democracia económica es una lejana aspiración, irrealizable.

Es incuestionable la carga ideológica de la democracia política. Contiene elementos propios del liberalismo, como la valorización del individuo frente al Estado -el cual está en la obligación de respetar las libertades individuales-, y de las corrientes elitistas y pluralistas que dan primacía a la competencia electoral y a la participación política.

En el Ecuador, desde el retorno al régimen democrático en 1979, la consolidación de la democracia política ha sido un verdadero objetivo nacional. Ideológicamente, hasta ahora, ha triunfado el ideal democrático. Lamentablemente se observan síntomas de descontento frente a una idea que en la práctica, ha comenzado a defraudar. Las libertades individuales no tienen garantías suficientes: el poder estatal las ha vulnerado permanentemente; los mecanismos jurídicos para defender derechos no protegen al individuo; el acceso a la justicia es reducido; la voluntad administrativa prevalece sobre los jueces y los individuos.

La seguridad jurídica, sobre todo en el agro, no existe. El Estado no es guardián del orden público; es incapaz para garantizar, por ejemplo, el ejercicio legítimo del derecho a la propiedad privada. La delincuencia ha desbordado la capacidad policial. La seguridad personal depende de la suerte de cada uno. En definitiva, en ciertos casos, la autoridad se ha fortalecido a costa del individuo y en otros se ha debilitado también a costa del individuo. ¿Quién puede confiar en una autoridad que no protege las libertades individuales?. En el plano político electoral, el modelo implantado en 1979 ha ampliado el abismo entre lo político y social. Los actores políticos están totalmente desvinculados de los actores sociales que, frente a esta realidad, están haciendo política fuera de los mecanismos institucionales. La democracia representativa está debilitada, ha perdido en otras palabras, legitimidad. Con el deterioro de las condiciones económicas y sociales, los ecuatorianos, en todos sus niveles desconfían de un sistema que no da respuesta a sus exigencias. El inversionista no tiene un mercado con capacidad de compra. El pobre y marginado engrosa las filas de los desempleados y

RUPTURA

desocupados. Las elecciones, que fueron importantes en su tiempo, ahora no son más que un sucedáneo.

El deterioro de la democracia como idea y como sistema es altamente preocupante. Coloca al país frente a nuevas alternativas: la intervención militar y la implantación de regímenes autoritarios que afronten la ingobernabilidad y provocada por los errores cometidos por actores políticos -quienes nunca apreciaron las virtudes de la democracia liberal- y la desfavorable coyuntura económica ha desgastado a un sistema de gobierno y a una idea libertaria que en otros lugares ha tenido éxito. El desgaste de la democracia política es el desgaste del liberalismo político, hecho que los mismos liberales no perciben. Sería funesto que el auge del liberalismo político en Europa Oriental tenga como contrapartida su deterioro en América Latina y Ecuador.

4.- ¿HACIA DONDE VA EL ESTADO DE DERECHO?

El Estado de Derecho es la traducción jurídica de la democracia liberal. Es el complejo jurídico a través del cual se expresa el deseo de limitar el poder de la autoridad frente al individuo y sus derechos. Si bien no se identifica con la competencia electoral y la participación política -elementos de la democracia liberal-, no cabe duda que en el Estado de Derecho el origen del ordenamiento jurídico solamente se justifica en la medida en que es democrático. Debido a la vinculación estrecha entre democracia y Estado de Derecho, la decadencia de aquella es en gran parte el resultado de los defectos del Estado de Derecho. Es sumamente importante analizar su funcionamiento para saber cual es futuro de la democracia en países como el Ecuador, donde la democracia política es frágil.

Al Estado liberal se lo ha definido como Estado de Derecho al establecer, ambos, límites jurídicos al poder (G. De Verpotini, 1985 p. 226). La evolución del Estado de Derecho está vinculada al proceso de formación del Estado liberal, el cual se desarrolló en Inglaterra a partir del siglo XVII (Revolución Gloriosa, 1688 y 1689), se consolidó en Europa después de la Revolución Francesa (1789) y en los Estados Unidos a partir de la guerra de la independencia (1776), como consecuencia de su triunfo sobre el absolutismo.

Si bien los monarcas concentraban el poder político, no es menos cierto que después de la Edad Media subsistieron áreas parcialmente libres de la injerencia del monarca (p.e. autorización por parte de las asambleas para el cobro de contribuciones fiscales; autonomías municipales), lo cual facilitó la caída de las monarquías absolutas. El Estado liberal se construyó sobre dos pilares, los principios de igualdad jurídica y de libertad civil y política. El primero constituyó la reacción a las posiciones de privilegio hereditario de la nobleza monárquica. El segundo la garantía del ciudadano frente a los abusos del poder y la posibilidad en la vida pública. El Estado Liberal ha perdurado hasta ahora manteniendo la fe en los principios institucionales fijados desde fines del siglo XVIII, aunque por el auge de las libertades y derechos de carácter económico y social, su función abstencionista ha sido matizada por su intervención en el proceso económico, lo cual ha dado lugar, en algunos casos, al nacimiento del Estado asistencial e intervencionista.

El Estado de Derecho producto del constitucionalismo liberal, también ha sufrido transformaciones. Su origen radica en la lucha por la imitación de los poderes monárquicos para garantizar los derechos de la burguesía emergente. Los conflictos sociales y el surgimiento de grupos fuertes -obreros- sustituyeron la idea del Estado de Derecho por otra: sus garantías, antes que proteger a la burguesía frente al aparato burocrático de las viejas monarquías, debía garantizar el equilibrio entre grupos potencialmente antagónicos. La fuerza del marxismo, de la doctrina social de la iglesia del constitucionalismo social y la dura realidad de los países europeos de inicios de siglo impactaron sobre el concepto de Estado de Derecho, el cual no sólo debía preocuparse por la vigencia de los derechos civiles y políticos sino también por los derechos económicos y sociales. El esfuerzo por conciliar la idea liberal del Estado de Derecho con la garantía de estos derechos a gestado un concepto nuevo, el de "Estado Social de Derecho", que consagra la preocupación del Estado por el individuo y los grupos marginales y, sobre todo, la posibilidad de que intervenga en el proceso económico para proteger a dichos grupos mediante prestaciones de carácter social y económico. Las mismas constituciones de la post guerra -y, entre ellas la alemana y la italiana- al incluir un catálogo de derechos económicos y sociales (seguridad social, salario mínimo, nivel de vida digna, salud, etc.) junto a la lista de derechos civiles (vida, circulación, expresión, seguridad personal, etc.) y políticas (asociación, elegir, etc.) se han constituido en mediadoras entre lo social y lo individual.

RUPTURA

El objetivo primario del Estado de Derecho no ha desaparecido. Con el mismo vigor con el que se destruyó el absolutismo debe enfrentarse a la omnipotencia estatal actual. La noción de un Estado social de Derecho que permanezca vigilante sobre la dura realidad de grupos pobres marginados no debería minimizar la importancia del Estado de Derecho. ¿Acaso el individuo no debe ahora temer al poder estatal?. Ha habido, como en el caso de la democracia política y la democracia económica y social, confusión acerca de la independencia de los dos conceptos, es decir, si el Estado de Derecho depende la existencia del Estado de Social de Derecho. La democracia política, como ya se anotó, tiene un valor por si misma. Algo parecido ocurre con el Estado de Derecho.

La afirmación de las libertades individuales frente al Estado Supremo, implica la existencia, de varios elementos dentro del conjunto del Estado de Derecho. (Sáchica, 1975, pp. 51, 152, 485). En primer lugar, la autoridad sólo puede recibir sus facultades de una norma constitucional o legal. En segundo lugar, según el principio de reserva de ley, la actividad administrativa está predeterminada por el contexto legal. En tercer lugar, la autoridad únicamente puede interferir en la esfera de la libertad individual en virtud de un mandato legal. En cuarto lugar, las competencias de la autoridad deben estar rigurosamente circunscritas en el texto legal. En quinto lugar, se tutelan los derechos individuales por los órganos jurisdiccionales. Finalmente, el ejercicio de la autoridad -para evitar la concentración del poder- se realiza a través del mecanismo de separación de poderes, legitimado en el acto electoral. Según la formula liberal, "el individuo se halla sometido al poder del Estado, pero éste queda subordinado a la ley, la cual es creación, más o menos inmediata, de la voluntad del ciudadano, por lo que, al obedecer al poder político que no puede hacer sino lo que ordene la ley, se obedece a sí mismo, y permanece libre e igual frente a sus semejantes".

Si el poder estatal tiene su límite en el ordenamiento jurídico, ¿qué ocurre cuando las normas legales y constitucionales no tienen un contenido libertario?. Al aceptar el hecho que las normas legales expedidas por el Parlamento, expresión de la voluntad popular, o las normas constitucionales dictadas por el poder constituyente, tienen contenido libertario, ¿es imposible cuestionarles salvo cuando se originaren en una autoridad de facto?. En principio, así sería, ya que el proceso democrático es el antecedente de la producción jurídica. Pero, ¿qué ocurre si en el proceso democrático una mayoría aplasta a

una minoría?. Hayek negaría la validez de la norma. Es un problema complejo dilucidar la manera como se afirman las libertades individuales en un contexto democrático. ¿Cómo establecer la esencia de una norma libertaria?. Esto es lo primero.

La democracia liberal se ha deteriorado por la desfiguración del Estado de Derecho. En el Ecuador son muy vagos los límites para frenar la arbitrariedad de la autoridad. Revivir la idea de un auténtico Estado de Derecho es una tarea urgente. No se opone esta gran empresa a la implantación de un Estado Social de Derecho, como no se opone tampoco la consolidación de la democracia política a la búsqueda de una democracia social y económica, siempre que tanto en el uno como en el otro caso ello no implique la ampliación de la esfera estatal y pública en perjuicio de la esfera privada y de las libertades individuales.

El deterioro del Estado de Derecho en el Ecuador se manifiesta en hechos como los siguientes:

- a.- El derecho a la libre contratación es un derecho reconocido en la Constitución (Art.19 No. 12). Sin embargo, disposiciones administrativas lo han restringido, vulnerando el ejercicio de un derecho que sólo por excepción puede ser regulado por un acto legislativo. El IERAC, órgano encargado de aplicar la Ley de Reforma Agraria, ha dispuesto que "todo género" de transferencias de dominio en el agro ecuatoriano cuenten con el pronunciamiento previo de la autoridad administrativa. Afortunadamente, la Corte Suprema de Justicia se ha negado a declarar nula una sentencia de partición dentro de un juicio en que no se consultó al IERAC sobre la división de los predios (Opinión Semanal, 1991 Vol.2).
- b.- La Constitución establece el derecho a transitar libremente dentro y fuera del territorio nacional. No obstante, es muy complicado que un ecuatoriano -para no referirnos a los extranjeros- sobre todo salga de su propio país. Para la salida se le exigen varias autorizaciones, entre ellas una visa de salida expedida por el servicio de migración, en la que se examinan los antecedentes criminales del viajero. (Ibid).
- c.- Existe la prohibición constitucional de castigar a alguien sin juicio previo. La municipalidad quiteña en forma abusiva impone multas sin señalar siquiera a los responsables. Y lo que es peor, amenazan con expropiar cualquier terreno que no tuviere cerramiento, con el

simple pago del equivalente al avalúo catastral vigente, olvidando que la expropiación debe ajustarse a un procedimiento y, como se prohíbe la confiscación, el precio, fijado en un juicio, no puede ser sino el precio justo dentro de una economía inflacionaria (ibid).

- d.- El derecho de petición, consagrado a la constitución (Art. 19, No. 10) está limitado por exigencias inauditas como certificado de votación, certificado de no adeudar al IESS, para la realización de las actividades más simples. Si no se satisfacen estas exigencias la autoridad administrativa no tramita la petición (ibid).
- e.- Mediante el reglamento expedido el 28 de IV de 1989, el cual impide que los usuarios y abonados del IETEL enajenen, cedan o negocien servicios que presta el IETEL, se violó el derecho de los usuarios a usar y ceder dichos servicios. El usuario no puede ceder la línea telefónica que utiliza. (Opinión Semanal, 1990).
- f.- La libertad de expresión consagrada en el Art. 19 No.4 de la Carta Política está muy restringida en el país. Una dependencia de la Presidencia de la República, la SENAC, exige un permiso previo antes de que un ciudadano pueda instalar una emisora o circular un periódico. Lo cierto es que la exigencia no tiene una base legal sino un mero fundamento administrativo. El patrimonio del Gobierno para utilizar espacios de radio y televisión gratuitamente también atenta contra la libertad de expresión de aquellos que, debiendo hacerlo, no pueden utilizar dichos espacios como lo hace el Gobierno para promocionar sus políticas.
- g.- Los jueces de derecho no resuelven asuntos en los que están en juego bienes importantes. En su lugar, funcionarios administrativos - burócratas, en otras palabras- resuelven materias reservadas en un país civilizado a los jueces de derecho. Burócratas del IERAC tienen la última palabra sobre la propiedad agrícola. El ministro de energía es juez en materia hidrocarburífera.
El Comisario de salud tiene competencia para clausurar establecimientos industriales; puede inclusive ingresar a domicilios particulares sin orden previa de allanamiento. (Ibid).

5.- PARA REFLEXIONAR.-

Es indudable que en países como el Ecuador la democracia y el Estado de Derecho se están desvalorizando aceleradamente, lo cual amenaza

la vigencia misma del liberalismo, no porque haya cumplido su tarea, sino porque no ha funcionado debidamente. No se desgasta por lo que ha hecho sino por lo que no ha hecho.

Creer que por un triunfo de partidos de "derecha" en el mundo, la aplicación de políticas de corte liberal inclusive por lo gobiernos socialdemócratas y la desaparición de regímenes socialistas en Europa Oriental, el liberalismo ha triunfado, es exageradamente optimista. El fracaso de la democracia política y la decadencia de Estado de Derecho constituyen el final del liberalismo político. Sin un régimen, auténticamente liberal en lo político, el liberalismo económico no pasa de ser una utopía, como ocurrió en Chile donde una dictadura impuso un régimen económico sin legitimidad política alguna.

Quienes luchan por las libertades individuales deberían preocuparse por lo que ocurre actualmente con la democracia política y el Estado de Derecho. La solución no está en abolir el régimen actual para reconstruir uno nuevo sobre sus ruinas, como sostienen aquellos liberales para quienes importa solamente la libertad de expresión, de asociación, por una libertad también trascendental, como es la libertad económica y el mercado y no la libertad política, matriz del liberalismo. Es inconcebible que todavía se plantee la posibilidad de sacrificar libertades tan importantes como la libertad de expresión, de asociación, por una libertad también trascendental, como es la libertad económica, cuya plena realización depende, para quienes aprecian el liberalismo en su integridad, del ejercicio irrestricto de las libertades civiles y políticas. La tarea más importante del momento es la construcción de una sólida democracia liberal y de su auténtico Estado de Derecho a fin de que el liberalismo, en su dimensión política, tenga canales por donde pueda expresarse y sustentar, en última instancia, el funcionamiento de una verdadera economía de mercado.

Entre democracia Política y Estado de Derecho existe una vinculación íntima que impide tratarlos por separado. El Estado de Derecho es parte de la democracia. En efecto, ésta "tiene un aspecto formal que consiste en el voto. El aspecto esencial consiste en la obligación de los gobernantes de respetar y garantizar los derechos de los gobernados" (Alberto Benegas-Lynch, 1991). Igualmente la democracia es parte del Estado de Derecho: la legitimidad del ordenamiento jurídico que ampara los derechos individuales tiene su origen en el acto electoral y la participación política.

RUPTURA

La vigencia del liberalismo depende, en países como el Ecuador, de la importancia que se atribuya -por parte de los mismos liberales- a la consolidación de la democracia y al fortalecimiento del Estado de Derecho. El economicismo, al dar prioridad al mercado, ha descuidado los elementos políticos y jurídicos sobre los que se edifican las sociedades libres.

El mercado, el Estado de Derecho y la Democracia son instrumentos al servicio de un gran fin: la vigencia de la libertad. Si se privilegia solamente el mercado, soslayando la importancia del Estado de Derecho y la Democracia, no puede construirse una sociedad auténticamente abierta y libre.

Es preciso revalorizar el contenido político y jurídico del liberalismo frente a la importancia que ha cobrado en los medios políticos y académicos -de orientación liberal- la implantación del mercado. Este es tan necesario como el Estado de Derecho y la Democracia para garantizar una convivencia civilizada, respetuosa del individuo y de su entorno.

Se trata de un trabajo realizado años atrás que cobra gran interés en las actuales circunstancias. El problema considerado es el desequilibrio institucional Ejecutivo vs. Legislativo, causado por la hegemonía parlamentaria de frágil y temporal unidad. Es abordado en el marco histórico de las experiencias de inestabilidad de las III y IV Repúblicas Francesas y las ideas políticas del General Charles de Gaulle. El autor no hace ninguna generalización ni extrae ninguna aplicación inmediata al caso ecuatoriano. Sin embargo, propuestas como el fortalecimiento del Ejecutivo, su rol de árbitro, la limitación de su responsabilidad política se discuten actualmente en nuestro país. He aquí su interés. Nuestra tesis al amparo de este trabajo: La reforma política supone una ruptura institucional llena de vida, dinamismo y, sobre todo, ideas. El autor es profesor de la Facultad y Politólogo graduado en la Sorbone de París.

EL ESTADO Y LAS INSTITUCIONES SEGUN DE GAULLE (*)

Dr. Hernán Salgado Pesantes

En lugar de que nuestro país permanezca sumergido en la confusión política irrisoria en la cual se debatía, yo quise guiarle a escoger un Estado que tenga una cabeza, un gobierno, un equilibrio, una autoridad."
Charles De Gaulle (¹)

I.- REESTRUCTURACION INSTITUCIONAL

1) De Gaulle y la Inestabilidad

La experiencia de la III República francesa, acentuada por la de la IV República, donde las instituciones del régimen parlamentario adolecen

* Resumen traducido del francés, de la ponencia presentada por el Dr. Hernán Salgado en el coloquio internacional en París, con motivo del centenario del nacimiento del General de Gaulle (Noviembre 1990).

¹ Ch. de Gaulle, *Memoires d'espoir*, t. I, Plon, 1970, p. 313.

RUPTURA

de una naturaleza precaria, cuyo denominador común son las crisis frecuentes de inestabilidad, influirá de modo decisivo en la concepción política del general Charles de Gaulle y le impulsará a buscar una alternativa válida en la restructuración jurídica del Estado.

La inestabilidad ministerial en la III y IV Repúblicas fue un hecho constante. Se establece que en cada uno de estos dos regímenes el promedio de duración de los Gabinetes fue de siete meses y medio. Para la IV República se señalan 19 gobiernos en menos de doce años.

En este marco de inestabilidad caracterizado por la falta de consenso, los Gabinetes no pudieron definir una política clara y coherente; fue un actuar coyuntural sin poder abordar a fondo los problemas más graves, con consecuencias dramáticas a veces.

Por otro lado, es natural que en un órgano colegiado numeroso como es el Parlamento y dividido en varios bloques parlamentarios, sea difícil obtener la unidad de criterios en materia política y que si se alcanza mediante acuerdos o alianzas interbloques. Por eso, tal unidad será frágil e irremediabilmente temporal.

Como causa productora de este desequilibrio institucional que conduce a reiteradas crisis de gobierno todos coinciden en señalar un hecho: el predominio del Parlamento que tiende a una abierta hegemonía, subordinando al Jefe de Estado y al Jefe de Gobierno.

Este fortalecimiento del Legislativo y declinación del Poder Ejecutivo halla su antecedente en la Revolución Francesa que con sus doctrinas y prácticas políticas, luego de eliminar a la cabeza del Ejecutivo absolutista, impondrá un régimen de Asamblea. Así surgirá vigoroso el Parlamento como única y legítima encarnación de la soberanía nacional.

Es en este contexto real -vivido por la III y IV Repúblicas- donde el general de Gaulle encuentra la fuente de prácticas políticas nocivas que originan la inestabilidad en el aparato administrativo del Estado, que rompen la continuidad de la tarea gubernamental, que impiden tomar decisiones políticas en asuntos trascendentales para la vida de la nación, como sucedió con el caso de Argelia. Así lo vio de Gaulle y constantemente se referirá a estos aspectos negativos.

Es así como la experiencia de la III República, sumada luego a la de la IV República, lleva al pensamiento gaullista a la certeza de que el Ejecutivo en su conjunto debe ser fortalecido con relación al Poder Legislativo. Es necesario que sean restauradas aquellas prerrogativas que le confieren el carácter de verdadero poder. El Jefe de Estado y el Jefe de Gobierno no pueden permanecer como un simple apéndice o una prolongación amorfa del Parlamento, subordinados a éste tanto por el modo de designación como por la confianza parlamentaria que el Primer Ministro y su Gabinete deben buscar en todo momento para llevar adelante las políticas y los programas de gobierno.

Además, no escapa al criterio de De Gaulle que la clásica separación de poderes -que entraña también un equilibrio de poderes- se torna casi inexistente y en todo caso inadecuada cuando en la organización del Estado, el Parlamento impone su hegemonía a expensas de reducir las atribuciones del Ejecutivo.

Como se sabe, en el siglo XX aparece la tendencia a vigorizar al Poder Ejecutivo entre los Estados Europeos de régimen parlamentario. Para ello contribuyeron las circunstancias propias de cada Estado, sin embargo hay causas más o menos generalizadas que estimularon este proceso, entre las cuales suelen señalarse: la crisis económica de 1929 con su secuela de desempleo y trastornos socio-políticos, agravada por la segunda guerra; el criterio de eficacia como nuevo arte de gobernar y que los pueblos exigen de sus mandatarios; y, la tendencia a la personalización del poder que resurge en este siglo.

Estas causas no eran ajenas para la Francia de De Gaulle e incidirán en favor del fortalecimiento del Ejecutivo, convergiendo hacia la reestructuración institucional planteada por de Gaulle.

La economía francesa de la segunda post-guerra se rehacía lentamente en medio de dificultades. Parecería que estaba condenada a la parálisis por mucho tiempo, comentará de Gaulle años después. Nadie ponía en duda que luego de la reconstrucción se debía llegar a un desarrollo económico sostenido, superando los problemas monetarios y financieros, pero faltaba el impulso necesario pues la decisión política naufragaba en la inestabilidad institucional, en la falta de continuidad de los programas, creando una atmósfera de incertidumbre y de desconfianza.

En cuanto a la eficacia administrativa, ésta sería una meta difícil a alcanzar mientras subsistan los desajustes institucionales tantas veces mencionados y que tienen como punto de partida la debilidad crónica del Ejecutivo. El pueblo, además de exigir una gestión gubernamental eficiente, no quiere un poder abstracto y anónimo, desea que el poder tome una forma concreta a través de un líder, que se personifique en él. La idea de un poder personalizado imprime confianza en la multitud, al conocer a quién dirigirse, presentar sus necesidades y esperar soluciones.

2) Hacia el fortalecimiento del Ejecutivo

Partiendo del análisis del Ejecutivo parlamentario, tal como se había instaurado en Francia, de Gaulle constata que el Presidente de la República se ha convertido en un mero espectador, en un simple testigo de la vida política francesa, frente al rol -también limitado- que juegan el Jefe de Gobierno y su Gabinete, quienes deciden los destinos políticos del Estado pero contando con la aquiescencia del Parlamento.

Al escribir sus memorias de Gaulle recordará que bajo la III y IV Repúblicas se dio el hecho de que el Presidente de la República, elegido por el Parlamento para un período de siete años, "no disponía de decisión sino para conmutar la pena de muerte, a pesar de que él fue parcialmente revestido de las apariencias de soberanía", y a pesar también de la influencia que podría ejercer en algunos casos y de que todo fuera decretado o promulgado en su nombre. ⁽¹⁾

De Gaulle no está de acuerdo en mantener al Presidente de la República supeditado en primera instancia al Premier y a su Gabinete y luego al Parlamento mismo. Si el Presidente es la encarnación de la nación en su devenir, él está convencido que debe jugar un rol propio acorde con su naturaleza y su alta jerarquía. Piensa que por encima del Gobierno y del Parlamento debe haber una cabeza directamente nombrada por el conjunto de la nación, con suficientes atribuciones que devuelvan a la Presidencia de la República su razón de ser. Y para conseguir esta finalidad hay que dotar de independencia al Jefe de Estado.

1 De Gaulle *op. cit.* , p. 283.

Otro punto que merece atención, y que justamente las atribuciones presidenciales deberán modificar, son las relaciones del Jefe de Estado con el Primer Ministro y su Gabinete y frente al Parlamento.

3) El rol de árbitro

En la concepción de vigorizar al Ejecutivo, defiende la idea de De Gaulle es aquella de que el Presidente debe desempeñar la función de árbitro de la República por encima de las contingencias políticas. Con apasionamiento insistirá en este punto, a partir de su discurso de Bayeux.

La noción de arbitraje al ser incorporada en el texto constitucional de 1958 mantendrá cierta ambigüedad y dará lugar a equívocos. Corresponderá a los juristas desentrañar el significado y alcance de esta expresión. Muchos se inclinarán por ver en el "arbitraje" una función exclusivamente orientadora de la política, más que un poder discrecional o de facultades implícitas que puede tener el Presidente de la República al asumir su rol de árbitro; pues, el poder concreto -o competencia en este caso- para realizar tal o cual acto de gobierno lo tiene el Consejo de Ministros y su Premier.

Sin embargo, al introducirse en 1962 la reforma constitucional de elegir al Presidente de la República a través del sufragio popular directo, la noción de arbitraje va de hecho a tomar una significación y trascendencia mayores. Lo cual guardará conformidad con el pensamiento que al respecto tenía de Gaulle, quien en su concepción integral del Estado y de la política no reducía la noción de árbitro a los límites dados por los exégetas de la Constitución.

De Gaulle entendía que el rol presidencial en tanto que árbitro de la nación, debía ir más allá de la función de orientar las políticas del Estado, más allá de jugar un papel de amigable componedor de conflictos institucionales, no obstante la relevancia que todo esto pueda tener. Además, el General no podía ser un árbitro neutro al tratarse de asuntos vitales para la nación y sobre los cuales tenía convicciones firmes y precisas, coherentes con su vida, pensamiento y acción.

4) Atribuciones presidenciales

Entre las atribuciones efectivas que tendrá el Presidente de la República para intervenir con suficiente poder de decisión, en la esfera que le

corresponde, y dejar de ser un simple testigo o espectador, están: la de nombrar al Primer Ministro (pero no puede revocarlo), lo cual permitirá al Presidente, en cierta medida, escoger a la persona y ejercer mayor influencia -a través del Premier- en la conducción política del Estado.

Igualmente, tiene como prerrogativa propia la de disolver la Asamblea Nacional con bastante libertad, sin necesidad de refrendación ministerial. Las únicas restricciones son: pronunciada una disolución no podrá el Presidente recurrir a otra, dentro del año que sigue a las nuevas elecciones legislativas; no es posible la disolución durante el ejercicio de poderes excepcionales por parte del Presidente, ni tampoco en caso de vacancia de la función presidencial.

Esta atribución que toma una significación diferente de la que tuvo en los regímenes anteriores, contribuirá a mantener la estabilidad del Ejecutivo, particularmente del Gobierno.

Otra importante atribución está dada por el derecho que tiene el Presidente de la República de recurrir a la consulta popular de referéndum, sin necesidad de refrendación ministerial pero con ciertos límites: el Presidente no puede actuar sino a petición conjunta de las dos Asambleas o del Gobierno quien debe solicitarlo mientras duren las sesiones parlamentarias. También el objeto del referéndum se limita a los proyectos de leyes relacionados con la organización de los poderes públicos y para autorizar la ratificación de un tratado que pueda tener incidencias en el funcionamiento de las instituciones.

El referéndum viene a ser un sustituto de la Facultad de disolución, en el fondo busca romper la hegemonía de Parlamento.

5) Refrendación Ministerial

Partiendo del criterio de que hay que revestir de independencia al Presidente de la República, de Gaulle cree adecuado alejarle -en primer lugar- de la tutela de los Ministros para que el Presidente sea independiente.

Según la antigua práctica, los Ministros debían refrendar todos los actos presidenciales, lo cual suponía que ellos estuvieran de acuerdo para que dieran su conformidad. Esta forma de subordinación del Presidente de la República no puede continuar.

Dentro de un nuevo ordenamiento constitucional en que al Presidente de la República se le dan mayores atribuciones como árbitro y garante de la independencia nacional, no necesitará de la refrendación ministerial para ejercer tales atribuciones. En cambio se la mantendrá para los demás actos ejecutados por el Presidente de la República en el marco de sus funciones tradicionales como representante del Estado.

De este modo y para jugar su nuevo rol, el Presidente de la República debe conservar su independencia frente al Consejo de Ministros, pues si necesitara de la refrendación estaría impedido de ejercer sus atribuciones y su decisión política no podría imponerse. Esta cuestión tomará mayor trascendencia una vez aprobada la designación presidencial mediante sufragio universal directo.

6) Incompatibilidad de funciones

Para corregir experiencias pasadas y dotar de mayor cohesión al Gabinete ministerial, de Gaulle sostendrá firmemente por encima de criterios opuestos, la tesis de la incompatibilidad entre el mandato parlamentario y las funciones ministeriales.

Este principio que rige en la mayoría de los sistemas presidenciales, será incorporado en la Constitución de la V República. Esta incompatibilidad contribuirá a que el Primer Ministro y su Gabinete conformen un cuerpo homogéneo, con un espíritu de solidaridad y de cohesión sólida frente al Parlamento.

7) Responsabilidad del Ejecutivo

El Gobierno que es el encargado de determinar y conducir la política de la nación, mantiene su tradicional responsabilidad ante el Parlamento, particularmente ante la Asamblea Nacional.

Si se compara con los regímenes anteriores, la responsabilidad del Gobierno ante la Asamblea ha sido objeto de limitaciones. En la práctica, y conforme a las ideas de De Gaulle, se verá aparecer una responsabilidad del Gobierno ante el Presidente de la República. En este contexto, la Asamblea Nacional ejercerá un control discreto de la acción gubernamental.

En cuanto a la responsabilidad presidencial se establece que el Presidente de la República en el ejercicio de sus funciones no es

responsable sino en el caso de alta traición. Lo cual puede parecer un contrasentido si se considera las importantes atribuciones que se le ha otorgado, pero precisamente por ser árbitro y garante de la independencia nacional se le protege y se le pone a recaudo de cualquier acusación en su contra que pudiera provenir del Parlamento.

Esta cuestión de la irresponsabilidad jurídica del Presidente de la República tomará mayor sentido al introducirse la elección presidencial por sufragio universal directo: si su designación proviene del pueblo (al igual que la Asamblea Nacional) será normalmente el pueblo quien juzgue su responsabilidad política, salvo casos de excepción.

8) Presidencia y Sufragio Directo

Una idea que irá paulatinamente abriéndose camino es la de elegir al Presidente de la República a través del sufragio universal directo. Esta idea gaulliana se inscribe en el contexto de las nuevas atribuciones presidenciales y del relevante rol que debe tener el Presidente de la República, para lo cual se le reviste de la independencia necesaria que le permita un eficaz desempeño de sus funciones. Aspectos que ya fueron señalados.

La designación del Presidente de la República por el Parlamento es para de Gaulle una incoherencia. En tanto que la elección presidencial dependa de la voluntad del Parlamento, la libre decisión del Jefe de Estado se verá constreñida, pues ¿cómo podría oponerse al Parlamento en aquello que sus prerrogativas le permitan decidir?

Sin embargo, establecer el sufragio universal directo en la Constitución de 1958 no era aconsejable por diversas razones que han sido puntualizadas debidamente. Sea a causa del rol secundario que hasta entonces mantuvo el Presidente de la República y por los prejuicios existentes en los distintos sectores políticos, lo cual podría desconcertar al cuerpo electoral; o, por la influencia que el partido comunista ejercería en una elección directa; o, también, por la incidencia que mantendría la votación de las antiguas colonias, las cuales estarían llamadas a participar.

De Gaulle esperará cuatro años para concretar esta importante reforma que, junto a las otras ya introducidas, dará una fisonomía muy particular al régimen político francés.

En virtud de la intervención directa del pueblo para designar al Presidente de la República, éste adquiere un carácter que acentúa su rol político. El Jefe de Estado se convierte en el representante directo e inmediato del pueblo, con igual título que la Asamblea Nacional y viene a constituirse real y efectivamente en el depositario de la soberanía, tanto como el Parlamento o una de sus Cámaras, despojándole de su exclusividad en este aspecto. De ahora en adelante, la legitimidad presidencial también se fundamenta en el pueblo, cosa que antes estuvo reservada solo al Parlamento.

Al mismo tiempo, el Primer Mandatario de la nación toma mayores responsabilidades políticas frente a sus mandantes, con quienes adquiere un compromiso histórico ineludible. En consecuencia, debe asumir un papel activo en la conducción política del Estado, con miras a satisfacer las aspiraciones y la confianza que el pueblo depositó en su persona.

Este liderazgo que asume el Presidente revela una personificación del poder. "El pueblo reunido -dice Prétot- tiende necesariamente al poder personalizado, pues el ejercicio de la autoridad implica una presencia y una voluntad". (2)

El Presidente de Gaulle hará valer su liderazgo frente al Gobierno y al Parlamento y no faltarán las repercusiones políticas en la organización institucional de la V República. Se dirá que el Presidente de Gaulle verá transformarse paulatinamente su rol de árbitro en rol de gobernante.

¶) Conclusión

La restructuración jurídico-política impulsada por el general de Gaulle modifica en mucho al régimen parlamentario francés al introducir en él algunos elementos del sistema presidencial. Sin embargo, el nuevo régimen gaullista no se inscribe tampoco en el sistema presidencial clásico, por cuanto el poder político que corresponde al Ejecutivo no reposa exclusivamente en el Presidente de la República sino que es compartido entre el Jefe del Estado y el Gobierno; además de conservar la prerrogativa de la disolución, propia del parlamentarismo.

De este modo se plasman muchas de las ideas políticas del general de Gaulle, sobre el Estado y sus instituciones, señaladas especialmente a

2 Marcel Prétot, *Histoire des idées politiques*, 4 e. éd., Dallos, 1970, p. 581.

partir de su discurso de Bayeux en 1946, en calidad de simple ciudadano; ideas que luego desarrollará con algunas variantes a su regreso al Poder en 1958 y al dirigir los trabajos para la nueva Constitución de Francia.

Esta restructuración constitucional de las instituciones, según el pensamiento de de Gaulle, permitirá al Estado ser un instrumento de la unidad, del interés superior del país y de la continuidad en la acción nacional. Una vez más, el General ha cumplido su misión: "Desde que los cañones se hubieron callado, yo había fijado mi comportamiento".⁽³⁾

II.- EL ECUADOR Y DE GAULLE

1) La visita

Transcurría el año de 1964, el general de Gaulle, un año antes de terminar su período presidencial y ser reelecto, visitaría oficialmente a la República del Ecuador los días 24 y 25 de septiembre. El anuncio de la llegada del Presidente de Gaulle despertó gran expectativa en la ciudadanía y en los medios de comunicación social que le dedicaron innumerables artículos antes, durante y después de su estadía en suelo ecuatoriano. Estaba claro que no se trataba de una visita protocolaria cualquiera, era el arribo de un personaje aureolado de leyenda, de un soldado con rango de héroe y de un político de grandes realizaciones.

El día de su llegada, los ecuatorianos se congregaron numerosos en el aeropuerto de Quito y a lo largo del trayecto que conduce hasta la casa presidencial situada en el centro antiguo de Quito, ciudad declarada por la UNESCO "Patrimonio de la Humanidad".

En la Plaza Grande y calles que dan acceso a la casa presidencial (hermoso edificio del siglo XVIII) una multitud esperaba ansiosa al Presidente de Gaulle y a su comitiva; a su arribo un estallido de aplausos y vítores rompió el cansancio de la espera. La silueta alta e imponente del General, vistiendo uniforme militar, era fácilmente observada por la multitud, allí estaba un auténtico héroe de la segunda guerra mundial y el hombre que simbolizaba la grandeza pasada y presente de su país.

3 De Gaulle, op. cit., p. 11.

El entusiasmo del público fue mayor cuando de Gaulle tomó la palabra y hablando en español saludó y agradeció al pueblo ecuatoriano por la calurosa acogida; recordó los vínculos culturales y de amistad que unieron en todo tiempo a las dos naciones; renovó la solidaridad de Francia para con los países en vías de desarrollo, con el tercer mundo; ofreció la cooperación en diversas áreas e hizo votos para que el Ecuador alcance su pleno desarrollo con libertad y en paz.

Los hechos de esta memorable visita quedarían reseñados en los diversos periódicos ecuatorianos; la fotografía y la televisión recogerían las imágenes, preservándolas del tiempo.

2) Personalidad multifacética

Para los ecuatorianos Charles de Gaulle es una personalidad de múltiples facetas, siendo las más conocidas las del soldado, del político y del estadista. No se puede evocar a de Gaulle sin recordar que fue el hombre que el 18 de junio de 1940, devolvió la esperanza a una Francia vencida y ocupada y levantó el honor de la nación.

Su devoción a la causa de la Patria y su concepción de la grandeza nacional nos trae a la memoria la actitud de nuestros próceres que lucharon por darnos la independencia en el siglo XIX. Bien podríamos decir que de Gaulle fue -sin saberlo- un seguidor de los ideales del Libertador Bolívar, cosa que sucede cuando se persiguen ideales que corresponden al hombre universal, a la humanidad entera.

El Ecuador que inició la lucha por su independencia el 10 de agosto de 1809 y luchó años en conseguirla, ha sido siempre sensible a los movimientos independentistas de los diversos pueblos del mundo. En la década de los años cincuenta, los ecuatorianos seguimos de cerca las luchas en Indochina y luego el drama de Argelia, donde las diversas circunstancias tornaron cada vez más compleja cualquier solución.

Precisamente, para conjurar la crisis argelina que amenazaba convertirse en crisis de la Metrópoli reapareció "el más ilustre de los franceses" y llevaría a cabo, con pulso firme, la emancipación de las antiguas colonias o protectorados franceses.

No hay duda de que de Gaulle supo comprender el inmenso movimiento de independencia que sacudía a los pueblos colonizados;

una de sus quejas fue la indecisión demostrada por los Gobiernos y los partidos políticos frente a esta delicada situación.

3) De Gaulle político y estadista

El general de Gaulle, con su clara visión de hombre político, comprende que el Estado y sus instituciones deben caracterizarse por su estabilidad y continuidad. Solo así el poder político podrá adoptar y mantener las decisiones convenientes a los altos intereses nacionales, en una atmósfera de orden, paz y justicia.

No pasa desapercibido para de Gaulle que la estabilidad y continuidad de las instituciones estatales crea y aplica, a su vez, determinados valores comunitarios. Así el respeto al principio de autoridad que viene a ser el fundamento de todo ordenamiento social, político y jurídico, siempre y cuando esta autoridad se sustente en sólidas bases de legitimidad; la concordia que reagrupa y unifica a los miembros de la comunidad, venciendo los antagonismos que los separan e impulsándolos al *consensus* político indispensable para vigorizar a la nación-Estado.

Esta clara conciencia de la estabilidad y continuidad institucional ocupó un lugar especial en el pensamiento de los hombres que organizaron -en el siglo pasado- a las nacientes repúblicas latinoamericanas. El Libertador Bolívar supo aquilatar los bienes que derivan para los pueblos de la estabilidad política, nuestros presidentes Rocafuerte y García Moreno buscaron denodadamente encauzar al Ecuador por tal camino. Empujadas por el vértigo de la política -construyendo y destruyendo- las naciones latinoamericanas desde los albores de su independencia difícilmente encontraron períodos de estabilidad y continuidad institucionales que aseguren un desarrollo progresivo e ininterrumpido.

No hay duda que esta difícil empresa requiere la presencia de verdaderos estadistas frente al timón del Estado para aprehender la difusa realidad de un país, señalar cuáles son sus objetivos permanentes, "los intereses superiores de la nación" como dirá de Gaulle, para lograr el *consensus* integrador, reduciendo los antagonismos partidistas y poner a las instituciones en marcha.

4) De Gaulle frente al pueblo

Toda acción política y cualquier reforma institucional deben contar con el apoyo y el *consensus* popular o al menos de la mayoría. Es una cuestión que se inscribe en la naturaleza misma del sistema democrático. El Ecuador -como las demás Repúblicas Latinoamericanas- ha sufrido de regímenes autocráticos que han marginado la participación popular; afortunadamente no hemos conocido los sistemas represivos implantados en otros países. El pueblo ecuatoriano aprecia en alto grado intervenir en la vida política y se adhiere a los políticos que se identifican con sus intereses, pero esto originó el fenómeno político del "populismo" donde el líder demagogo explota las necesidades socio-económicas del pueblo para obtener su apoyo.

En este punto, de Gaulle se nos presenta como un líder democrático frente a su pueblo, desprovisto de trasfondos políticos. Su trayectoria de soldado y de hombre de Estado tuvo como base la legitimidad popular. De Gaulle insistirá constantemente en la idea de que: "es necesario que exista y se mantenga entre el pueblo y yo un acuerdo fundamental" (4)

De Gaulle buscó fervientemente la adhesión popular y ésta le fue propicia, acompañándole en los momentos más difíciles. Ejerció un liderazgo carismático que permitió reunir y unificar a su alrededor a todo un pueblo.

El rol de árbitro ejercido por el Presidente de Gaulle pudo transformarse en muchas ocasiones en rol de gobernante, como señalan politólogos y constitucionalistas, pero eso se debió básicamente a la personalidad histórica de de Gaulle. Solo él podría dar determinadas soluciones o tomar cierto tipo de decisiones y ser acatado por todos o sino por la mayoría.

Era un hombre digno de confianza y su pasado prestigioso garantizaba una gestión política honesta en todo sentido, eficaz y orientada -en todo momento- a realizar los intereses superiores de la nación. "Yo siento como inherente a mi propia existencia el derecho y el deber de asegurar el interés nacional". (5)

4 De Gaulle, *op. cit.*, p. 284.

5 De Gaulle, *op. cit.*, p. 284.

RUPTURA

Una de sus convicciones fue la de respetar en todo momento la legitimidad que emana del único titular de la soberanía, el pueblo. Basado en esta convicción instituyó la consulta popular de referéndum como mecanismo regular que permita la participación activa de los ciudadanos.

Esto que constituye uno de sus méritos dio también lugar a lo que consideramos la mayor crítica de su paso por la Presidencia de la República: el haber convocado -al menos en dos ocasiones (28 octubre 1962 y 27 abril 1969)- a consulta popular de referéndum por encima de la Asamblea Nacional, sin dar cumplimiento al Art. 11 de la Constitución.

En todo caso, de Gaulle estimuló la participación activa de sus compatriotas para tomar las grandes decisiones políticas y no podrá reprochársele de acudir a la fuente de la soberanía en busca de la decisión popular, como principio orientador de su gestión política. Lo cual constituye el fundamento de todo régimen que aspira a ser democrático.

5) De Gaulle y la dictadura

Una última faceta de la personalidad de de Gaulle que atrae a los ecuatorianos es aquella de no haber caído en la tentación del poder absoluto, del recurso a la fuerza como suprema instancia de decisión.

De Gaulle, antes o después de ser elegido Presidente, jamás buscó violentar las instituciones por un acto impositivo de fuerza. Pudo incurrir de buena fe en algunas decisiones discutibles, como en el caso del referéndum para aprobar el sufragio universal directo como medio de elección presidencial. Pudo a veces imponer el peso de su prestigio en tal o cual decisión pero se mantuvo a distancia de un cesarismo o bonapartismo autocráticos, sin resbalar por la fácil pendiente de la dictadura aunque bien pudo actuar en esta dirección en diversas ocasiones, sin embargo tomó cuidado de no hacerlo.

En efecto, de Gaulle prefirió retirarse del Poder y partir a la vida privada, sea el 20 de enero de 1946 o el 28 de abril de 1969. O bien, inconforme y en desacuerdo con el proyecto de Constitución de 1946, romperá su silencio para intervenir en el debate constitucional en Bayeux o en Epinal, pero no ejercerá otras armas que no sean las de sus ideas.

Su regreso al Poder a fines de mayo de 1958, en circunstancias dramáticas para su país, se hará por los cauces institucionales sin violentar los procedimientos. En esa coyuntura histórica de Gaulle recordará que:

"¡La República! Hubo un tiempo en que ella fue traicionada por los mismos partidos. Entonces yo enderecé sus armas, sus leyes, su nombre... ¿Creen que a los 67 años, yo voy a comenzar una carrera de dictador? (6)

Años atrás en su discurso de Bayeux, de Gaulle se detuvo a analizar lo que es la dictadura, cómo en sus comienzos parece ventajosa más su arranque dinámico del primer momento termina por convertirse en la desgracia de una nación, que luego se hallará más abajo de lo que estuvo antes de que la aventura dictatorial comenzara.

Consecuente con esta convicción, de Gaulle no solo que repudió la dictadura en su favor, sino que evitó que la reacción militar diera un golpe de Estado en su país frente a la crisis que provocó la idea de la independencia de Argelia, posibilidad que subsistió hasta más allá de 1962.

Noble ejemplo de civismo y de conciencia política que no deben olvidar los líderes y militares latinoamericanos que periódicamente encuentran -como solución a los problemas nacionales- el camino fácil del golpe de Estado, del cuartelazo, de la dictadura.

6) Una última palabra

La V República, fruto de la restructuración jurídico-política emprendida por el general de Gaulle, ha sobrevivido en mucho a su creador. El sistema institucional se ha consolidado con el paso del tiempo, a despecho de los avatares políticos y de las nuevas situaciones que se dieron en los años ochenta.

Con la perspectiva histórica de las tres décadas transcurridas podemos afirmar que la V República, que bien podría denominarse régimen gaullista, no constituye en modo alguno una simple alteración, de naturaleza más o menos híbrida, del viejo régimen parlamentario. Se trata ante todo de una renovación institucional, de una renovación plena de vida y de dinamismo político, introducida por un hombre de pensamiento y acción que cristalizó su utopía.

6 Conferencia de prensa del 19 de mayo de 1958, in André Hauriou-Jean Giquel: *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 7e. éd., 1980, p. 877.

Entre los temas de Derecho Constitucional que más polémica ha causado en los últimos años de democracia se encuentra el del Control Constitucional, pues, el Tribunal de Garantías Constitucionales, no tenía el poder ni la independencia suficiente para cumplir su misión. En este trabajo, el lector encontrará un estudio fundamentado que propone la creación de un Tribunal Constitucional con jurisdicción propia y atribuciones claras y limitadas, y evalúa tanto los sistemas de control como los proyectos de reforma sobre el tema desde la perspectiva del Derecho Constitucional Comparado. Los puntos que más preocupan son: la naturaleza del órgano de control, su conformación, sus facultades y la existencia de una ley orgánica que regule su organización y funcionamiento y el valor de sus sentencias. El autor es Coordinador de Proyectos del CIDES y catedrático de nuestra Facultad.

PERSPECTIVAS PARA UN CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ECUADOR

Jaime Vintimilla Saldaña

I. ANTECEDENTES Y CONCEPTOS PRELIMINARES

El derecho, en general debe cumplir una tarea de reiterada adaptación a la realidad social y a la coyuntura histórica de una determinada sociedad. Es así como dentro de este marco surgió el Derecho Constitucional, como disciplina jurídica autónoma, acompañado además de una corriente filosófico-política denominada CONSTITUCIONALISMO, que a partir de la Revolución Francesa, dio origen a los llamados ESTADOS DE DERECHO, cuya característica principal es la entera sumisión del Estado a normas jurídicas.

Es decir, el Estado regla con normas de derecho, cuanto más sea posible, la propia organización y actividad en las relaciones con los ciudadanos, mediante adecuados institutos jurídicos. Así las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, como regulados por el derecho, son relaciones jurídicas; en tanto que los poderes estatales fundamentados en la norma legal son poderes jurídicos.

Por otra parte, cabe indicar que el sistema jurídico de un Estado supone un conjunto jerarquizado de normas, que se interrelacionan dependientemente, según un orden de prioridades valorativas que encuentran su base de sostén en la Constitución o norma jurídica superior. Surge así el principio de la Supremacía o Superlegalidad de la Constitución, que se sintetiza en la superioridad de la Carta Política sobre todos los actos jurídicos que integran el ordenamiento estatal y en la necesidad ineludible de proteger la libertad del individuo. Por esto a la Constitución se la conoce como la **Lex Leguum**, al ser la primera entre todas las normas jurídicas, pues definitivamente sienta los valores supremos de un ordenamiento y desde esa supremacía es capaz de exigir cuentas, de erigirse en el parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas del sistema. Se concluye, entonces, que el orden jurídico del Estado depende de la Constitución.

Seguramente por esto advertimos que la Supremacía constitucional junto a la noción de poder constituyente⁽¹⁾ han sido instrumentos del constitucionalismo para conseguir un objetivo: Limitar el poder, pues garantizan el ejercicio democrático del poder frente a los riesgos del autoritarismo y la arbitrariedad.

Este principio se subdivide, a su vez, en dos aspectos: Supremacía material por un lado, y en formal por otro; la primera implica que la Constitución es el origen de la actividad estatal y, en consecuencia, todas las demás normas jurídicas le están subordinadas al igual que los gobernantes (tanto el Parlamento como el gobierno), pues sus poderes o competencias emanan de la misma Constitución, por ello que el profesor Burdeau explica que la supremacía material de la Constitución resulta del hecho de que ella organiza las competencias. En tanto, la supremacía formal surge cuando la Carta Fundamental es escrita y sobre todo si es rígida, es decir, que sus normas han sido consagradas a través de ciertos procedimientos especiales, diferentes a los de la ley ordinaria, y del hecho que para modificar esas normas se requiere igualmente de procedimientos peculiares. Por eso Luis Fernando Torres expresa que la supremacía material es sustantiva, por oposición a la formal que sería adjetiva o procedimental, pues a través de esta última la misma Carta política refuerza la supremacía material al dotarla fundamentalmente de garantías procesales.

¹El poder constituyente es la voluntad política originaria, que es la creadora del orden jurídico y por lo mismo no está sujeta a ninguna norma de Derecho, sino a un juicio de valor así como a la necesidades sociales respaldadas por la evolución humana.

Para nuestro estudio, la Supremacía material es la de mayor trascendencia, pues tiene que ver con el contenido de la Constitución que comprende los elementos necesarios para que el orden jurídico pueda existir⁽²⁾, y entre las consecuencias esenciales de la supremacía material encontramos las siguientes:

a) El control de la Constitucionalidad y, b) La imposibilidad jurídica de que los órganos deleguen el ejercicio de las competencias que les ha atribuido la Constitución⁽³⁾.

De este modo aparece el concepto del control de la Constitucionalidad, como una figura desprendida por la necesidad de mantener al Estado de derecho y la superlegalidad de la Constitución, ante los arrebatos de la sed de poder y frente al peligro constante del desorden en el desarrollo de las actividades estatales sujetas a derecho. Entonces esta institución del control Constitucional busca la conservación de la intangibilidad de la Carta Magna como marco legal de la acción de los gobernantes, o sea, como instrumento de limitación del poder político.

II. EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Es importante aclarar conceptos o calificar las situaciones o las relaciones sociales encasillándolas en las instituciones jurídicas pertinentes para aclarar y poder aportar, de este modo, reglas o sugerencias que hagan que estas situaciones mejoren o se perfeccionen, caso contrario, se buscarían relaciones procedentes de acuerdo a cada realidad, como acontece con nuestra crisis institucional actual.

El control de la Constitucionalidad sería uno de los objetivos de la llamada jurisdicción constitucional, que tendría un lugar aparte junto a la jurisdicción ordinaria o común y a la jurisdicción especial⁽⁴⁾.

²Las partes dogmática y orgánica pertenecen generalmente a la mayoría de las Constituciones.

³Para César Enrique Romero derivan del principio de la supremacía constitucional, el problema del poder o poderes constituyentes, el del control de constitucionalidad de leyes o de actos de gobierno, incluso de las sentencias, luego dice que todas estas instituciones están orientadas en la finalidad de mantener la supremacía constitucional. No estaría de acuerdo para el caso específico del poder constituyente originario o primigenio que es la institución jurídico-política que da lugar al concepto de la supremacía como un sistema de protección para sus decisiones y de la creación y aplicación del derecho en general.

⁴Así lo afirma una parte de la doctrina colombiana, ver Procedimientos de Control Constitucional en Colombia, Tesis doctoral de Miguel Gómez, 1a. ed., Ed. PUJAVERIANA, 1988, Pp. 25-34.

Por jurisdicción constitucional suele entenderse la función jurisdiccional ejercida para tutelar y mantener la supremacía de la Constitución, ya sea controlando la Constitucionalidad de las leyes aprobadas por el Parlamento, ya sea potenciando el respeto de todos los poderes políticos a las libertades constitucionales. Al respecto autores como Pablo Lucas Verdú y Francisco Fernández Segado explican que la jurisdicción constitucional tiene por objeto decidir, de modo imparcial, con arreglo al derecho objetivo y mediante los procedimientos y órganos especiales establecidos, el cumplimiento, tutela y aplicación de las normas jurídicas constitucionales.

Dentro de esta jurisdicción constitucional, ¿qué implica la idea de un control de Constitucionalidad?

El profesor Chatebout⁽⁵⁾ nos enseña que el objeto de la existencia de la Constitución es limitar necesariamente el poder que ella misma estatuye. Nos dice que dentro de estas condiciones existe una tentación permanente, por parte de los gobernantes, para desconocer los lineamientos constitucionales, de ahí que advierte la conveniencia de sanciones que deben ser previstas para prevenir dichas tentaciones. Estas sanciones serían de dos clases: Políticas y jurídicas.

La sanción política consiste en la destitución de los gobernantes que violaron la Constitución. En cambio, en palabras del mismo Chatebout "el mecanismo de la sanción jurídica consiste en hacer que un organismo apropiado resuelva que un acto jurídico ejercido por una autoridad ha sido ejecutado en contra de la Constitución y que en consecuencia se encuentra desprovisto de toda fuerza jurídica"⁽⁶⁾.

Es decir, en la sanción política se destituye al gobernante, en tanto que en la segunda, se deja sin efecto jurídico al acto reputado de inconstitucional.

Así se colige que el control constitucional busca dos objetivos:

1) Defender la Constitución, pues es indispensable contar con un guardián que vele por la vigencia plena de la Carta fundamental, para que se encuentre en condiciones no solamente de vigilar su fiel cumplimiento sino, que además custodie de su auténtico desarrollo y adecuada evolución.

⁵Bernard Chatebout, *Droit Constitutionnel et Science Politique*, Armand Colin, 7^{ème} édition, Paris, 1986, Pp. 48-61.

⁶*Idem*, Traducción del autor, Pp. 51.

PERSPECTIVAS PARA UN CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ECUADOR

2) Atacar al gobernante y/o al acto que desconoció los principios constitucionales. Con estos objetivos se buscará que la Carta Magna no sea violentada o desobedecida, debiendo darse así un cabal cumplimiento de la misma, para que de ese modo se respete la unidad y validez del ordenamiento jurídico.

En cuanto a los sistemas de control constitucional⁽⁷⁾, encontramos varios:

a) El control judicial.- Que es el modelo que predomina en la mayoría de los países latinoamericanos y que según Barron y Dienes es la única contribución que los Estados Unidos han aportado a la teoría política, la doctrina del **judicial review**⁽⁸⁾. En este sistema es precisamente el poder judicial el que declara que todas las leyes contrarias a la Constitución son nulas y por ende inaplicables.

b) El control político.- Es de origen francés y se ejerce por un organismo especializado e independiente, cuyos miembros tienen raíz política, y pueden operar inclusive antes de que la ley sea promulgada (control preventivo o **a priori**). El control judicial se realiza, en cambio, generalmente por magistraturas independientes, después de que se ha sancionado la norma (control represivo).

c) El control legislativo.- Que es el que existió en Ecuador hasta antes de la reforma constitucional de 1992 y que fue tomado en cuenta por otras Constituciones como las de 1945 y 1946. A pesar de su historia⁽⁹⁾, creo que se encuentra fuera de toda lógica, pues no es admisible que el mismo órgano que ha emitido la ley sea el apropiado para convertirse en defensor de la supremacía Constitucional, además ello repugna contra todos los principios de justicia social, porque desde la perspectiva procesal, el legislador actúa como juez y parte⁽¹⁰⁾.

⁷El profesor Humberto Nogueira, profesor universitario chileno, hace una clasificación exhaustiva de los modelos de jurisdicción constitucional así como de los sistemas latinoamericanos de control constitucional de los preceptos legales. Ver *Lecturas Constitucionales Andinas*, número 1, Comisión andina de juristas, "Consideraciones sobre la jurisdicción constitucional y la acción de inconstitucionalidad en el derecho comparado", Humberto Nogueira Alcalá, 1ra ed., Lima, 1991. Pp. 199 y sigs.

⁸Jerome A. Barron and C. Thomas Dienes, *Constitutional Law*, 2nd ed., West Nutshell series, 1991. Pp.5 y 6.

⁹Este modelo de control político parlamentario de constitucionalidad de las leyes aparece en las primeras constituciones francesas de 1799 y 1852.

¹⁰Sería ingenuidad política, dice Hans Kelsen, contar con que el Parlamento anularía una ley votada por él en razón de que otra instancia la hubiera declarado inconstitucional.. Ver La garantía jurisdiccional de la Constitución, texto traducido por el Dr. Hernán Salgado, en El Tribunal de

d) El control dual o paralelo.- Cuando los dos primeros sistemas coexisten paralelamente como si fueran dos instancias, tal como acontece actualmente en Ecuador y Perú. Juristas ecuatorianos como Barragán Romero y Luis Fernando Torres coinciden en llamarlo sistema peculiar híbrido.

III. EL CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ECUADOR

En este momento de actividad constituyente constante es necesario reflexionar sobre la forma de vigilar la constitucionalidad en el país, sobre todo cuando experimentamos un sistema novedoso.

Nuestro estudio pretende brindar ciertas recomendaciones sobre el control constitucional: Qué órgano es el competente para administrar la justicia constitucional, quiénes deben ser los magistrados o jueces que conformen dichos órganos, cuál debe ser su competencia.

1. ORGANO CONTRALOR.-

Pienso seriamente que las reformas de 1992 se equivocaron en esta materia, pues se reúnen dos órganos para velar por el cumplimiento de los preceptos fundamentales, por una parte el Tribunal de Garantías Constitucionales y por otra, la Corte Suprema de Justicia a través de su Sala Constitucional. Esto perjudica a la llamada justicia constitucional debido a que el actual TGC no presenta una conformación sólida, transformándose en un órgano débil y sin respaldo, luego los magistrados de la Corte Suprema, a pesar de su capacidad y conocimientos, presentan un serio problema de injerencia política, al pertenecer o al menos ser nombrados por el auspicio de partidos políticos, aspecto que desnaturaliza su recta misión y que hace que su actividad no sea tan comprometida con los intereses del Estado ecuatoriano. A esto habría que sumar la falta de tradición en el país por el respeto a las normas constitucionales, así como la ausencia de un sistema eficiente de control constitucional, sino obsérvese el hecho sin precedentes, de no proceder al nombramiento de los llamados vocales del Tribunal de Garantías Constitucionales desde 1992, en razón de una completa falta de voluntad política por parte del Legislativo, so pretexto de la reforma constitucional que potenciaba un nuevo sistema contralor de constitucionalidad.

Creo que se debió crear una Corte o Tribunal Constitucional independiente de la función judicial, pues desestimo la posibilidad del control en abstracto a través de la Corte Suprema de Justicia debido a su aguda crisis, a la sobrecarga de trabajo, y al hecho sociológico que nos indica que el sistema político de control constitucional no es el que ha fallado, sino que desafortunadamente son los actores políticos e incluso ciertos juristas quienes han aplicado y entendido lo que han deseado, apartándose de la naturaleza del control político.

En este contexto es prudente señalar que el control constitucional debe realizarse de la manera más técnica y transparente, pues es el protector del poder constituyente. De allí precisamente que el sistema contralor a usarse en un país determinado debe estar dotado de la suficiente autonomía y fuerza para que pueda garantizar su total eficacia. Es decir, se debe tender al establecimiento de una Corte Constitucional totalmente independiente de la función judicial, con lo cual no es que este poder judicial perdería influencia y dejaría de ser un poder del Estado, como dice el ex Presidente de la Corte Suprema de Bolivia, Edgar Oblitas, sino que al contrario, se aseguraría el debido desarrollo de las actividades desplegadas por los tres órganos tradicionales del Estado y en general por todos los poderes constituidos. Llegaríamos recién a entender la esencia del control de la constitucionalidad.

No obstante debería mantenerse el control en concreto, llamado indirecto o incidental, que tiene por finalidad la concreción de la inconstitucionalidad de una norma, siempre en función de un proceso o litigio ordinario donde se cuestiona o se discute su aplicación. Al respecto creo que debió aclararse y precisarse el actual artículo 141 de la Constitución, en el sentido que en todas las causas que conociere, cualquier Sala de la Corte Suprema y los demás tribunales de última instancia, estos deberían suspender la resolución hasta que se pronuncie la Sala de lo Constitucional. Mas como defendiendo la tesis del control político, pienso que en esta materia sería prudente hacer lo que la legislación italiana establece, pues el juez que está conociendo de la causa, tiene la facultad o potestad de elevar el proceso o cuestión en discusión a la Corte constitucional, la cual si determina que los preceptos legales impugnados son contrarios a la Constitución, el fallo producirá efectos generales erga omnes, perdiendo de esta manera tales disposiciones legales su eficacia desde la fecha de la sentencia respectiva de la Corte constitucional (**efectos ex nunc**). El proyecto de reformas del Ejecutivo en esta rama se limita a eliminar la frase "y los demás tribunales de última instancia", **manteniendo el resto.**

RUPTURA

En lo que tiene que ver con el control en abstracto o acción de inconstitucionalidad sería oportuno, por la naturaleza de nuestro país y por la mala utilización del TGC su completa reestructuración tanto orgánica cuanto funcional. Es decir habría que reforzar su actividad o como dice el profesor Hernán Salgado, es sensato que le dotemos de todo aquello que la doctrina y la experiencia determinan, como algo necesario para que una Institución de esta naturaleza cumpla eficazmente su delicada y trascendental función de control de constitucionalidad.

a) En cuanto a su denominación, debemos eliminar el calificativo de garantías constitucionales que aparece influenciado por la Constitución de la segunda república Española de 1931, pues en ese contexto histórico el término garantías era todavía considerado sinónimo de los derechos de la persona consagrados por las Cartas políticas de la época. En el Constitucionalismo Comparado, dice Jorge Danós Ordóñez, lo más usual son las llamadas Cortes o Tribunales Constitucionales, porque se entiende que un órgano de tal naturaleza tiene por objeto la protección no solo de los derechos constitucionales, sino además la salvaguarda de la propia Constitución a través de los mecanismos de control de la constitucionalidad de las leyes y de resolución de conflictos entre órganos constitucionales.

Este aspecto es recogido por el proyecto de reformas constitucionales de 1994 promovido por el Ejecutivo, proyecto donde se habla del Tribunal Constitucional con jurisdicción nacional y sede en Quito.

b) En cuanto a su naturaleza jurídica.- Será preciso entonces que este Tribunal Constitucional sea un órgano técnico constitucional, caracterizado por su independencia y por su calidad de no adscribirse a otro poder constituido, ni dejarse imbuir por la efervescencia política. Esto procede de la doctrina alemana del siglo XIX y concuerda con ella en el sentido que esta Corte de control tiene que ser un órgano especial revestido de funciones superiores, pues deberá vigilar la constitucionalidad de los actos de las tres funciones, sin que ello signifique que dirija las riendas del país, pues simplemente lo que trata es de hacer efectivo el respeto y vivencia de la voluntad jurídica del poder constituyente, reflejada y plasmada en cada una de las disposiciones de la ley, manteniendo de este modo la unidad del sistema jurídico.

Dentro de este aspecto orgánico no debe dejarse de lado la necesidad

ineludible de reconocer a este Tribunal constitucional la jurisdicción constitucional, pues la Corte deberá proceder con competencia procesal, analizando como un magistrado o juez constitucional los asuntos encomendados, siempre de manera objetiva, dejando de lado los vaivenes políticos. Es decir este Tribunal deberá ser la base de la justicia constitucional. Aquí se transforma en un poder de decisión suficiente para que sus sentencias, ya no resoluciones, sean definitivas y revistan el carácter de cosa juzgada⁽¹¹⁾. O sea, su competencia será exclusiva en esta materia de control constitucional.

Aquí resulta importante entender que los pronunciamientos del Tribunal Constitucional representan auténticas decisiones judiciales sin ningún carácter político. Incluso el maestro Eduardo García de Enterría no desconoce el hecho de que este ente jurídico sea un Tribunal que decide conflictos políticos; pero, aclara, que sus sentencias son pronunciadas con criterios y métodos jurídicos⁽¹²⁾.

Lo interesante es empezar a comprender que el control de constitucionalidad debe desarrollarse dentro de una verdadera jurisdicción constitucional mediante un Tribunal especializado que será un órgano jurisdiccional, de carácter constitucional, independiente, único y exclusivo en su orden, que cumple la función trascendental de imponer, y efectuar las sanciones que correspondan en el orden constitucional a la garantía de la observancia de la norma jurídica. De este criterio es el profesor de la Universidad de Zaragoza, Alfonso Pérez Gordo. Es decir, debe existir necesariamente una auténtica jurisdicción que conozca de las diversas pretensiones fundadas en el Derecho Constitucional.

2.CONFORMACION.-

El Tribunal Constitucional deberá ser debidamente especializado y tendrá que estar conformado por gente selecta, que domine la materia constitucional. Inclusive sus miembros no deberían denominarse vocales sino más bien ministros o magistrados, pues ejecutan o administran la justicia constitucional. Igualmente creo que los requisitos tienen que ser los mismos que se exigen para ser Ministro de la Corte

¹¹ Autoridad y eficacia que adquiere una resolución judicial cuando no proceden contra ella recursos ni otros medios de impugnación, salvo el excepcionalísimo de revisión.

¹² La doctrina española divide a los actos del Tribunal Constitucional en sentencias, que expresan la decisión del proceso constitucional; además aparecen los autos y providencias.

Suprema de Justicia.

En cuanto a la elección del sistema de composición de los órganos de la jurisdicción constitucional nunca ha sido un tema pacífico, pues implica una materia de alto contenido político, aparte de un problema de técnica jurídica. Por ello Pérez Royo expresa que para la conformación de todo Tribunal Constitucional debe darse en forma conjunta una "legitimidad de origen" y una "legitimidad de ejercicio", siendo la primera la más difícil y en la que se pone en juego toda la credibilidad e influencia misma de la institución, por esa razón la mayoría de países en los que la elección de magistrados corre a cargo principalmente del Legislativo suelen exigirse mayorías muy calificadas para obligar así a la búsqueda del consenso entre los diferentes grupos políticos representados en el Parlamento. La legitimidad de ejercicio, en tanto implica otorgarle un conjunto de mecanismos que pongan a salvo al Tribunal de la vinculación partidista.

En este terreno es interesante la propuesta de reformas constitucionales, en donde se acoge el sistema de intervención, en la conformación del Tribunal, de los tres poderes del Estado en proporciones equivalentes. Así el Tribunal estaría integrado por nueve magistrados, tres nombrados por el Presidente, tres por el Congreso y tres por el judicial. Creo que sería positivo que la Comisión de asuntos judiciales, en caso de mantenerse la unicameralidad, sea la encargada de revisar las carpetas y escoger a los más idóneos, en caso de la bicameralidad podría hacerlo el Consejo Nacional de la Judicatura. Tal vez sería interesante incluir a dos magistrados que representen a los diferentes colegios de abogados así como a las facultades de derecho del país, elevándose su número a once jueces constitucionales. Se observa una tendencia a la recepción de ciertos parámetros institucionales del Derecho comparado.

Actualmente en Perú son siete magistrados los que conforman el llamado Tribunal constitucional (artículo 201), siendo elegidos por el Congreso con el voto favorable de dos tercios del número legal de sus miembros. En Bolivia el recientemente creado Tribunal Constitucional está conformado por cinco magistrados, elegidos por el Congreso por mayoría de dos tercios de votos de los miembros presentes. En España, todos los miembros del Tribunal habrán de ser juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional, siendo su Tribunal compuesto por doce miembros: Cuatro por el Congreso, que decidirá por mayoría de 375; otros cuatro para el Senado, por idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y, finalmente, otros dos a

propuesta del Consejo General del Poder Judicial. Los doce miembros así propuestos deberán ser nombrados por el Rey, intervención ésta que debe ser considerada como un acto debido, sin margen alguno de discrecionalidad. En Italia, el Tribunal Constitucional está compuesto por 15 jueces nombrados por tercios por el Presidente de la República, por el Parlamento en sesión conjunta y por las supremas magistraturas ordinaria y administrativa.

Respecto de la actual conformación del TGC, estos miembros deberían tener representación en el Congreso nacional y así podrían velar por los diversos intereses de su clase, buscando una verdadera legislación de corte social.

En cuanto a la duración de las funciones de los jueces constitucionales, obviamente no deberá coincidir con el período presidencial por razones de influencia política⁽¹³⁾. Podrían durar al menos seis años en sus funciones, con la posibilidad abierta de que se renueven cada tres años con el magistrado suplente. En España los miembros del Tribunal Constitucional son designados por un período de nueve años, renovándose por tercias partes cada tres a través del sorteo de un grupo de cuatro miembros de la misma procedencia electiva que haya que cesar y renovarse⁽¹⁴⁾. En Bolivia quienes desempeñan las funciones de magistrado constitucional lo hacen por un período de diez años. En Perú duran cinco años. En Colombia presentan períodos individuales de ocho años.

Aparece una duda, ¿existe la posibilidad de reelección de estos magistrados?. En el ordenamiento jurídico nacional mediante plebiscito del 28 de agosto de 1994 se acepta la reelección de toda función de elección popular, inclusive las de Presidente y Diputados, pero obviamente por la naturaleza harto delicada del Tribunal Constitucional, sus miembros no son de elección popular. Ante esto se pueden dar dos alternativas: 1) Que se de la posibilidad de reelección luego de concluido un período. 2) Que se consideren a los jueces vitalicios mientras no demuestren incompatibilidad con su noble tarea, entonces habría necesidad de regular las causales para que estos jueces cesen en sus cargos.

¹³En Italia, Francia y España duran 9 años, en Chile y Colombia 8 años, en Bolivia 10 años con posibilidad de reelección pasado un período, en Perú 5 años.

¹⁴Para mayor información se puede estudiar a Francisco Fernández Segado, *La Jurisdicción Constitucional en España*, 1a. ed., Ed. Dykinson, Madrid, 1984. Pp. 57 y sigs.

RUPTURA

En lo que tiene que ver a las incompatibilidades e inmunidades de los magistrados del Tribunal Constitucional, coincido plenamente con el criterio del Dr. Hernán Salgado en el sentido que sería prudente el hecho de indicar, ya sea en la Constitución, ya sea en la ley respectiva, que los jueces constitucionales sean inamovibles en el ejercicio de sus funciones y no puedan ser revocados o destituidos sino por motivos muy excepcionales que estarían enumerados taxativamente¹⁵). Con esto se lograría que los magistrados del Tribunal Constitucional no actúen por temor, así como tampoco cedan a las presiones que el poder político podría estar tentado a ejercer sobre ellos. En este tema será importante entender, en su verdadera dimensión, el hecho que las inmunidades son garantías que persiguen el normal funcionamiento de los diversos órganos de control del poder con el fin de proteger la independencia de sus miembros y asegurarles un ejercicio sin presiones, libre. Igualmente sería significativo desarrollar el régimen de incompatibilidades, determinando al respecto que el cargo de Magistrado del Tribunal Constitucional es incompatible con otras funciones. Esto lo hace la legislación española en su artículo 19, 1 de la Ley orgánica del Tribunal.

3. ATRIBUCIONES.-

Esto tiene que ver con las vías técnicas a través de las cuales se garantiza la supremacía de la Constitución sobre las leyes y demás normas así como la defensa de los derechos y libertades fundamentales enumeradas en la propia Constitución e incluso en los tratados internacionales suscritos debidamente.

Entre las atribuciones que competen al Tribunal tenemos:

3.1 Es lógico mantener el numeral 1 del artículo 146 de la Constitución que versa sobre la acción de inconstitucionalidad, pues el Tribunal deberá conocer y resolver las demandas que se presentaren sobre leyes, decretos-leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones, acuerdos, regulaciones o reglamentos que fueren inconstitucionales por el fondo o

¹⁵El artículo 23 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional español expresa que los magistrados del Tribunal cesan por alguna de las causales siguientes: 1) Por renuncia aceptada por el Presidente del Tribunal, 2) Por expiración del plazo de su nombramiento, 3) Por incurrir en alguna causa de incapacidad de las previstas para los miembros del Poder judicial, 4) Por incompatibilidad sobrevenida, 5) Por dejar de atender con diligencia los deberes de su cargo, 6) Por violar la reserva propia de su función; y 7) Por haber sido declarado responsable civilmente por dolo o condenado por delito doloso o por culpa grave.

por la forma y deberá suspender total o parcialmente sus efectos¹⁶). En este punto y coincidiendo con el Dr. Fabián Corral, el Tribunal no debería limitarse a observar la conducta inconstitucional de los funcionarios y personeros de los poderes públicos, sino que tendría como propósito esencial la suspensión de las normas inconstitucionales, con efecto obligatorio, tanto para el Congreso como para el Ejecutivo.

Es necesario advertir que la inconstitucionalidad de las leyes y demás normas origina esta acción abstracta de inconstitucionalidad. Nuestra legislación deberá mantener el hecho que sea tanto por la forma cuanto por el fondo. Al respecto José Almagro Nosete diferencia a los vicios de inconstitucionalidad en dos tipos: Los formales, referidos al procedimiento de formación de la ley, y que, a su vez, pueden subdividirse en vicios originarios al proceso de formación de la ley y vicios sobrevenidos durante el proceso de elaboración de la ley. Los materiales, que aparecen cuando, pese a la formalidad legal, ésta ofrece un contenido disconforme con el de la Constitución. A su vez, esta disconformidad puede manifestarse muy pluriformemente, pudiendo enumerarse varios criterios: violación de precepto constitucional, aplicación indebida del precepto fundamental, interpretación errónea, inconstitucionalidad por norma interpuesta, inconstitucionalidad por irracionalidad de la norma, inconstitucionalidad por desviación del poder. Calamandrei divide en tres a los vicios de inconstitucionalidad: 1. Por incompetencia del titular del órgano Legislativo, 2. Por exceso de poder y 3. Por violación de la Constitución.

En cuanto a la iniciativa para presentar una demanda de inconstitucionalidad de una ley muchos países presentan a ciertos actores definidos, así en Perú según el artículo 203 están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad el Presidente de la República, el Fiscal de la nación, el defensor del pueblo, el veinticinco por ciento del número legal de congresistas, cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el órgano electoral, Colegios profesionales y los Presidentes regionales así como los alcaldes provinciales previa autorización de sus respectivos consejos y concejos en su orden, España igualmente presenta una lista taxativa. El proyecto de ley de Durán

¹⁶Según Kelsen la inconstitucionalidad formal de las leyes obedece a una inobservancia o violación de las reglas de procedimiento, en cambio en la inconstitucionalidad material tiene que haber una contradicción en el contenido con los principios o directrices constitucionales. Hernán Salgado, El Modelo Kelseniano de control de la constitucionalidad, Memorias del seminario Jurisdicción constitucional y control de la constitucionalidad, versión preliminar, ILDIS-PUCE, 1992, Pp. 69.

Ballén expresa que podrán incoar acción de inconstitucionalidad el Presidente de la República; el Parlamento, previa resolución mayoritaria de sus miembros; la Corte Suprema de justicia, previa resolución del Tribunal en pleno; la Asociación de Municipalidades del Ecuador, previa resolución de su directorio; el Consorcio de Consejos Provinciales, previa resolución de su directorio, el defensor del pueblo y 5000 firmas de ciudadanos. España también presenta quienes vendrán legitimados para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad (artículos 162, 1, a) de la Constitución y 32 de la Ley orgánica del Tribunal). Sin embargo, creo que no debería desaparecer del todo la acción popular, siendo oportuno encontrar un mecanismo idóneo para que se respeten las normas constitucionales y legales vigentes. La acción popular está pensada en una suerte de control que ejerce cualquier ciudadano sobre el poder reglamentario de la Administración pública, y más en particular, contra el Poder Ejecutivo, en la medida que la administración, mediante su propia actividad, puede vulnerar las leyes y la Constitución (Domingo García Belaúnde). En este campo es prudente la recomendación efectuada por el Ejecutivo en el sentido que el Tribunal Constitucional conocerá y resolverá sobre la inconstitucionalidad de los actos administrativos de toda autoridad pública.

3.2 Entre otras funciones el Tribunal Constitucional sería el llamado a dirimir los conflictos de competencias y controversias que se suscitan entre los poderes públicos, el Tribunal Supremo Electoral, las provincias y los municipios. De esta manera podría convertirse en un árbitro de las pugnas constitucionales entre los diversos poderes estatales. Esta atribución la presentan España, Bolivia, Perú de cierta manera, entre otros. Es decir resolvería conflictos existentes en la llamada pugna de poderes, siempre que sean de carácter constitucional. Aquí están los vicios inconstitucionales por exceso de poder.

3.3 Sería interesante que resuelva las demandas respecto a procedimientos en la reforma de la Carta Política, así hubiera sido oportuno una intervención en el último procedimiento acaecido en el país. Esto lo tiene Colombia en el artículo 241, numeral 2 de su nueva Constitución, país donde inclusive la Corte Constitucional decidirá, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referéndum o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, solamente por vicios de procedimiento en su formación. Es interesante que en el vecino país se haya institucionalizado el poder constituyente, concepto jurídico político

harto manoseado so pretexto de su ilimitado obrar, hecho que no es totalmente cierto⁽¹⁷⁾.

3.4 El Tribunal debería tener potestad también para realizar el denominado control previo de la Constitucionalidad⁽¹⁸⁾, especialmente de aquellos proyectos de ley o decretos en los casos en que el Presidente de la República los objetare por inconstitucionales y el Congreso discrepare con tal criterio. Aquí la Corte Constitucional intervendría decididamente para dirimir la controversia o conflicto con carácter definitivo, frente a los dos poderes estatales. Con esto se buscaría evitar que el Ejecutivo asuma funciones de control constitucional, función que no le atañe y que no debe confundirse con el deber de cumplir y hacer cumplir la Constitución en el ámbito de la Función Ejecutiva. El proyecto de reformas, de cierto modo, plantea esta posibilidad cuando expresa que para controlar el cumplimiento de la Constitución, compete al Tribunal Constitucional: "3. Dictaminar sobre las objeciones de inconstitucionalidad que haya hecho el Presidente de la República, en el proceso de formación de las leyes".

Francia es el país que desarrolla esta competencia a través del Consejo Constitucional, donde la Constitución prevalece sobre la ley que es reputada de inconstitucional. Asimismo, las sentencias del control preventivo tienen valor de cosa juzgada con efectos interpartes y además plenos efectos frente a todos los poderes y tribunales (artículo 62).

3.5 Al Tribunal debe competir la decisión definitiva, antes que un tratado sea aprobado o desaprobado por el Congreso con la finalidad de comprobar si se acomoda a los principios generales impregnados en la Carta Magna. La Constitución boliviana establece que el Tribunal Constitucional resolverá sobre la constitucionalidad de tratados o convenios con gobiernos extranjeros u organismos internacionales. El artículo 241, 10 de la Carta colombiana expresa que la Corte Constitucional decidirá definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben.

¹⁷Para mayor información ver "Una teoría del Poder Constituyente en el Ecuador", Tesis doctoral de la PUCE, Jaime Vintimilla Saldaña.

¹⁸Esta facultad se la otorgó al Tribunal Constitucional en la Carta política de 1945. Igualmente esta función la cumplió la Corte Suprema de Justicia en las Constituciones de 1869, 1878, 1929, 1947 y 1967.

3.6 En cuanto al actual numeral segundo del artículo 146, pienso que debería ser tomado por el defensor del pueblo encargado de cuidar la vigencia y cumplimiento de los derechos y garantías de las personas en relación a la actividad administrativa de toda la administración pública. Igualmente velaría por la defensa, promoción y divulgación de los derechos humanos, y muy especialmente por el cumplimiento del artículo 19 de la Constitución de 1978. Sería este funcionario el encargado de incoar la acción de amparo constitucional ante el Tribunal contralor de constitucionalidad.

Salta entonces la posibilidad de que este defensor del pueblo pueda interponer los recursos de inconstitucionalidad, amparo, habeas corpus y habeas data ante el Tribunal Constitucional en nombre de los afectados, convirtiéndose en otra. necesaria competencia que este órgano contralor deberá desarrollar.

España y Bolivia aceptan estas condiciones sobre todo referente al amparo la primera, y al amparo más el habeas corpus el segundo país. El artículo 202, 2 de la Constitución peruana indica que corresponde al Tribunal Constitucional el hecho de conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de habeas corpus, amparo, habeas data, y acción de cumplimiento⁽¹⁹⁾.

Sin embargo, no hay que olvidar que la acción de amparo es una verdadera demanda, o sea una vía directa. Tiende a proteger derechos subjetivos reconocidos en la Constitución, que han sido violados o amenazan serlo. Es, por eso, una vía directa de control constitucional, que se propone tutelar derechos individuales de rango constitucional. Camilo Mena acertadamente expresa que el Ombusman o el procurador del pueblo, es el encargado de recoger todas las quejas sobre violación de garantías y libertades, es decir violación de derechos humanos, y canalizar las demandas para conocimiento del Tribunal Constitucional⁽²⁰⁾.

¹⁹Para profundizar estos conceptos ver *Garantías constitucionales en la Constitución peruana de 1993* de Domingo García Belaúnde en *La Constitución de 1993, análisis y comentario*, Comisión Andina de Juristas, serie lecturas sobre temas constitucionales, Número 10, 1a. ed., Lima, 1994, Pp. 253 y sigs.

²⁰Para profundizar en esta institución democrática ,ver *Todo sobre el defensor del pueblo* de Antonio Aradillas, 1a. ed., Ed. Plaza & Janes, Barcelona, 1985.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FRENTE A SU LEY ORGANICA Y REGLAMENTO.-

Es imprescindible delimitar con claridad y precisión meridiana la competencia del Tribunal Constitucional y así evitar la gran dispersión de las normas legales concernientes a diversos puntos de competencia del actual Tribunal. Esto sólo lo lograríamos mediante una ley Orgánica y un reglamento adecuados que harían que las normas esenciales, generales y breves (en su enunciado) contenidas en la Carta Política sean complementadas en debida forma por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional a más de un reglamento bien estructurado. El Ecuador debe ya empezar a dar el valor que se merecen las leyes orgánicas, pues jurídicamente complementan el sentido de la Constitución. En cuanto al reglamento, países como Colombia dejan que sea la misma Corte Constitucional la que se da su propio reglamento (art. 241, numeral 11). Otros como España e Italia presentan bien estructuradas leyes orgánicas que aseguran un buen control constitucional. Es positivo que en la reforma del Ejecutivo se indique que "La Ley orgánica determinará las normas para la organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional y los procedimientos para su actuación".

IV. CONCLUSIONES PRACTICAS.-

- 1) Se requiere definir de forma clara y precisa la jurisdicción y competencia constitucionales. Es decir, hacer del Tribunal Constitucional un órgano especializado exclusivamente en el control de la constitucionalidad.
- 2) La Constitución debe establecer la autonomía e independencia del Tribunal Constitucional, tanto en su funcionamiento cuanto en su actuación. Sus magistrados deberán estar dotados de inmunidades así como presentarán ciertas incompatibilidades que deberán aparecer en la Ley orgánica.
- 3) Se debe cambiar la estructura del Tribunal Constitucional, pues al ser una función técnica, se requiere que sus miembros sean especialistas en Derecho Constitucional y que reúnan los requisitos exigidos para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Deberá estar integrado por juristas de probada idoneidad con una duración de labores que no coincida con el período presidencial.

RUPTURA

4) El Tribunal requiere obtener fuerza jurídica, para ello sus resoluciones deberán ser definitivas y en estricto sentido serán sentencias, pues la justicia constitucional se hará en base a una debida jurisdicción. Aquí concuerdo con Sánchez Agesta para quien las decisiones del Tribunal son sentencias de una instancia suprema constitucional y como tales tienen en algunos casos un valor peculiar. Por su parte Fernández Segado, cree que la sentencia es la forma que adopta la decisión definitiva que pone término al proceso constitucional. Asistimos a la conformación del llamado derecho procesal constitucional, que seguramente poco a poco se estructurará en nuestro país.

Igualmente para que las sentencias del Tribunal se cumplan, debe tener a su alcance medidas coactivas y sancionadoras indispensables, con procedimientos adecuados para garantizar un grado de efectividad.

5) El Tribunal debe llenar los vacíos dejados por los conflictos de poder y convertirse en un árbitro dirimente de las pugnas constitucionales entre los poderes estatales, pues dirimirá los vicios de inconstitucionalidad tanto de exceso de poder cuanto los de incompetencia del poder legislativo así como los de violación de los preceptos fundamentales.

6) Necesidad de una verdadera Ley Orgánica del Tribunal Constitucional complementaria.

MODERNIZACION DEL ESTADO

El autor, Abogado y consultor en Administración Pública, indica que la eficacia y responsabilidad del Estado en el cumplimiento de los servicios públicos en Francia ha sido reorientada con el nuevo gobierno cuyo pensamiento difiere de las concepciones socialistas que se habían mantenido durante el último tiempo. La Comisión para la Eficacia del Estado elaboró un documento en el que se determinaron observaciones importantes en relación al proceso de modernización que debe efectuarse. Entre ellas, vale la pena destacar las referentes al manejo contractual, la acción de los funcionarios frente a la reforma de las Estructuras, las opciones de nacionalización o privatización que puede tomar el Gobierno Francés, las relativas a los servicios públicos y particularizados frente a la manera en la que el Estado atiende a los usuarios. Como punto final, se hace referencia a un tema vital en la modernización del Estado, la responsabilidad estatal y la intervención pública clarificada con la autonomía en la gestión de los recursos forestales en Francia.

ENFOQUES CONTRACTUALES DE LA MODERNIZACIÓN DEL ESTADO

Ab. Efraín Pérez Camacho

INTRODUCCIÓN

Como es conocido, el nuevo gobierno francés, elegido recientemente, mantiene una posición contraria a la mantenida por el Gobierno socialista que rigió en Francia durante la mayor parte de la década de los ochenta.

En efecto, el programa básico de la nueva mayoría enfatiza la privatización de empresas como la mayor prioridad gubernamental.

Este informe resume el enfoque que aplicó el gobierno socialista francés que gobernó hasta principios del año 1993 en el tema de la reforma y modernización del Estado.

Este artículo es una síntesis del informe preparado por el autor, a través de la Corporación de Estudios de Estructura y Administración del Estado

(ESTADE) según convenio con el Centro de Legislación Ambiental de la Unión Mundial para la Naturaleza (UICN). Las investigaciones se realizaron por cuenta de Fundación IDEA, durante los meses de octubre y noviembre de 1992 en Bonn y París.

Se agradece el apoyo prestado por Francoise Burhenne-Guilmin y Lothar Gündling del ELC de las UICN, y de Neptalí Bonifaz y Douglas Southgate, de Fundación IDEA, por el decisivo apoyo prestado y su estímulo para la formulación de estas sucintas observaciones.

La investigación de derecho comparado se extendió a recopilar documentos y normativa legal en el banco de datos del Centro de Legislación Ambiental de la Unión Mundial para la Naturaleza (UICN), en Bonn.

Asimismo, en París se tomó contacto con profesores vinculados con el estudio del Derecho Público francés y con funcionarios relacionados con el esfuerzo de modernización del Estado que se llevó a cabo en Francia en el gobierno socialista.

En lo atinente a estructuras públicas se enfatizan en este informe las clarificaciones doctrinales. ¿Cómo se delimita la noción propia de servicio público? Frente al servicio público, ¿qué utilidad nos presta el antiguo concepto de actos de imperio y actos de gestión del Estado? En el Ecuador esta discusión aclara la delimitación de lo que apropiadamente puede y debe hacer el Estado, especialmente para definir cada uno de los campos propios del accionar público.

El énfasis de la discusión del tema en Francia se orientó en el gobierno socialista hacia la "eficacia" y la responsabilidad del Estado frente a la sociedad civil en el cumplimiento de los servicios públicos.

Tal es el tema del reporte de la Comisión "Efficacité de l'Etat" , nombrada por la Secretaría de Estado del primer Ministro de aquel entonces, encargado del Xmo. Plan en Francia, alrededor del cual se centran estas observaciones.

Este documento sigue estrechamente, en lo aplicable, el esquema del indicado reporte, acompañado de las glosas y acotaciones que resultan oportunas sobre bibliografía adicional consultada.

1. ANTECEDENTES

El manejo contractual

La aplicación principal del debate sobre "La eficacia del Estado" en Francia del gobierno socialista se concretó en la recomendación de orientar y manejar el cumplimiento de las finalidades públicas a través de categorías determinadas de contratos.

En esto existen suficientes antecedentes en la doctrina y en la práctica administrativa francesa con los contratos denominados de plan, de objetivos y de programa.

Para el área contractual se toma en consideración el análisis del clásico "Tratado de los Contratos Administrativos" de Laubadère.⁽¹⁾

La acción de los funcionarios

Las recomendaciones de la Comisión "L'Efficacité de l'Etat" dan más énfasis a la acción de los funcionarios que a la reforma de las estructuras. Esto resulta claramente expresado en la afirmación que se cita en el reporte, a saber, que la evaluación de la acción pública releva más del "gobierno de los hombres" que de la administración de las cosas".

Por otra parte, varias de las recomendaciones comportan sin duda un crecimiento de personal calificado y una reeducación completa de los cuadros existentes, lo cual es difícilmente practicable en el caso del Ecuador de hoy.

Mejor atención a los requerimientos de la comunidad

Según el reporte de la Comisión, el enfoque de la Francia socialista sobre "l'efficacité" se basa en el criterio de rechazar los interrogantes de ¿Más o menos Estado? y de reducir más bien el análisis a: ¿Cómo prestar un mejor servicio a los requerimientos de la comunidad?

1 Laubadère, André de : Franck Moderne : y Pierre Devolvé. Traité des Contrats Administratifs. II tomos. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris. 1983. 1984.

La opción política del gobierno socialista francés

Políticamente la opción expresada por el gobierno socialista de François Mitterrand, frente a las presiones políticas, fue de descartar sea toda nueva nacionalización, sea cualquier privatización; posición calificada por los medios de comunicación como del "Ni, ni": ni nacionalización ni privatización.⁽²⁾

Inclusive, cuando se abre la posibilidad de la intervención privada en la prestación de servicios, se la concibe como orientada principalmente a través del Estado.

Servicios públicos y servicios particularizados

A las funciones tradicionales del Estado, basadas principalmente sobre la noción de soberanía, las circunstancias políticas y sociales añadieron históricamente la misión de responder a las múltiples necesidades colectivas. El Estado se convirtió en proveedor de bienes y prestatario de servicios.

El Estado cada vez más entra en una actividad de gestión directa, cuya eficacia e incluso su legitimidad se cuestionan en el día de hoy.

También se discute sobre la forma como el Estado atiende a los usuarios. Esto se manifiesta, por ejemplo, con la equívoca noción sobre el usuario de los servicios estatales, al que se identifica como "administrado", lo que implica una posición de pasividad del ciudadano frente a la administración.

La doctrina clásica del servicio público exige la presencia de una misión de interés general ejercida por una investida de potestades públicas, entidad sobre la cual el Estado se reserva un derecho de control a través de la llamada tutela administrativa.⁽³⁾

El servicio público se ha ido convirtiendo en una gestión de necesidades diversas. En efecto, la prestación tradicional de los servicios públicos suponía: a) la atención de necesidades urgentes; b) tratamiento de masa; y c) programas cuantitativos. La gestión actual del Estado es de otra naturaleza y en Francia se involucra en acciones cada vez más particularizadas.

2 Bizaguet, A. Le Secteur Public et les Privatisations, PUF, Paris, 1992, p. 97.

3 Vedel, Georges. Droit Administratif, 12e. édition mise a jour. Themis. Paris, 1992, t. 2, p. 725.

El esquema más usual del Estado se basa en una centralización de las decisiones y en la "generalización" del usuario. La moderna demanda de servicios, no siempre posible de considerar como "servicios públicos", discrepa con las rigideces del Estado tradicional. Las rigideces se refieren a las estructuras y a los procedimientos públicos. Estas limitaciones determinan a veces una casi ruptura de las relaciones del Estado con el usuario.

Según el enfoque de la Comisión sobre la eficacia del Estado, el imperativo de una estrategia de modernización y eficacia del Estado, consiste en establecer con los ciudadanos una relación asociativa adaptada a las necesidades de cada servicio. Se intenta recentrar la acción administrativa sobre la respuesta a los requerimientos colectivos.

El reporte afirma, en la recomendación de luchar contra lo que denomina la "inflación procedimental", que todo progreso relacionado con la modernización de la Administración debe realizarse conjuntamente con los usuarios.

Se cita el enfoque puesto en vigencia en el Ministerio de Agricultura de Francia, que se denominó de "gestión patrimonial de la calidad de los medios naturales". En el manejo de los recursos naturales bajo la jurisdicción de este Ministerio se diagnosticaron los problemas bajo el doble ángulo de "sistema - actor", que intenta ubicar a las partes involucradas y su enfoque particular del problema.

A base de este diagnóstico, la actividad administrativa se orienta a la negociación y búsqueda de compromisos relacionados con las posibles soluciones.

Las limitaciones para la aplicación de este método son las mismas que se han presentado en otros lugares donde se ha intentado aplicar modalidades de participación popular y de concertación. Los impedimentos más importantes son: el tiempo requerido y las exigencias de la concertación, de que cada parte, incluyendo el Estado, tenga que dar estricto cumplimiento a los compromisos que se puedan asumir, lo que rara vez es posible.

2. LA RESPONSABILIDAD ESTATAL Y LA INTERVENCIÓN PÚBLICA

El capítulo 2 del reporte trata sobre la propuesta de desconcertar las responsabilidades y diversificar los modos de intervención públicos.

Mayor autonomía en la gestión de recursos forestales

En Francia, desde 1964 la Oficina Nacional de Bosques es "un establecimiento público nacional de carácter industrial y comercial, dotado de personalidad jurídica civil y de autonomía financiera, ubicado bajo la tutela del Estado."⁽⁴⁾

Según datos de la Oficina Nacional de Bosques los bosques franceses son los más grandes de Europa. Cubren 14,2 millones de hectáreas, es decir más de un cuarto del territorio metropolitano. El bosque francés se había reducido hasta 8 millones de hectáreas a comienzos del siglo XIX. Desde aquella época ha crecido constantemente.⁽⁵⁾

La Oficina Nacional de Bosques, como establecimiento público, con personalidad jurídica, puede suscribir convenios con el Estado y las comunidades para "la realización de operaciones de gestión, de estudios, de encuestas y de trabajos, con finalidades de protección, de manejo y desarrollo de los recursos naturales, especialmente de los recursos forestales" ⁽⁶⁾.

Cuando se debe manejar el bosque con criterio no económicos (por la protección de los recursos naturales), el Estado celebra con esta Oficina convenios especiales que contemplan el reembolso de pérdidas en las operaciones y en el servicio.

La categoría de establecimiento público de carácter industrial y comercial, vale decir con carácter de empresa pública, no ha sido otorgada a esta Oficina con la idea de conseguir una producción económica sistemática, sino de aprovechar la figura administrativa de "establecimiento público", para estimular la consecución de un equilibrio financiero propio que considere adecuadamente los imperativos contradictorios de la gestión de los recursos a su cargo. Anteriormente, estos se manejaban con la pesada normativa de la administración central.

No obstante, el carácter industrial y comercial -de empresa pública- concedido a la Oficina Nacional de Bosques sufrió críticas numerosas de ecologistas que temían que las exigencias ambientales podrían

4 Códigos Dalloz. Code de L'Environnement. Código Forestal. Tit. II, Cap. 1er. Art. L.121.1. Dalloz.Paris, 1990. p. 420.

5Office National des Forêts. La Forêt Française. Un patrimoine en expansion. (Ficha 1). Paris, s/f.

6 Dalloz. Ob. cit. p. 420. Art. L. 1214.

supeditarse a la búsqueda de las utilidades. (7) Parece que tal no ha sido el caso.

En efecto, en este asunto, se distingue, según Vedel: 1°. El ejercicio de la actividad de servicio público industrial y comercial en lo concerniente a la gestión y equipamiento de los bosques; y, 2° una misión de servicio público administrativo en lo concerniente a la protección, conservación y vigilancia de los bosques (8)

Papel de la estructura central

La relación de lo que se denomina impropiaamente "centro-periferia" se debe modificar de modo que se confíe a las unidades operativas todo lo que no releve obligatoriamente de las oficinas centrales. "Se debe redistribuir, recomienda el reporte de la Comisión, el portafolio de las actividades de la administración. La estructura central solo debe reservarse las competencias que corresponden imperativamente a su misión. Todas las demás se deben transferir a los servicios operacionales".

Así, la función de la administración central deberá servir sobre todo para definir los objetivos y principios de acción, de aconsejar a los servicios operaciones, de favorecer el establecimiento de las redes, de ayudarlos con el suministro de pericias de formación e informaciones, de verificar que su intervención vaya en el buen sentido y respete el principio de la unidad de la acción pública.

Se considera entonces el papel de la administración central como de encuadramiento y de impulso de las unidades operacionales. El reporte denomina a esta actividad: "recentrar la administración central". Es decir, que acciones que fijen y hagan respetar el marco en el cual se inscribe el espacio de libertad que se atribuye a las unidades operacionales para su acción.

Esto se realiza principalmente: 1°. Con el señalamiento de los límites del accionar de las unidades operativas; y, 2°. A través del suministro de los medios para el desarrollo de las unidades que, adaptándose a las funciones locales, ejecuten las tareas convenientemente.

7 Prieur, Michel. Droit de l'Environnement. 2ème. édition Précis Dalloz. Paris, 1991. p. 250.

8 Vedel George, Ob. Cit. T. 2, p. 752.

Autonomía de las unidades operacionales

En el tema de la desconcentración, se trata también de la ampliación de la autonomía de gestión de los servicios operacionales. Según el reporte el modo de funcionamiento de las unidades operacionales se debe apoyar sobre los conceptos "autonomía-responsabilidad".

Esto implica también reconocer a las unidades operacionales una capacidad de decisión más grande en el manejo de sus medios. Esto atañe al manejo del personal, pero también incluye la utilización de los medios materiales (económicos y financieros) del servicio.

Obstáculos para la desconcentración

En un Anexo del reporte, el Ministerio de Agricultura de Francia resalta como tendencias que se contraponen a la desconcentración de sus servicios:

1. Presiones jurídicas o técnicas tendientes a una integración nacional:
 - a) Areas geográficas multiregionales (que abarcan dos o más unidades operativas) para un problema específico (protección de vegetación, etc.) y que requieren, por tanto, una participación más acentuada de las oficinas centrales;
 - b) Estandarización de métodos y de medios provenientes del Exterior, (estadísticas agrícolas, gestión y control de ayudas europeas), que necesitan un tratamiento de conjunto, forzosamente centralizado.
2. La desconcentración funciona en un equilibrio dinámico e inestable, resultante de un conflicto de dos lógicas que presentan cada una de ellas su propia justificación;
3. El empleo de ciertas categorías de personal "polivalentes", que actúan en diferentes oficinas operativas regionales a base de su especialización; personal que está finalmente vinculado con la oficina central.
4. La gestión de personal continúa enteramente centralizada. El único margen disponible a nivel de unidad operativa es el de las vacaciones, con los límites inherentes del sistema.

Relación contractual: administración central-unidad operativa

Un capítulo especial debe dedicarse a la "contractualización" de las relaciones entre la autoridad central y las unidades autónomas. Los

"contratos de objetivos" suscritos por la administración central con las unidades operacionales fija las relaciones entre las dos partes y las responsabiliza por su cumplimiento.

Contenido de los contratos entre órganos públicos

Los contratos en cuestión deben ser particularmente precisos: El marco general de las acciones previstas; los objetivos que se persiguen, a ser negociados entre el gobierno central y el servicio operativo; los medios otorgados y la manera como se manejarán; el protocolo de seguimiento que permitirá la acción y la gestión del servicio; las sanciones positivas y negativas, que coronarán la operación.

Articulados con los proyectos de servicio, estos contratos de objetivos pueden transformar las nuevas unidades autónomas en verdaderos centros de responsabilidad. Por ejemplo, las relaciones contractuales entre el Ministerio de Educación Nacional y las universidades, fijan en Francia los objetivos de éstas últimas, sus medios y las modalidades de control de los resultados que ellas obtienen. Esas relaciones contractuales ilustran, a juicio de la Comisión, lo que podría ser el movimiento de desconcentración propuesto. Ellas deben, por otra parte aplicarse, en el futuro, a los establecimientos de educación secundaria. Otro ejemplo citado es el de la empresa France Telecom.

En su "Tratado de los Contratos Administrativos" de Laubadère se describen algunos de los contratos que se han utilizado con suerte diversa en el desarrollo de las tareas administrativas.

El primer grupo de contratos se denomina "contratos económicos", puesto que se consideran como instrumentos de la política no solamente económica sino también social del Estado. En general manifiesta Laubadère, estas políticas están vinculadas a la búsqueda de consensos entre diversas partes, económicas o sociales, para asegurar la eficacia de las acciones aprendidas o en adaptar las modalidades a las circunstancias diversas.

Entre las principales categorías de estos contratos se encuentran los contratos de atribución de finalidades de intervencionismo económico. Para diversificar y descentralizar las acciones de intervención económica, las colectividades públicas y principalmente Gobierno central, encargan a organismo especializados emprender ciertas operaciones en un sector determinado. Tanto entre entidades públicas como privadas se han constituido con esta finalidad.

RUPTURA

En los contratos de plan se determinan el establecimiento de un programa que se puede prolongar por largos períodos de tiempo. Se cita el ejemplo de la creación de la Compañía Internacional para la Informática, creada para el efecto, que asume los compromisos determinados por las ayudas financieras que le aporta el Estado bajo la forma de préstamos y subvenciones, de garantías, mercados, regula las intervenciones del delegado y los derechos de propiedad industrial en contraparte al concurso financiero del Estado. En anexo del contrato que acompaña un plan de financiamiento, a título indicativo. Pero los compromisos financieros de las partes se consideran como firmes y no se pueden descartar sin graves motivos.

Entre 1969 y 1971 el Estado y las empresas públicas desarrollan varios de los llamados contratos de programa.

En 1978 el Estado francés suscribió con Air France y con Charbonnages de France contratos denominados de empresa ⁽⁹⁾

Criterio de eficacia en la prestación pública y privada del servicio público

El reporte de la Comisión considera que, cuando se trata de una misión de interés público al sector público o al sector privado, el solo criterio de selección debe ser el de la eficacia. A condición, por supuesto, de que se respeten los principios de servicio público.

3. LA PROPUESTA DE UNA DECISION PARTICIPATIVA

La decisión del Gobierno Socialista se orientó hacia el monopolio de la administración central. La Comisión recomienda el cambio de tal enfoque: la desconcentración de las responsabilidades de la gestión y el incremento de la autonomía de los servicios operacionales exigen que las responsabilidades se distribuyan con las unidades operativas. Toda la organización de la decisión pública y su aplicación se debía reformar progresivamente.

9 Laubadère, André de; Franck Moderne y Pierre Devolvé. Traité de Contrats Administratifs. Librairie Générales de Droit et Jurisprudence. París, 1983. T.I, Cap. IV "Los Contratos Económicos" pp. 402-438

Evaluación de la actividad pública como motor del dinamismo de la organización

Citando un informe de Patrick Viveret al Primer Ministro, se afirma que la evaluación de la actividad pública, revela la naturaleza del "gobierno de los hombres" que no se puede reducir a las medidas de la "administración de las cosas".

Se constata el requerimiento de encontrar un nuevo motor del dinamismo del Estado. La Comisión es del criterio que "el conocimiento y evaluación de los resultados de su acción" le permitirá ejercer a las dependencias públicas una "presión" sobre su propia organización, análoga a la que ejerce el mercado sobre la organización de las empresas.

Clases de evaluación

Para ser verdadera la presión sobre los servicios públicos debe venir a la vez del exterior -los ciudadanos tienen el derecho y el deber de pedir cuentas a su administración- y del interior: los funcionarios son responsables de la pertinencia operacional de las acciones públicas que desarrollan.

La Asamblea Nacional, el Congreso francés, tenía previsto evaluar la aplicación de la legislación. Esta función de evaluación, se afirmaba, responde a una doble exigencia:

1. La exigencia democrática que impone que las selecciones políticas y sus traducciones concretas se verifiquen y se validen -o se invaliden-. Esta lógica implica que la evaluación se inscribe en el campo del cuestionamiento de la sociedad y que se conduce bajo la mirada de ésta.
2. La exigencia del buen empleo y de la buena gestión de los dineros públicos.

Principios de la Evaluación

Para efectos de la evaluación, se requiere la ejecución de ciertos principios:

Independencia.- La evaluación debe decidirse y efectuarse por actores distintos de los que han concebido y han puesto en obra la acción sometida a examen. Cuando se trata de temas que ponen en juego la responsabilidad del Ejecutivo, las instancias de evaluación deben, para

permanecer independientes, situarse a distancia suficiente de la Administración: El Parlamento, las jurisdicciones de control, las autoridades administrativas independientes como el *Mediateur* - el equivalente francés del Ombudsman escandinavo- , la universidad. Todas estas instituciones pueden ser órdenes de referencia y de control de cuya legitimidad no se puede dudar.

Adicionalmente se citan los requisitos siguientes: Información, cientifismo, pluralismo. Sobre este último se afirma la necesidad de abrir la acción del Estado al debate público y a la disputación científica.

Se considera necesario la existencia de diversas instancias de evaluación: algunas permanentes, otras temporales, algunas sectoriales, otras de vocación interministerial.

Se concluye con los requisitos de lo que se denomina "restitución", esto es, conocimiento de los resultados de la evaluación por los funcionarios ejecutantes. Finalmente se refiere el requisito de la publicación: la evaluación debe ser pública.

Finalmente se califica la evaluación como un proceso que debe conducir a la formación de un juicio sobre el valor de la acción. La evaluación debe distinguir los resultados y los efectos, deseados y no deseados, de una acción pública. Esta medida se efectúa en términos de eficacia (relación entre los efectos y los objetivos fijados) y la eficiencia (relación entre los efectos y los medios utilizados).

La "opinión evaluativa" resultante, no solamente concluye en un sistema de explicación de los resultados constatados y de los procesos que los han producido, sino que también enuncia un juicio de valor. Para alcanzar esos resultados se requiere apuntar a un objetivo práctico, partir de lo existente y distinguir las funciones.

Así, en lo atinente al objetivo práctico, la evaluación debe conservar el "objetivo instrumental". Su finalidad es de mejorar el contenido de las decisiones, de revisar los procedimientos y las estructuras, de perfeccionar las modalidades de la acción pública.

4. LA PARTICIPACION DEL PERSONAL PUBLICO

En este capítulo el informe desarrolla la propuesta de fundar la modernización sobre el rol de los funcionarios públicos.

Al tiempo que califica como inconveniente el estímulo del interés económico individual de los funcionarios, la Comisión desea que las experiencias de estímulo económico colectivo a los funcionarios se multipliquen. Estas experiencias seguramente no tendrán ningún sentido más que si se establecen indicadores rigurosos para medir el mejoramiento de la calidad y la eficacia y si los objetivos señalados se alcanzan efectivamente.

Este estímulo económico colectivo de los funcionarios podría ser financiero y consistir en una prima atribuida a todo el mundo. Pero también referirse al mejoramiento de las condiciones de trabajo, a la formación, a las actividades sociales y culturales. Cualquiera que sea la forma, deberá apoyarse sobre criterios y reglas de atribución transparentes.

5. EL PROCEDIMIENTO Y LA NORMA.

Finalmente se toca la cuestión del procedimiento administrativo y la norma jurídica. Para una mejor actividad, se afirma, la regla de derecho debería constituir un marco para la acción, pero no prescribir hasta las mínimas decisiones.

Para esto se requiere: 1. aligerar y codificar las reglas existentes; 2. contener la inflación normativa; 3. crear zonas de adaptabilidad y responsabilidad; y, 4. trabajar con transparencia frente a los ciudadanos.

Para aligerar las reglas, los textos jurídicos vigentes deben simplificarse sistemáticamente.

Sobre la cuestión ambiental, en Francia se han iniciado los trabajo de preparación de un Código del Medio Ambiente que agrupe la totalidad de las normas dispersas. Su objetivo es disponer de un instrumento jurídico coherente que se ponga a la disposición de los usuarios y profesionales.⁽¹⁰⁾

La adaptabilidad y la responsabilidad en el cumplimiento de los servicios que se proponen, provienen de la evolución del papel del Estado.

10 Delabarre, Michel. *Ministre de la Fonction Publique et des Réformes Administratives. La Charte des Services Publics*. Paris, s/f. p. 54

El desarrollo y el reconocimiento de la sociedad civil, las leyes de la descentralización, el surgimiento de la norma comunitaria, asignan en adelante al Estado una función de regulador más que de gestor directo.

El reporte de la Comisión "La Eficacia del Estado" concluye afirmando que se debe reglamentar menos por vía de autoridad, al mismo tiempo que se mejora el conocimiento del procedimiento contractual.

El procedimiento contractual, se afirma, deberá utilizarse cada vez que sea posible, pero sin excesos desordenados. El Estado ya se ha iniciado por esta vía firmando contratos de plan o de objetivos con empresas públicas y ciertas colectividades locales.

BIBLIOGRAFIA

Bizaguet, A. Le Secteur Public et les Privatisations. PUF. Paris, 1992.

Dalloz, Códigos. Code de L' Environnement. Código Forestal. Tit. II, Cap. 1er. Art. L. 121.1 Dalloz, Paris, 1990.

Delabarre, Michel, Ministre de la Fonction Publique et des Réformes Administratives. La Charte des Services Publics. Paris, s/f.

Laubadère, André de; Franck Moderne y Pierre Devolvé. Traité des Contrats Administratifs. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1983, 1984. 2 tomos.

Office National des Forêts. La Forêt Française. Un patrimoine en expansion. (Ficha 1). Paris, s/f.

Prieur, Michel. Droit de l'Environnement. 2eme. édition Précis Dalloz, Paris, 1991.

Vedel, Georges. Droit Administratif. 12e. édition mise a jour. Themis. Paris, 1992. 2 tomos.

Presentamos a continuación una valiosa colaboración del Dr. Patricio Peña R., Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y Director Ejecutivo del Consejo Nacional de Modernización, CONAM. Contiene el programa de ejecución de la política de modernización del Estado emprendida por el Gobierno Nacional. La modernización es, pues, el camino hacia la economía de mercado y la democracia liberal. En estas páginas late con fuerza una idea fundamental: la modernización es el mayor bien social.

PROGRAMA ESTRATÉGICO DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO

Dr. Patricio Peña Romero

El Programa de Modernización del Estado debe entenderse como parte de una reforma estructural orientada a crear una economía de mercado y un sector privado sólido y dinámico como motor de crecimiento. La reforma implica una redefinición del rol del Estado, el cual pasa de ser eminentemente empresario a promotor de la iniciativa privada y del desarrollo social del país. Es indudable que la riqueza del Estado la genera y promueve la iniciativa privada.

La transformación del rol del Estado requiere de la aplicación de un programa amplio de racionalización de su estructura, desmonopolización en la prestación de ciertos servicios, descentralizaciones, desconcentraciones, privatización de empresas y servicios estatales y del fortalecimiento de la iniciativa privada y de mecanismos de mercado a un vasto campo de actividades anteriormente reservadas para el Estado. El concepto de privatizaciones se entiende por lo tanto como la transferencia de actividades y eventualmente de activos estatales al sector privado, la introducción de la iniciativa privada en la administración de esos activos y el fortalecimiento del mercado como mecanismo de asignación de recursos.

A. OBJETIVOS DEL PROGRAMA DE MODERNIZACIÓN:

Los principales objetivos buscados por el programa de modernización del Ecuador se resumen en los siguientes puntos:

- A.1 Racionalización del tamaño del Estado y su intervención en la economía ecuatoriana. Ello permitirá una asignación mas eficiente del gasto fiscal al liberarse recursos que serán invertidos en proyectos de mayor rentabilidad social. Al mismo tiempo, se logrará una mayor concentración de recursos humanos, administrativos y operacionales en actividades prioritarias de carácter social y estratégico, como son la salud, la educación, la vivienda, la salubridad y la seguridad interna.

Esto implica la reforma del servicio civil y de la administración central, la desmonopolización de actividades económicas reguladas y la privatización de ciertas actividades y de activos existentes, lo cual a su vez lleva a definir dos grandes áreas de acción: (i) La liberalización y privatización de la producción de bienes o servicios comercializables en mercados libres no regulados y como tal sujetos a la normativa general de apertura comercial externa y desregulación doméstica; y, (ii) Las actividades económicas que por sus características producen bienes o servicios comercializables en ámbitos o mercados regulados.

Es prioridad del CONAM concentrar sus esfuerzos en promover y liderar el cambio en estas últimas, por tanto, en la preparación y establecimiento de marcos normativos, reguladores e institucionales para encarar las reformas de los sectores de agua potable, energía eléctrica, telecomunicaciones, comunicaciones, transportes, servicios portuarios, entre otros.

- A.2 Incremento en la eficiencia operacional y dinámica de las instituciones estatales, abriendo competencia o transfiriendo actividades y activos a la iniciativa privada. Esta última se refiere al hecho que las privatizaciones promoverán mayores niveles y formas mas eficientes de inversión al interior de las empresas, fomentando así el crecimiento del país.
- A.3 Promoción de una amplia participación ciudadana en el capital de las empresas, privilegiando la participación de los trabajadores.

PLAN ESTRATEGICO DE MODERNIZACION DEL ESTADO

- A.4 Promoción de la inversión. Las privatizaciones constituirán una oportunidad de atracción de inversionistas nacionales y extranjeros al país, los que además de aportar capital, contribuirán con nuevas tecnologías y métodos modernos de administración de empresas, incluyendo la inserción de éstas en la economía internacional.
- A.5 Promoción del desarrollo del mercado de capitales lo que se traducirá en un incentivo para que los ciudadanos inviertan en el país. Las acciones de las empresas privatizadas irán a alimentar al incipiente mercado de valores ecuatoriano, lo que unido a una nueva y moderna legislación de ese mercado impulsará su desarrollo. La existencia de un mercado de valores dinámico es fundamental para agilizar el proceso de ahorro-inversión del país y por ende su crecimiento económico.
- A.6 Generación de ingresos fiscales que resultarán de la venta de los activos del Estado. Ello permitirá la obtención de recursos adicionales a los tradicionales ya contemplados en el Presupuesto Nacional y que se destinarán al fortalecimiento de los programas sociales del Gobierno.

B. REQUISITOS PARA LOGRAR EL ÉXITO DEL PROGRAMA:

A fin de asegurar el éxito del programa de modernización se tendrá especial atención en cumplir con los siguientes requisitos:

- B.1 Fortalecer la confianza de los agentes económicos en el programa de modernización. Para ello se ha definido un marco jurídico expresado en ley y deberá promocionarse una estrategia claramente definida y debidamente anunciada a la población a través de un programa de comunicación pública. Este será sistemático, comprensivo, de carácter informativo y educacional de forma tal que la comunidad nacional e internacional tengan cabal comprensión de todos los aspectos del programa. Análogamente, se tendrá especial preocupación para que el programa y la aplicación de éste mantenga total consistencia con el resto de las reformas económicas aplicadas por el Gobierno. Estas se refieren principalmente a aquellas orientadas a modernizar el mercado de valores, a fortalecer la libre competencia (ley antimonopolios), a liberalizar la inversión extranjera, a flexibilizar el mercado de trabajo, a simplificar la legislación societaria y a establecer el marco normativo e institucional para la operación de las empresas y servicios regulados.

La desmonopolización y liberalización de actividades económicas requiere de la formulación de un sistema formativo/regulador que defina la nueva estructura de mercado y regule el comportamiento futuro. Este sistema puede adoptar diversas formas de acuerdo a la actividad en cuestión, sea éste un sector de características dinámicas (telecomunicaciones, electricidad), o el de una actividad predefinida con caracteres de riesgo/retorno más rígidos por la totalidad de un período de concesión (carreteras por peaje). En todos los casos, los sistemas reguladores trascienden a la mera aprobación de normas, para constituirse en ejercicios impostergables de desarrollo institucional de unidades capacitadas para velar por el correcto funcionamiento del sector y la defensa de los intereses del consumidor.

- B.2 Transparencia y equidad del proceso. El conocimiento público del programa y de su aplicación práctica es fundamental para su éxito, como lo es también el garantizar la igualdad de oportunidades para que los agentes económicos puedan participar en él, propiciando una sana competencia.
- B.3 Legalidad del proceso, lo que se logrará mediante el establecimiento de un marco jurídico compuesto por la ley y los correspondientes decretos ejecutivos y normas reglamentarias. Ello no solamente le dará base jurídica, sino que también establecerá reglas claras y definidas reduciendo al mínimo posible la discrecionalidad en la aplicación del programa por parte de las entidades responsables del Estado.

El proceso de desinversión de actividades económicas requiere tareas que trascienden a más de un sector específico y que por su importancia requieren de la adopción de una normativa estándar de aplicación. Tal es el caso del establecimiento de una normativa general de concesiones para obras y servicios públicos; del establecimiento de programas de propiedad participada; de sistemas de retiro voluntario de personal; o, de esquemas de reentrenamiento al personal desplazado.

- B.4 Administración técnica y profesional. El programa es implementado por un equipo técnico de alto nivel profesional y reputación nacional, el que cuenta además con la asistencia de expertos nacionales y extranjeros y con el apoyo técnico y financiero de organismos internacionales que mantienen convenios con el Ecuador.

PLAN ESTRATEGICO DE MODERNIZACION DEL ESTADO

El equipo técnico tiene la forma de una estructura pequeña, ágil y flexible denominada CONSEJO NACIONAL DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO (CONAM) y reporta directamente al Presidente de la República. Sus principales funciones son asesorar al Presidente de la República en materia de modernización y privatizaciones así como coordinar, controlar y ejecutar el proceso que llevará a cabo a través de unidades especiales designadas para tal efecto, en estricta relación con los ministerios funcionales de cada actividad. El CONAM será responsable además de controlar el cumplimiento del programa de acuerdo a la ley y a los procedimientos establecidos.

Para el efectivo ejercicio de su mandato, el CONAM se propone instrumentar en forma prioritaria los siguientes procedimientos estándar y sistemas de apoyo logístico:

- a) Procedimientos estándar de privatización, que establezcan los pasos y los tiempos a dar en cada una de las transacciones, otorgando transparencia al proceso;
- b) Sistema de información y seguimiento de la instrumentación del programa de modernización, que permita en todo momento evaluar los desvíos de una implementación descentralizada;
- c) Sistema de información externa y difusión pública del grado de avance del programa de modernización.

- B.5 Limitación de la actividad empresarial del Estado. Para impulsar la inversión e iniciativa privadas en nuevas áreas de la economía anteriormente reservadas para el Estado, es fundamental establecer límites a la participación estatal en la creación de nuevas empresas. Si no se establecieran límites se estaría desincentivando al sector privado el que percibiría que una potencial entrada del Estado en un sector particular, significará una competencia desleal difícil de superar. El programa de modernización del Ecuador impondrá un límite al crecimiento empresarial del Estado.
- B.6 La modernización es un bien social. Es importante destacar que los costos sociales que frecuentemente se atribuyen a un programa de modernización no son en realidad una característica propia de éste, sino de toda reforma estructural orientada a redefinir el rol del Estado y a lograr un sistema económico más eficiente, aunque ello no conlleve transferencias de activos estatales al sector privado. Consecuentemente, los efectos de la modernización constituyen

RUPTURA

un auténtico bien social ya que propenden mayor beneficio para la mayoría de los habitantes.

Al mismo tiempo, un programa orientado a hacer más eficiente el aparato estatal podrá provocar aumentos transitorios en la desocupación y pérdida de beneficios. El impacto en dichas variables no será homogéneo en toda la fuerza laboral, sino que variará según sea el grado de calificación de ella en los diferentes sectores productivos, la existencia de "trabajadores fantasmas" en las empresas estatales y el nivel de inversión privada capaz de absorber mano de obra.

Para enfrentar la situación transitoria descrita y para evitar que ésta se traduzca en una pérdida de apoyo político al programa, se pondrá en vigor una "red social". Dicha red contemplará el pago de indemnizaciones, creación de bolsas de trabajo, creación de programas de entrenamiento laboral, lanzamiento de programas de empleo de emergencia y programas para pequeños empresarios.

- B.7 Finalmente el programa establecerá la participación laboral en el capital de las empresas privatizadas, lo que redundará en un incentivo para que los trabajadores apoyen el programa a fin de que el nivel de esfuerzo y productividad laboral se vean directamente reflejados en los dividendos percibidos por los trabajadores-accionistas.

C. OFERTAS Y MODALIDADES DE PRIVATIZACIÓN:

C.1 OFERTAS

Para asegurar la transparencia de los procesos y la consecución de las mejores condiciones para los traspasos previstos en la Ley, estos se efectuarán previo el cumplimiento de uno de los siguientes esquemas:

C.1.1 Por llamamiento público nacional o internacional, para la presentación de ofertas, en las que podrán participar los trabajadores y/o empleados de las entidades y empresas objeto de las transferencias; y,

C.1.2 Por subasta publica a través de oferta en la Bolsa de Valores de una parte o la totalidad de las acciones sometidas al proceso de transferencia.

C.2 MODALIDADES

La reestructuración y/o transferencia de las acciones, bienes, activos, pasivos y derechos de empresas y entidades así como las actividades a las que se refiere la Ley se realizará mediante uno o mas de las siguientes modalidades:

- C.2.1 Por venta o adjudicación;
- C.2.2 Por aporte al capital de sociedades por acciones;
- C.2.3 Por transformación de las empresas estatales en sociedades privadas y por fusión o escisión de las mismas;
- C.2.4 Por arrendamiento mercantil;
- C.2.5 Por concesión;
- C.2.6 Por asociación; y,
- C.2.7 Por cualquier otro que determine el Presidente de la República, mediante Decreto Ejecutivo.

C.3 En cuanto a los criterios de valoración de activos y acciones, se establecerá un concepto de "valor referencial". Ello porque el valor estimado de un activo o de una empresa varía dependiendo de la metodología de cálculo y de los supuestos utilizados.

Incluso la forma de venta o transferencia influirá en el valor estimado. Por estas razones es que no se establecerán valores únicos ya que de hacerlo se estaría introduciendo una rigidez innecesaria al proceso de privatizaciones. En todo caso el CONAM será responsable de controlar que las valorizaciones sean efectuadas por expertos calificados quienes utilizarán procedimientos técnicos de cálculo universalmente aceptados.

D. PRIORIDADES PARA LA PRIVATIZACIÓN:

A continuación se señalan los principales criterios que regirán para definir el cronograma de implantación del programa.

D.1 Empresas o servicios que permitan una privatización rápida y exitosa, lo que unido a una efectiva campaña publicitaria contribuirá a ir ganando consenso político en favor de las

RUPTURA

privatizaciones y experiencia por parte de los ejecutores del programa.

- D.2 Empresas o servicios que requieran de un mejoramiento urgente en la eficiencia y en la calidad del servicio, dada la gravitación que dichas empresas tienen en el crecimiento futuro del país. Adicionalmente, se deben considerar las necesidades de inversión futura en dichas empresas y que el Estado se encuentra imposibilitado de emprender.
- D.3 Empresas o servicios que requieren de importantes inversiones que permitan actualizar tecnológicamente la prestación del servicio y que, consecuentemente, sean intensivas en la atracción de tecnología e inversión extranjera.
- D.4 Empresas o servicios que requieren de un período de preparación y reestructuración previo a la privatización; principalmente en aquellos casos en que se requiere la legislación específica como son las telecomunicaciones, los sectores eléctrico y petrolero.
- D.5 Empresas o servicios cuya operación significa un impacto deficitario en el Presupuesto de la Nación.

E. ESTRATEGIA DE COMUNICACIONES

E.1 Objetivos Estratégicos que el Plan debe alcanzar

- a) Legitimación de las acciones modernizadoras. (que son medidas necesarias por los tiempos que vivimos, transparentes en sus métodos y absolutamente imprescindibles para el bien común.)
- b) Proyección de las mismas (creando el efecto de demostración sobre las áreas no modernizadas.)
- c) Crear impulsos emotivos favorables a la modernización, haciendo que se la considere el mayor Bien Social del futuro próximo.

E.2 Marco Conceptual

El proyecto debe trabajar sobre las reformas estructurales, considerando como tales a aquellas que producen una modificación de gran alcance, de profundo impacto y que genera

PLAN ESTRATEGICO DE MODERNIZACION DEL ESTADO

cambios operacionales capaces de modificar la cultura y el modo de vida del área involucrada.

Se está introduciendo una innovación en la sociedad. Se trata de reemplazar hábitos y valores cuyo cambio genera una resistencia lógica y que va de lo razonable a muy poderosa, dependiendo de los sectores. (desde los mas costumbristas hasta los que tienen intereses o lazos fuertes con el sistema establecido.)

Por ello, es importante señalar que las primeras acciones privatizadoras o modernizadoras deben tener, cuando menos, dos características:

- a) La primera mención del público debe ser de alivio, ya que le estaremos ofreciendo la solución a múltiples problemas.
- b) Las primeras zonas económicas involucradas deben tener gran capacidad de penetración en el tejido social, creando rápida legitimidad de manera que las siguientes modernizaciones sean deseables antes de que tome fuerza el juego de resistencia de los adversarios.

En caso de no darse ninguna de estas condiciones, y se comience la modernización por Ecuatoriana de Aviación en vez de hacerlo por telecomunicaciones o energía eléctrica será preciso crear un plan de desarrollo de la compañía aérea que involucre al público, de tal manera que esté más cerca y disponible para la comunidad. (mejores precios, mejor servicio, mejores horarios, con atención preferencial para todos los pasajeros y no solo a las clases preferenciales, por ejemplo).

Es importante tener en cuenta que al público no le interesa la información desde el "lado de la oferta": lo que hizo tal organismo, los complejos mecanismos utilizados, o la metodología de licitación. Se puede hacer énfasis en la transparencia, dejando la certeza de un procedimiento limpio. Pero lo ideal es tomar en cuenta al público en los beneficios de la operación. (¿gana el ciudadano común algo con esta transformación?. Si usted gana algo, se lo digo y usted tiene una razón para creerme. Si no gana nada, será difícil que Ud. me crea.) Toda la información del proyecto debe intentar establecer nexos entre el interés del gobierno y el de la gente.

E.3 Criterios Básicos de Cultura y Comunicación

Existe la tendencia a creer en la omnipotencia de los medios, y por ende, a intentar "vender" un proyecto, entendiéndose por vender la comprensión de las características y objetivos del mismo. Sin embargo, la idea de vender se debe acotar a sus posibilidades técnicas reales. Hay una distancia sociológica, psicológica, cultural, entre los hombres más cultos y los menos letrados. Es normal, entonces, que existan resistencias culturales a todo cambio y a las ideas nuevas. También existen sospechas y posiciones políticas. Todo esto redundará en la ineficiencia de intentar "convencer" a la opinión pública de las bondades modernizadoras: no es real ni en el tiempo ni en la inversión que se le dedica. Lo mejor es aceptar que la ley de permeabilidad social es lenta, y poner el énfasis en saturar a los sectores cultos para que los sectores sin cultura reciban una pequeña señal de nuestra propuesta.

No es posible convencer a todo el mundo por tratarse de un proceso lento, largo y costoso, y el proceso de privatización termina siendo implementado en base a una adecuada conjunción entre los mensajes estratégicamente planificados y las "acciones modernizadoras", ya que serán éstas últimas los verdaderos agentes de convencimiento.

Entonces, siendo las acciones la mejor estrategia de comunicación, es importante escoger las acciones "insignia".

Por ello es importante "vender" a las personas un escenario de mejor calidad de vida. "Una mejor vida para él". No un proyecto de gobierno. Lo que importa es mejores teléfonos, mayor disponibilidad de energía, más puntos de servicio para la obtención de documentos, mejores y más carreteras, etc. Por ende, la campaña debe hacer énfasis en la demanda.

El público debe pensar que se trata de algo que le interesa. Para ello se le debe involucrar en la campaña de comunicaciones, receptando sus sugerencias, organizando mesas redondas, seminarios, eventos, y realizando entrevistas callejeras. También se pueden establecer puntos de recepción de sus reclamos y sugerencias, etc.

Debe permitírsele "participar de los beneficios", sea por la compra de acciones, o simplemente porque en nuestras casas, oficinas y centros de estudio todo funcionaría mejor.

Modernizar es hacer un Bien Social. La modernización es el mayor Bien Social del presente siglo. (eso neutraliza el tema del "costo social". Los países que no realicen estos cambios tendrán graves problemas económicos y, finalmente, gran agitación social por frustrar las esperanzas lógicas de la población en un mundo muy globalizado. (¿Debe resignarse a ver progresar a otros países mientras ellos se estancan?). La modernización debe ser el mayor Bien Social del presente, con sentido de futuro.

Modernizar debe convertirse en el mito moderno. Es el signo de los tiempos. Aquel que se oponga es un retrógrado, es un fatalista, es un anticuado. Es inmoral dejar a un país fuera del progreso porque eso condena a la gente a la pobreza. Todo el discurso y la acción de los diversos agentes modernizadores debe evidenciar que los países que no asuman esta transformación serán atrasados y pobres en el próximo siglo.

E.4 Perfil y Posicionamiento.

Debemos estar conscientes de que nuestra lucha es por alcanzar una posición en la mente del público. Pero para ello debemos conocer primero en cual posición se encuentra hoy el proceso modernizador. Porque es probable que no esté sólido. Para algunos es conflictivo, para otros un problema ideológico, y para los más es una típica pelea entre políticos que no se ponen de acuerdo. Además, no faltan los escépticos que ven solo una maniobra para que la hélice de mando sea sustituida por otros que quieren hacer negocio económico en vez de político. Y también habrán aquellos optimistas que creen en el cambio y no requieren ser convencidos para apoyarlo.

E.5 Objetivos de Posicionamiento

- a) Intentar que el público vea este tema como una lucha entre los que quieren cambiar las cosas que están viejas y mal, por otras que sean nuevas y positivas.
- b) Que vean en este proyecto un esfuerzo honesto por darle a él, persona común y corriente, un papel importante en las

RUPTURA

decisiones económicas del país, a la vez que se convierte en receptor de bienestar.

c) Que hay intereses que se oponen a este beneficioso cambio.

El posicionamiento es fundamental para alcanzar objetivos comunicacionales, ya que facilita o dificulta alcanzarlos. El perfil y posicionamiento ayuda a crear el "eje" de significados (o eje semántico) donde se dará la lucha. Si el eje semántico es político y se da entre gobierno y oposición, será desfavorable para el proyecto. Si, por el contrario, el eje semántico es entre:

Bien mal
Futuro pasado
Progresista retrógrado
Vallente..... temeroso
Innovadoranticuado

Habrán pocos dispuestos a representar el mal, el pasado, lo retrogrado, el temor, lo anticuado.

Hay que evitar que el eje pueda ser convertido en contra nuestra por los opositores. Por ejemplo, si nuestro eje es la corrupción, no faltará alguien que diga que la corrupción será "trasladada" del sector público al sector privado.

Es el diseño de nuestro propio perfil, posicionamiento y eje semántico lo que determina el éxito o fracaso de nuestra batalla de comunicaciones.

E.6. Metodología

La estrategia de comunicaciones construida sobre nuestro eje, un perfil y una conciencia de los criterios, básicos tendrá dos ámbitos:

- a) El ámbito de la realidad: las leyes que se aprueben. Las empresas que verdaderamente pueden incluirse en el proceso. Y lo que se logre hacer, y lo que no se logre.
- b) El ámbito virtual, o imagen construida por el conjunto de agentes públicos y privados que entregan su mensaje.

Debemos estar presentes en el ámbito real con buenas decisiones, para que sea la mejor empresa la que provoque el efecto de demostración sobre el país. Pero si eso no es posible, en igual forma

debemos atacar la zona virtual elaborando, en primer término, el listado general de los diferentes públicos, y su característica clave. Hay públicos de élite, organismos internacionales, personalidades de la cultura, de la política. Hay públicos especializados en los temas donde hay posibilidades de modernizar. Hay públicos, jóvenes, gustosos al cambio; tal vez, pero ajenos a las cuestiones políticas, etc.

E.7 Coordinación Del Plan De Comunicación

El proceso de modernización contempla diferentes etapas, y la estrategia de comunicaciones deberá ajustarse a las mismas. Para ello, y habiendo sido abundante la información difundida sobre el proceso, es preciso realizar sondeos de opinión para conocer en cual posición de la mente del público se encuentra hoy el proceso modernizador: ¿de información positiva, negativa? ; ¿de confusión, o de desconocimiento? En base a estos resultados se delinearán la orientación de la campaña de comunicaciones.

Conocedores de que la permeabilidad de la información se da en forma lenta, será necesario también recurrir a estrategias de comunicación que permitan la identificación positiva del público común con el proceso en sí, partiendo de la idea de que se trata de un Bien Social.

Por ello:

a) Es preciso coordinar campañas masivas de radio y televisión que difundan el mensaje de manera clara, sencilla y con gran profesionalismo. En otros países ha dado excelentes resultados las campañas que, utilizando personajes ficticios que bien pueden ser de animación o actores, y mediante el sentido del humor, lograron la legitimación de las acciones modernizadoras haciendo que el público desee y exija ese Bien Social que va a solucionar los múltiples problemas, como son los malos servicios.

b) Difundir masiva y oportunamente información relativa a todos los logros en materia de modernización, cuyos resultados comenzaron ya a ser de beneficio para el público común: simplificación de los trámites, leyes nuevas, etc.

c) Es de vital importancia que el plan de comunicaciones esté en perfecta coordinación con el proceso en sí. Que cada etapa de la campaña de publicidad genere actividades modernizadoras que legitimen lo afirmado en la radio, televisión y prensa. Porque si se llegase a presentar un "desfase" entre lo afirmado en la campaña y los actos modernizadores, el resultado sería sumamente negativo para todo el proceso ya que se crearía un ambiente de desencanto por la expectativa burlada.

E.8. Implantación

Para esto debemos elaborar, en primer término, el listado general de los diferentes públicos y su característica clave. Hay públicos de élite, organismos internacionales, personalidades de la cultura y la política; hay públicos especializados en los temas donde hay posibilidades de modernizar. Hay públicos jóvenes gustosos del cambio - tal vez- pero ajenos a estas cuestiones políticas. Hay públicos indiferentes, a los que nada les importa excepto su metro cuadrado.

Si bien debemos tener mensajes de perfil general, lanzados principalmente por radio y TV, hay mucha segmentación importante donde debemos llegar con folletos, lobbying, seminarios, eventos, mesas redondas, etc. Sin embargo, esta multiplicidad de medios requiere un mensaje coherente y unitario; respuestas razonablemente parecidas de cada uno de los partícipes para poder penetrar las zonas mas resistentes de la mentalidad publica a través de la persistencia.

Para estos efectos debe existir un manual de preguntas y respuestas. Un equipo debe recopilar todas las inquietudes que aparecen en la prensa o en las conversaciones privadas, y responder una a una todas esas inquietudes, no importa si están hechas de buena o mala fe.

La parte de información de prensa debe ser pro-activa, no reactiva. Debe poner a replicar a los que están en contra, y no debe dedicarse a contestarles. Esto es fundamental para la imagen de liderazgo y para que la información del proceso llegue limpia a la mente de las personas. Si el orden es de información positiva y luego negativa, la positiva tiene oportunidad de triunfo. Si ya se ha dicho algo malo, su oportunidad es baja.

PLAN ESTRATEGICO DE MODERNIZACION DEL ESTADO

Hay, en toda metodología, períodos de preparación y períodos de realización. Si ésta se realiza antes de tiempo, y nunca se concretan los actos que anuncia, estamos ante el cuento del lobo. Por eso, como ya lo dijimos, es preferible establecer etapas. Posiblemente esta etapa sea para que el público descubra las zonas que están mal y que deben solucionarse.

Como hemos dicho que la transparencia del proceso juega un papel sumamente importante, se ha mantenido y se seguirá conservando un flujo constante de información de carácter educacional. Sin embargo, habrá que tener cuidado de evitar difundir aspectos muy específicos, para evitar las confusiones que provocan los ajustes en la estrategia de privatización.

Es importante recurrir a la recopilación y difusión de la experiencia privatizadora de otros países y de América Latina en particular.

- Sería de enorme ayuda la realización, a lo largo del país, de talleres de trabajo orientados a periodistas especializados en el tema económico; funcionarios de gobierno nacional y seccional; profesores universitarios; parlamentarios; representantes de los trabajadores y asociaciones gremiales, y representantes de países y organizaciones internacionales en el Ecuador.
- Seminarios orientados a los diversos públicos, con la participación de expertos, autoridades del gobierno y del sector privado.
- Publicaciones en la prensa nacional y extranjera, con información sobre el proceso modernizador, tanto de nuestro país como de otros países donde se reseñan los resultados exitosos.
- Entrevistas a líderes de opinión sobre las ventajas de las reformas y de las privatizaciones.

Nunca debemos olvidar que todo método polémico de comunicaciones aumenta inicialmente el interés, para luego apagarlo del todo y, en ningún caso, aumenta la información. Ella sólo circula a manera de diálogo de sordos, ante la estupefacción

RUPTURA

del público. La polémica es sólo circulación de información. No es información.

Finalmente, es importante señalar que, al no poder convencer a todo el mundo en los plazos que existen, lo único posible es deslizar al público en -plano inclinado-, a través de actos, de hechos modernizadores reales, acompañando esto de ideas-fuerza, sencillas y simples. La magia y la emotividad deben acompañar a la demostración vivencial, y configurar el plano que permita a las mayorías tener un consenso de la necesidad del cambio.

El programa general de comunicaciones será continuo y persistente, y la responsabilidad de su estructuración e implementación recae en el CONAM.

F. PROGRAMA DE ACCIÓN INMEDIATA:

- F.1 Telecomunicaciones: Es indispensable definir la estrategia para superar la instancia legislativa que permita reformar la Ley de Telecomunicaciones vigente a efectos de poder corporativizar el sistema de telecomunicaciones y permitir en forma amplia y transparente la participación de la inversión privada en el desarrollo de este importante sector, y fijar el tiempo estimado para esta actividad a efectos de no perder tiempo en el desarrollo general del proceso ya que en defecto de la aprobación de una nueva Ley habría que trabajar en función de un programa de concesiones a largo plazo o utilizar como estrategia la conformación de empresas por parte de EMETEL las que luego serían materia del proceso de privatización.

Adicionalmente, se adelanta el proceso, iniciado a principios de mayo de 1994, de selección de un grupo de firmas consultoras del mas alto prestigio y nivel técnico y profesional a nivel mundial, a efectos de suscribir un contrato de asistencia técnica en beneficio de EMETEL y del CONAM, a través del cual se desarrollen y elaboren todos los documentos, tales como bases de licitación, información técnica y contable y modelos de contratos, que sean necesarios para que, a través de procesos caracterizados por la transparencia y por reglas claras, pueda ejecutarse el proceso de transferencia de las operaciones relacionadas con las telecomunicaciones desde el Estado hacia la iniciativa privada.

PLAN ESTRATEGICO DE MODERNIZACION DEL ESTADO

En este importante sector, también se adelanta el proceso necesario para elaborar normas técnicas y reglamentarias que puedan poner en práctica aquellas disposiciones que constan en el Proyecto de Ley que hoy se discute en el Congreso.

Sacar adelante, con energía y con coraje, el proceso de modernización de las telecomunicaciones en el país, es de fundamental importancia, ya que se estima que para el próximo quinquenio serán necesarias inversiones no inferiores a los mil cuatrocientos millones de dólares, para situar tecnológicamente a las telecomunicaciones del país, a tono con la media de las telecomunicaciones en Latinoamérica, cantidad de recursos que el Estado no los tiene y que si los tuviera deberían ser canalizados a la atención de programas que busquen solucionar problemas que hoy día deben ser considerados como estratégicos, tales como la salud, la educación, la vivienda, la salubridad y la seguridad interior.

Se estima que en el transcurso del mes de agosto debe estar definida la selección del grupo de firmas consultoras y apreciando la experiencia vivida por otros países latinoamericanos, serán necesarios no menos de quince meses para tener preparado y listo para licitación internacional la transferencia de las operaciones de las telecomunicaciones a la iniciativa privada.

- F.2 Administración Aeroportuaria.- Uno de los aspectos visibles y que ejemplifican el estado de subdesarrollo que vive el país constituye el estado y calidad de los servicios que recibe el pasajero que ingresa al país o sale de él. Es innegable que las autoridades aeronáuticas y de Aviación Civil deben concentrar su esfuerzo y recursos en el desarrollo de tecnologías necesarias para el control del espacio aéreo y que deben permitir a la iniciativa privada la gestión de administración de los aeropuertos, especialmente los internacionales, a efectos de que los servicios que allí se presten al pasajero así como los servicios de rampa a las aerolíneas estén de acuerdo a las necesidades y requerimientos del mundo moderno. El país se abre al mundo; su economía se internacionaliza; hay un permanente afán de explotar los recursos turísticos que ofrece el Ecuador y todo ello nos obliga a reflexionar en que, al incrementarse el flujo de pasajeros que ingresan o salen deben también, simétricamente, ampliarse y mejorarse los servicios.

Por las razones anotadas, el CONAM tomó la decisión de realizar una Convocatoria Internacional a Grupos de Firmas Consultoras para que nos asesoren en el desarrollo de las bases y modelos de contratos que sean necesarios a efectos de, en su momento, concesionar a la iniciativa privada la administración de la infraestructura y de los servicios aeroportuarios que demandan los pasajeros de la época actual.

Se estima que en el transcurso del mes de septiembre deberá estar definido el grupo de firmas consultoras con quienes se suscribirá un contrato de asistencia técnica para el desarrollo de los documentos necesarios para en su momento, internacionalmente, convocar a una licitación que concluya con la concesión de estas importantes actividades, lo cual debería ocurrir hacia el tercer trimestre de 1995.

- F.3 El CONAM colaboró activamente en la elaboración del Proyecto de Ley de Régimen del Sector Eléctrico, el mismo que fue remitido por el Ejecutivo al Congreso Nacional hace ya algunas semanas, por la vía ordinaria. Sin embargo, es necesario demandar al Congreso Nacional la adecuada atención y el trámite de este importante proyecto pues una vez más queda demostrado que un proyecto que es remitido por la vía ordinaria al Congreso Nacional no merece la atención oportuna como ya ocurrió en 1993 cuando se remitió al Congreso Nacional la Ley de Modernización y la Ley del Servicio Nacional Aduanero, y fueron necesarios 10 meses en el primer caso y 13 en el segundo para que concluya el trámite en la instancia legislativa.

La estrategia definida por el Gobierno para llevar adelante el proceso de modernización del sector eléctrico, está radicada en la competencia y a partir de ella se persigue mejorar la calidad y cobertura del servicio eléctrico. El Proyecto de Ley que se tramita en el Congreso Nacional plantea la corporativización de las actividades de generación y transmisión, por un lado; y, por otro, el funcionamiento de las tantas empresas de distribución que existen en el país y que operan regionalmente.

- F.4 El CONAM, a través de especialistas en Sistemas, viene desarrollando el programa de modernización de las actividades del Registro Civil. Aquí la estrategia tiene estrecha relación con la incorporación de nuevas tecnologías en sistemas y se persigue

concesionar a la iniciativa privada la operación de un nuevo centro de cómputo. Las inversiones que sean necesarias para la instalación de un nuevo centro de cómputo y su extensión a través de redes de servicios y puntos de atención a los usuarios deberán ser realizadas por la firma o grupo de firmas que se seleccione luego de un concurso internacional, a efectos de no presionar las ya deprimidas arcas fiscales.

Cuando los Ecuatorianos necesitamos obtener los servicios relacionados con el Registro Civil, estamos actualmente sometidos a un auténtico vejamen, aparte de la necesidad de perder ingentes cantidades de tiempo que nos distraen de nuestras actividades productivas y cotidianas. La tecnología actual permite superar estos inconvenientes y encarar la prestación de un servicio público con altos niveles y estándares de eficiencia, calidad y oportunidad.

Por otro lado, tradicionalmente ha sido notoria la fácil falsificación y adulteración de inscripciones y documentos de identidad. También la tecnología nos permite tener al alcance soluciones prácticas a través de las cuales se superen esta clase de problemas.

- F.5 Por decisión del señor Presidente de la República y mediante la expedición de un Decreto Ejecutivo se conformó la Comisión Nacional de Modernización Aduanera, en la cual el CONAM tiene una activa participación. Desde la expedición del Decreto Ejecutivo y a partir de las gestiones y acciones desplegadas por la Comisión antes indicada, las recaudaciones que se consiguen con motivo de las transacciones de comercio exterior se incrementaron significativamente y esa tendencia debe mantenerse.

Las acciones básicas desplegadas han consistido en una simplificación de los procedimientos aduaneros y en la incorporación del mecanismo de autoliquidación previo al despacho de los pedimentos de importación o de exportación. Simultáneamente se han modificado los sistemas a efectos de simplificar las actividades de aforo de las mercancías y concentrando éstas en aquellas importaciones consideradas como sensibles, riesgosas y que tradicionalmente han sido materia de altos niveles de contrabando en nuestro país.

RUPTURA

También se ha adelantado el proceso de contratación de firmas verificadoras de la calidad, valor y características de las mercancías. Se aspira que las firmas verificadoras estén ya en funciones con relación a las transacciones de comercio exterior antes de la finalización del tercer trimestre de este año que decurre. El objetivo que se persigue con la participación de las firmas verificadoras es simplificar aun mas los procedimientos, reducir los tiempos de despacho, sincerar el valor de las importaciones fundamentalmente y mejorar ostensiblemente las recaudaciones.

Las firmas verificadoras que participen en esta actividad serán todas de reconocida solvencia y prestigio internacional, técnicamente calificadas con amplia y suficiente cobertura a nivel mundial.

Se adelanta el proceso de automatización de las Aduanas con el que se persigue concluir, en lo que a sistemas y a tecnología se refiere el proceso de simplificación de los trámites aduaneros. Ello también va a permitir mejorar significativamente los controles de los diferentes regímenes especiales, un adecuado y eficiente manejo de cartera y de garantías y además permitirá eliminar una serie de elementos subjetivos que aún se producen con motivo de la verificación física de las mercancías y de los actos de control posterior a los diversos trámites aduaneros.

En las últimas semanas han ingresado, en sustitución de antiguos funcionarios, una serie de jóvenes profesionales, a prestar sus servicios en diferentes Distritos Aduaneros del país. Estos jóvenes profesionales son en su totalidad graduados o al menos egresados de diferentes Universidades del país, en diferentes disciplinas quienes aprobaron con rendimiento altamente satisfactorio el programa de capacitación que tuvo una duración de 6 meses consecutivos a razón de 8 horas diarias con un pénsum de estudio desarrollado en estricta aplicación de las disciplinas que tienen relación con las transacciones de comercio exterior.

Todo ello ha sido posible solamente gracias a la convicción y firme decisión del señor Presidente de la República para despolitizar y tecnificar los servicios aduaneros.

Obviamente, en este proceso falta mucho por hacer y es evidente que en el camino nos seguiremos encontrando con una serie de dificultades fundamentalmente originadas por las resistencias internas y externas al cambio de ciertas estructuras que han significado verdaderas canongías y cuotas de poder en los últimos lustros de la vida del país, pero es más fuerte la decisión que nos anima y estamos dispuestos a acelerar el ritmo de la modernización aduanera.

- F.6 Avanza el programa de modernización de puertos. Hemos recibido ya el informe final de la consultoría contratada y una vez que se haya superado la necesaria reducción de personal, hoy detenida por la carencia de recursos económicos, de inmediato se dará paso a la Convocatoria de licitación para concesionar a la iniciativa privada los diferentes servicios portuarios, especialmente aquellos relacionados con la estiba, desestiba, manipuleo y almacenamiento de carga en los recintos portuarios.

Para superar el problema financiero relacionado con la reducción de personal se espera la emisión de bonos anunciada por el Ministerio de Finanzas.

El plan, en un inicio, se lo ejecutará solamente en el puerto de Guayaquil, quien maneja alrededor del 60% de la carga marítima a nivel nacional, e inmediatamente se continuará con los puertos de Manta, Esmeraldas y Puerto Bolívar.

Es indiscutible que la decisión de modernizar los servicios portuarios está radicada en la sensibilidad que tiene el Gobierno del señor Presidente para volver mas competitivos a los productos ecuatorianos y para simplificar y abaratar los costos relacionados con la importación de materias primas, partes, piezas y repuestos, además de bienes de capital que requiere el sector productivo y con ello apoyar la dinamización de la economía y el incremento de la producción.

- F.7 El CONAM trabajó en el proceso de desmonopolización de la actividad de los correos del Ecuador. En la época actual se adelanta la preparación de normas regulatorias, simples pero eficaces para una actividad desmonopolizada. Además se trabaja en la reestructuración y reorganización de la Empresa de Correos pues se persigue hacer de ella una empresa eficiente, competitiva

RUPTURA

y que asegure altos márgenes de credibilidad y de seguridad en beneficio de los usuarios.

La intención no es privatizar a la empresa de correos. La intención es que, por la vía de la desmonopolización, se abra la competencias y, a través de ella, mejore la calidad de los servicios. Para ello es importante también robustecer técnicamente a la empresa de correos, pero al mismo tiempo racionalizarla en cuanto a su estructura y reorientarla en cuanto a sus funciones, pues hay una extensa gama de servicios de correos que hoy día no se prestan.

- F.8 El CONAM tomo la decisión de involucrarse activamente en la modernización de los servicios de seguridad social. Paralelamente sostiene que los problemas de reestructuración y reorganización del IESS son problemas de esa institución en los que, a requerimiento de ella, el CONAM podría intervenir y colaborar.

Conformada la Comisión de Seguridad Social por disposición del señor Presidente de la República, se elaboraron ya los lineamientos generales para un programa de pensiones en el Ecuador, sobre cuya base un grupo de profesionales reclutados por el CONAM viene trabajando en la formulación de un nuevo esquema para el manejo de las pensiones en el país.

También un pequeño grupo de profesionales reclutados por la Subsecretaría de Bienestar Social en coordinación con el CONAM, viene trabajando en el desarrollo de un nuevo esquema para dar atención a los problemas médicos y de salud que afrontan los trabajadores ecuatorianos.

Con el apoyo de consultorías apropiadas y observando las experiencias por las que ya han pasado otros países latinoamericanos se pretende entregar al señor Presidente un programa de seguridad social, antes de la finalización del presente año, a efectos de analizarlo con las principales autoridades del Gobierno y una vez que se hayan evacuado las interrogantes que pudieran existir, se aspiraría iniciar la ejecución de un programa de seguridad social a partir de 1995. Fundamentalmente se persigue rescatar la dignidad del trabajador ecuatoriano, brindarle mejores y más oportunos servicios médicos y de salud y garantizar pensiones dignas y congruentes con los montos de las

aportaciones, que no son otra cosa que el ahorro forzoso del trabajador para asegurar una vejez, un retiro o un estado de invalidez o enfermedad que pudiera ocurrir.

- F.9 El CONAM, en una actitud de estrecho apoyo y coordinación, conjuntamente con los principales ejecutivos de la empresa Ecuatoriana de Aviación, desarrolló un plan estratégico que ha sido sometido ante todas las principales autoridades económicas y de defensa. El plan estratégico para privatizar a la empresa aérea fue en su momento aprobado por el Directorio de Ecuatoriana de Aviación, por el Directorio del CONAM y discutido en varias oportunidades con los principales Mandatarios. Para ejecutar el plan estratégico se espera solamente la decisión del señor Presidente la misma que tiene que plasmarse en la expedición de un Decreto Ejecutivo que está ya sometido a su consideración. Se estima que si el señor Presidente expide el Decreto Ejecutivo, el proceso de privatización de Ecuatoriana en lo que respecta a la identificación de un socio estratégico, a través de un concurso internacional, pueda estar concluido en aproximadamente 4 meses.

Los pasivos de Ecuatoriana mantiene a la Empresa en un estado de asfixia; se ha perdido credibilidad ante los acreedores; y conforme avanza el tiempo continúan desmejorando las oportunidades que hoy existen para vender el 50% de las acciones de la empresa una vez transformada a un socio operador estratégico.

- F.10 Se adelanta, bajo la coordinación del CONAM el proyecto de Reestructuración Integral y de Desinversiones de la Empresa de Ferrocarriles del Estado.

Cualquiera que sea la situación de la empresa y la estructura de la misma durante y una vez concluido el proceso de reorganización, es evidente que deberá continuar existiendo un subsidio por parte del Estado, ya que la empresa no es ni será rentable desde ningún punto de vista. Lo importante entonces es, durante el proceso, definir el nivel de subsidio que es conveniente asignar para el funcionamiento de esta empresa y avanzar en un proceso que arribe al mantenimiento de una sola ruta en el tramo Ibarra-San Lorenzo, siendo la última ruta a ser eliminada la Riobamba-Durán. Se espera que una vez concluido el proceso de reestructuración y

RUPTURA

reorganización de esta empresa, el Estado deje de gastar aproximadamente 17.000 millones de sucres anuales.

De todas formas continúa un proceso de auscultamiento entre los diferentes sectores productivos que pudieran estar interesados en adquirir total o parcialmente los activos de la empresa para operarlos, como pudiera ser el Sector de Operadores de Turismo, a pesar de que no hay indicios claros de que haya efectivamente interés por parte de ellos.

- F.11 Se ha conformado una comisión de muy alto nivel integrada por Rectores de algunas de las Universidades mas prestigiosas del Ecuador, con quienes se coordina la elaboración de un proyecto de nueva Ley de Educación Superior, intentando proyectar a la Universidad ecuatoriana hacia la demanda de capacitación que exige el mundo moderno. Se percibe que, en términos generales, el nivel de la educación superior ha desmejorado notoriamente en los últimos años. Si en el nivel superior se logran escenarios de excelencia en donde se adiestre con técnicas modernas y se haga énfasis en la investigación y en el esfuerzo, automáticamente el nivel secundario va a sentir la presión y va a tener que asumir el reto de adecuar sus estructuras para homologarlas a las exigencias que emanen de la Universidad. Secuencialmente, el nivel primario debería revisar sus estructuras para también adecuarse a las exigencias de los niveles superiores.

Todo ecuatoriano que reúna ciertos méritos de carácter intelectual y científico debería tener la oportunidad de escoger la Universidad ecuatoriana en la que quiere estudiar y creemos que es obligación del Estado, a través de un sistema adecuado, acudir para apoyar las necesidades de capacitación de ese individuo.

- F.12 Se adelanta el programa que se relaciona con el proyecto de Modernización del Estado y en la actualidad se trabaja fundamentalmente en las actividades relacionadas con la implantación de la Ley de Presupuestos y sus normas técnicas; en la racionalización y mejor coordinación de las actividades relacionadas con el manejo de la deuda pública; en la elaboración de una nueva Ley de Contratación Pública; en la racionalización de la estructura del Estado a través de sus diferentes Ministerios y dependencias; en la adopción de unas únicas políticas y prácticas de contabilidad gubernamental; en la

adopción de mejores y más eficaces sistemas de control administrativo y financiero y en la identificación de políticas y estrategias de descentralización.

En los programas de racionalización de la estructura del Estado, se ha hecho un énfasis particular en la necesidad de que se adopten e implanten programas de capacitación y para ello, se adelantan gestiones con organismos internacionales que permitan diseñar adecuadamente diferentes módulos de capacitación.

F.13. Considerando que es de una importancia trascendental para el futuro de la vida del país, el CONAM ha considerado de fundamental importancia concentrar parte de su esfuerzo y de su contingente humano en el desarrollo de metodología apropiadas para concesionar a la iniciativa privada la ejecución, ampliación, mantenimiento o reparación, en general de la obra pública. Ello abarca carreteras, puentes, caminos vecinales, sistemas de agua potable y sanitarios, canales de riego, etc. Se aspira a que entre finales del mes de agosto, o principios del mes de septiembre, una vez que se hayan recibido los informes finales de las consultorías contratadas para el efecto, se pueda entregar al señor Presidente un proyecto de Decreto que contenga el Reglamento General para Concesión de Obra Pública, instrumento que consideramos será de altísima utilidad para el desarrollo del país y que tendrá, a través de la dinamización de todas las facetas relacionadas con la construcción de obra pública, un efecto multiplicador en beneficio del desarrollo económico y social.

G) OTRAS ACTIVIDADES RELACIONADAS:

El CONAM tiene entre sus objetivos durante 1995 la expedición de las siguientes leyes que se consideran indispensables para el desarrollo del proceso de Modernización del Estado:

1. Ley de Contratación Pública;
2. Ley Antimonopolios;
3. Ley Marco de Comercio Exterior.

Para cada una de estas actividades se vienen conformando los grupos de trabajo y diseñando los programas estratégicos que permitan obtener el éxito que se espera, lo cual incluye instancias de discusión y análisis, mesas redondas, seminarios y presentaciones.

H) PROGRAMA DE DESINVERSIONES:

En lo que resta de 1994 podrán concluir, al menos en sus niveles de convocatoria, licitación u oferta pública, los procesos de transferencia de las acciones que el Banco Nacional de Fomento posee en la Fábrica de Cemento Chimborazo y de diferentes propiedades empresariales que posee el Ministerio de Agricultura y Ganadería.

A efectos de poder ejecutar los programas de desinversión durante 1995, se han iniciado ya los trámites previos para efectuar el estudio y valoración de las siguientes propiedades del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social:

- Hotel Quito;
- Fábrica de Cementos Guapán
- IANCEN
- Fábrica de Estructuras Metálicas.

También se ha iniciado la elaboración de los términos de referencia de los estudios que permitan establecer la factibilidad de los programas de desinversión relacionados con el capital social de las empresas Transnave y FLOPEC, estudios que se aspira tenerlos concluidos al promediar 1995.

Finalmente se completa el Catastro de Activos Improductivos de propiedad de las instituciones del sector público para continuar con un proceso ordenado y coordinado de realización de dichos activos, anotándose que muchos de ellos están siendo utilizados para financiar los programas de desenrolamiento de empleados y funcionarios del sector público.

Este artículo abre el debate sobre el decreto ejecutivo 1820 -manifestación de la tensión entre la tendencia actual de modernización del sector público y estrictos principios del derecho público administrativo- que se ha consumado sin el suficiente discernimiento jurídico. Parece que el propósito que inspiró el decreto no encontró una adecuada configuración jurídica. Al menos, pensamos que la tesis que lo justifica no ha sido suficientemente aclarada. En este trabajo, el autor, estudiante de esta Facultad, conjetura la hipótesis de la inconstitucionalidad del decreto en mención, bajo un punto de vista sólido, a menos que el debate concluya lo contrario. De todas maneras, creemos que en el decreto 1820 subyace un espíritu de renovación de los principios constitucionales y administrativos del Estado.

UN DECRETO INCONSTITUCIONAL

Tomás Arteaga Negrete

1.- INTRODUCCIÓN.-

La doctrina clásica del Estado, junto al tema del fundamento del poder, se ocupó siempre del problema de los límites de éste, problema que generalmente se plantea como parte del de las relaciones entre derecho y poder, o derecho y Estado. (Bobbio, 1989). El pensamiento político propuso y desarrolló entonces, entre otras soluciones, la idea del Estado de Derecho.

Desde que los juristas se adueñaron del Estado y sus problemas, éste ha sido definido, según la perspectiva lógica del derecho, generalmente, mediante tres elementos básicos: el pueblo, el territorio y la soberanía. Conceptos de importantísimas implicaciones jurídicas, pero sobre todo este último, ampliamente desarrollado por los juristas y universalmente acogido con todas sus consecuencias por los estudiosos del derecho público.

La vertiginosa evolución de estos conceptos en los últimos tiempos ha cambiado la situación política de los países latinoamericanos en forma considerable. El Estado cepalino —Estado empresario, benefactor,

RUPTURA

etc.— ha fracasado en su misión de ofrecer mejores días a las nuevas generaciones, mientras en contraste aparecen los bloques económicos o economías de intercambio con nuevos retos, nuevas exigencias, cuyos promotores propugnan una serie de cambios radicales en la estructura política de las naciones.

Parte esencial de esta ola modernizadora —de la cual nuestro país no ha sido ajeno— es el traspaso de los activos de las empresas estatales al sector privado, por medio de diversos mecanismos como la venta, escisión, delegación de facultades o concesiones.

Pero no es mi intención discurrir sobre los avatares de las privatizaciones, sino referirme tan solo a un tema que ha pasado casi desapercibido entre los entendidos del derecho, que sin embargo ha sentado un importante precedente, y ha provocado cambios sustanciales en la estructura administrativa ecuatoriana.

Trataré, pues, el tema de la reorganización y fusión de algunas entidades del sector público; en concreto, del decreto ejecutivo 1820 (RO 461 14/VI/94) que fusionó el Instituto Ecuatoriano de Obras Sanitarias (IEOS), institución creada por una ley especial, la Junta Nacional de la Vivienda (JUNAVI), creada de igual forma, y el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda (MIDUVI).

2.- ANTECEDENTE CONSTITUCIONAL.-

El tercer elemento del Estado es el poder político. Díez lo define como la facultad que tiene todo fin natural y legítimo —el bien común— de realizarse con independencia y autonomía. Pero, el poder no puede sin más tutelar el bien común porque corre el riesgo de degenerar en un gobierno autoritario; su esencia supone, pues, ciertos límites.

Tales límites vienen dados por el derecho, el ordenamiento jurídico en su totalidad. De manera especial, las restricciones al poder están recogidas en un régimen constitucional.

Por eso, en el Ecuador, Estado de Derecho, todo el sistema político está informado por el llamado "principio de legalidad", tomado en el más amplio sentido, por cuya virtud los actos que impliquen el ejercicio de las funciones del poder público han de estar en conformidad con el orden legal.

No hay poder absoluto e ilimitado del Estado, ya que todo estado debe poseer un régimen jurídico que lo limite. (DIEZ, 38)

Nuestro sistema jurídico está constituido por un conjunto jerárquico de normas que guardan cierta interrelación y cuya justificación misma reposa en la Constitución Política, norma suprema. Esto se conoce, pues, con el nombre "supremacía constitucional" (art. 140 Const.) y significa que ninguna norma o acto jurídico puede contravenir las disposiciones de la Carta Fundamental.

Dentro de tal esquema, consideremos el art. 39 de la Carta, en donde el inciso segundo consagra un principio fundamental, de mucha relevancia en el análisis del tema que nos ocupa: la competencia nace de la LEY.

El inciso segundo del citado artículo dice:

"Todo órgano del poder público es responsable y no puede ejercer otras atribuciones que las consignadas en esta Constitución y en las demás leyes".

Por todos conocido es la existencia de los tres poderes que organizan la actividad del Estado democrático: ejecutivo, legislativo y judicial. Cada una de sus atribuciones, perfectamente delimitadas con sus correspondientes funciones a ejercer y ante todo con la prohibición de IR más allá de dichas funciones o de establecer cualquier tipo de injerencia en una u otra función, salvo en aquellas que la ley y la Carta Magna expresamente lo autoriza.

La expresión más clara del principio mencionado sería la siguiente: LA COMPETENCIA DE LOS ORGANISMOS PÚBLICOS ECUATORIANOS NACE DE LA LEY Y SOLO DE LA LEY.

3.- LA LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO (RO 349 31/XII/93).-

Uno de los objetivos principales que persigue esta ley es incrementar los niveles de eficiencia, agilidad y productividad en la administración de las funciones que tiene a su cargo el Estado (art. 4).

RUPTURA

En concordancia con este objetivo, el considerando quinto del decreto ejecutivo 1820 invoca la parte primera del citado artículo para recordar que la finalidad de la ley es:

"La racionalización y simplificación de la estructura administrativa y económica del sector público, mediante la disposición adecuada de las competencias, funciones y responsabilidades de sus organismos y entidades".

Más adelante el considerando sexto cita el artículo 17 de la mencionada ley en sus literales a) y b) que dice:

"El Presidente de la República, tendrá la facultad de emitir disposiciones normativas de tipo administrativo dentro del Gobierno Central para: a) Fusionar aquellas entidades públicas que dupliquen funciones y actividades, o que puedan desempeñarse más eficientemente fusionadas; b) Reorganizar y suprimir entidades públicas cuya naturaleza haya dejado de ser prioritaria e indispensable para el desarrollo nacional; o que, no presten una atención eficiente y oportuna a las demandas de la sociedad...".

Y lo concuerda con el literal a) del art. 128 de la Constitución Política que dice:

"Para la elaboración y ejecución de los planes de desarrollo del Estado, se considerarán como entidades del sector público las siguientes: a) Los diferentes organismos y dependencias administrativas del Estado".

Es decir, el decreto ejecutivo 1820, a través de las normas invocadas, considera: (1) que el MIDUVI, la JUNAUI, y el IEOS son entidades propias del Estado Ecuatoriano —lo cual, en nuestra opinión es conforme a nuestro ordenamiento jurídico—; (2) que simple y llanamente se sujetan al supuesto del transcrito artículo 17 —con lo que disentimos—; y (3) que, por eso, el Presidente de la República está facultado por la ley para fusionarlas.

El espíritu del decreto olvida, pues, un hecho que impide, o al menos dificulta enormemente, el recurso a la facultad concedida por la ley al Presidente para fusionar el IEOS, la JUNAUI y el MIDUVI. El hecho al que aludo es el siguiente: Dos de las instituciones fusionadas por el decreto adquirieron su personalidad jurídica, organización, competencia y sus facultades propias en virtud de cuerpos normativos con fuerza de ley.

Bástenos por ahora haber identificado la raíz de la cuestión, pues en su momento revisaremos el artículo 17 de la Ley de Modernización del Estado, con el fin de emitir nuestro criterio acerca de la amplísima facultad presidencial de emitir disposiciones normativas de tipo administrativo cuyo objeto sea fusionar, reorganizar, suprimir entidades públicas.

4.- LEY Y DECRETO.-

A continuación revisaremos lo que la doctrina jurídica dice sobre la ley y el decreto.

La administración pública emana del poder constituyente, se fundamenta pues en la Constitución, y es considerada por algunos tratadistas como el cuarto poder del Estado.

Sayagués Laso considera la Constitución como una de las principales fuentes del derecho administrativo, y, desde ya, la que posee mayor eficacia normativa (397).

Se confirma entonces el carácter propio de la Constitución como norma rectora del Estado y al mismo tiempo como norma suprema de la República. Es la Constitución, por tanto, la que, de conformidad con el principio de separación de poderes, establece las facultades, atribuciones y competencias que corresponden de manera exclusiva a los poderes del Estado.

Dijimos ya algo sobre los poderes estatales, entre los cuales se destacan en nuestro estudio: el legislativo y el ejecutivo. Al primero le corresponde principalmente la formación y derogatoria de las leyes. Al segundo, el gobierno y administración de la cosa pública, de conformidad con la Constitución y las demás leyes.

A) LA LEY.-

La ley es, entonces, una regla de derecho que refleja la expresión de la voluntad general.

Diez opina que la ley podría considerarse en sentido formal y material. En el sentido formal implicaba todo acto que dimanara del legislador, y

RUPTURA

en el sentido material todo acto que dimanase del órgano legislativo o del ejecutivo que tenga un contenido jurídico.

Al referirse a la ley como fuente del derecho, el mismo autor se restringe exclusivamente al sentido formal y la define como todo acto que dimanase del órgano legislativo, de acuerdo con las normas prescritas por la Constitución, y que contenga una regla de derecho (399).

Se refiere entonces a que la mayor parte de la tarea creadora de leyes se concreta de manera preferencial en la función legislativa. El sistema jurídico ecuatoriano no es una excepción al respecto. En efecto, es el Congreso Nacional el que desarrolla la mayor parte del trabajo legislativo, según lo manda la Constitución (art. 66 y ss.).

El Congreso Nacional es, pues, el único que posee la facultad de elaborar y derogar leyes, excepción hecha de la facultad atribuida al Presidente de la República en el caso de los proyectos económicos urgentes que culminan en decretos-leyes.

Ello no significa que la promoción de leyes corresponda exclusivamente al legislativo, pues el Presidente, los legisladores, las comisiones legislativas, la Corte Suprema e incluso la iniciativa popular tienen tal facultad, muy distinta a la de elaborarlas.

B) EL DECRETO.-

Los decretos son actos unilaterales de declaración de voluntad del poder ejecutivo (DIEZ, 459).

En lo que respecta a la administración pública ecuatoriana, el Presidente de la República está facultado para emitir disposiciones de carácter administrativo, sea en el ámbito de la prohibición, de la permisión o simple y llanamente dando una orden o disposición.

En el caso que nos ocupa, vemos que el decreto presidencial no solo es una declaración de voluntad en el seno de la administración pública; es sobre todo un acto administrativo.

Siguiendo a Diez, diremos que el acto administrativo en sentido formal es el que dicta un agente administrativo en cumplimiento de sus funciones, produciendo efectos entre los órganos de una persona

jurídica pública, vale decir en la actividad interna de la administración (106, 107).

Se puede extraer entonces un primer elemento dentro del análisis: una ley es una regla de derecho que refleja la expresión de la voluntad general, que casi siempre surge como una atribución del poder legislativo; mientras que el decreto ejecutivo, como su nombre lo indica, es propio de esta función, la cual emite este tipo de actos administrativos como el fiel reflejo de una declaración unilateral.

Estamos, por tanto, ante dos realidades jurídicas distintas, la ley y el decreto, que tienen al mismo tiempo distinta ubicación en la pirámide de Kelsen que consagra la jerarquía entre las normas no sólo como fuentes de derecho, sino como elementos esenciales del orden público.

Con el fin de seguir con esta exposición atendiendo el asunto que nos ocupa, conviene recordar que el decreto 1820 extinguió la personalidad jurídica, la organización, la competencia y las atribuciones propias de instituciones creadas por normas con fuerza de ley.

Por eso es pertinente preguntarse si es posible que un decreto ejecutivo, norma inferior, pueda derogar una ley, norma superior. Si en algún caso es posible, habrá que determinar las condiciones en las cuales se da tal efecto.

A primera vista es inadmisibles que una norma inferior reforme una superior. Pero en el caso de la referida facultad concedida al Presidente de la República, a través del citado art. 17 de la Ley de Modernización del Estado, se podría argumentar en el sentido de que la facultad por ser tan amplia y proceder de la ley incluye la posibilidad de derogar incluso normas con carácter de ley. Estaríamos entonces en un caso de delegación de facultades del legislativo. Lo cual justificaría el decreto que cuestionamos.

Pero entendemos que, sin negar su amplitud ni su procedencia legal, la facultad presidencial concedida por el art. 17 de ninguna manera puede incluir la facultad para derogar normas con carácter de ley. Pues, en vista de que el principio de separación de poderes informa nuestro sistema constitucional, las facultades establecidas por la Carta Fundamental que corresponden a cada uno de los poderes del Estado

RUPTURA

sólo pueden ser modificadas, suprimidas o delegadas a través de leyes constitucionales, que modifiquen el sistema político.

Pretender una delegación de la facultad legislativa en un acto administrativo supone por una parte desconocer el principio de separación de poderes que tiene carácter supremo, y por otra, independizar el ejercicio de las facultades constitucionales del orden que las estableció; o sea, desvirtuar el concepto de Estado de Derecho que supone el sometimiento pleno de los poderes del Estado a la Constitución y demás leyes.

Una delegación de facultades legislativas en actos administrativos del poder ejecutivo sólo es posible mediante una ley constitucional.

En consecuencia, puesto que la Ley de Modernización del Estado no es ley constitucional, la facultad concedida al Presidente no incluye la posibilidad de derogar normas con carácter de ley. Por tanto, el Presidente de la República no tiene competencia para emitir actos administrativos que fusionen, reorganicen o eliminen instituciones públicas si ello supone la derogatoria de normas con carácter de ley.

Una vez efectuado esta corta pero importante revisión doctrinaria y obtenidas algunas conclusiones, pasamos a analizar más en detalle la calidad jurídica del decreto ejecutivo que llaman nuestra atención.

5.- EL DECRETO EJECUTIVO 1820 (RO 461 14/VI. 1994).-

Las condiciones generalmente aceptadas de legitimidad de un acto administrativo son:

- a) Que tenga forma;
- b) Que contenga una declaración de voluntad;
- c) Que tenga un objeto determinado; y,
- d) Ante todo, que dicho acto sea emitido por el órgano competente.

Es indiscutible que el decreto ejecutivo 1820 cumple a cabalidad con los tres primeros requisitos mencionados. Pero no ocurre lo mismo con el cuarto requisito, pues el Presidente no es competente para fusionar,

reorganizar o eliminar instituciones públicas si ello conlleva la derogatoria de normas con carácter de ley. Conviene, ahora, desarrollar más la idea.

El considerando sexto de decreto ejecutivo 1820 se refiere a la facultad presidencial para emitir decretos e invoca en su auxilio varias normas. Nos detendremos en los literales a) y b) del art. 17 de la Ley de Modernización que vuelvo a transcribir:

"El Presidente de la República, tendrá la facultad de emitir disposiciones normativas de tipo administrativo dentro del Gobierno Central para: a) Fusionar aquellas entidades públicas que dupliquen funciones y actividades, o que puedan desempeñarse más eficientemente fusionadas; b) Reorganizar y suprimir entidades públicas cuya naturaleza haya dejado de ser prioritaria e indispensable para el desarrollo nacional; o que, no presten una atención eficiente y oportuna a las demandas de la sociedad..."

La norma en sí misma no presenta ninguna dificultad. Así, el Presidente de la República puede emitir disposiciones administrativas para crear, suprimir o reestructurar dependencias o entidades de la administración. La dificultad surge cuando se quiere aplicar esta norma a instituciones públicas cuyo origen, organización y naturaleza obedecen a normas con carácter de ley. Se podría aplicar esta norma al caso de la fusión del IEOS y la JUNAVI, que desaparecen, en el MIDUVI, que permanece, sólo si el Presidente tuviera la competencia para derogar la normativa respectiva. Vale recordar que la competencia en concreto proviene de la ley, exclusivamente de la ley. Y como ya dijimos, no le ha sido atribuido al Presidente tal competencia.

Examinemos con mayor detalle el decreto relacionándolo con este principio fundamental del actuar administrativo: la competencia.

La competencia en el derecho administrativo es la medida que tiene el órgano administrativo para el ejercicio de las atribuciones conferidas por el derecho objetivo. Es la esfera de atribuciones que cada órgano administrativo puede y debe legalmente ejercer. (CANASI, 263).

He aquí el momento para plantear nuestra tesis: el decreto ejecutivo 1820 es ilegítimo, quebranta el orden constitucional y la jerarquía de las normas al disponer sin suficiente competencia la fusión de instituciones

públicas con personalidad jurídica, organización, competencia y atribuciones propias surgidas en virtud de normas con carácter de ley.

El argumento principal en favor de esta tesis es que no pueden suprimirse personas jurídicas que fueron creadas por ley sino por medio de otra ley. Pues una ley sólo puede ser derogada por otra, ya que en virtud del principio de división de poderes la facultad legislativa no es delegable a menos que una ley constitucional disponga lo contrario. Este razonamiento es corolario del art. 39 inciso segundo de la Constitución.

La competencia administrativa surge exclusivamente de la Constitución y de la ley (CANASI, 265). Una orden no es legítima solo porque emane de un órgano formalmente competente. Una orden es legítima sólo si el órgano es formal y materialmente competente. Así, en su forma el decreto 1820 no supone incompetencia, pero sí en su materia.

El decreto ejecutivo 1820 es un acto administrativo distinto de la ley y subordinado a ella. Por lo que no puede ejercerse a través de él atribuciones que, por mandato constitucional, corresponden exclusivamente a otro poder del Estado. Lo contrario repudia la doctrina, entra en conflicto con el sistema jurídico y produce una situación de incompetencia administrativa de carácter absoluto.

Ahora, demos un vistazo a otro tipo de decretos. Nos referimos específicamente a los decretos-leyes, o mejor dicho a los decretos con fuerza de ley.

El poder ejecutivo en algunas oportunidades ejerce funciones legislativas; y, en consecuencia, los actos que emanan de tal actividad tienen un contenido legislativo (DIEZ, 404).

En está circunstancia se hallaba el gobierno de facto de la época —pues concentraba en sí el poder ejecutivo y legislativo— que expidió la ley que crea el IEOS (4/II/65) como una entidad con personalidad jurídica propia adscrita al Ministerio de Previsión Social. Años más tarde, el IEOS pasaría a conformar la estructura del Ministerio de Salud y se mantiene así durante un tiempo como parte de sector público ecuatoriano.

Cosa similar ocurre con la JUNAVI creada a través del decreto supremo No. 162 (art. 14) como una entidad adscrita a la Presidencia de la

República (23/II/73) pero apenas unos meses después se expidió su ley orgánica (4/VI/73) la que le dotaba de personalidad jurídica y una estructura propia.

La existencia del decreto-ley, sostiene GASCON HERNÁNDEZ, es su pretensión de aparecer situado en el mismo rango jerárquico de la ley y, en consecuencia, con fuerza suficiente para derogar la ley si ello fuera necesario. El decreto-ley en el orden jerárquico de las normas aparece situado junto a las leyes y como superior en la jerarquía a los decretos ejecutivos (DIEZ, 407).

En consecuencia, somos de la opinión que, por lo dicho y atendiendo las circunstancias histórica propias de los gobiernos de facto en que se crearon el IEOS y la JUNAVI, sus respectivas normas son verdaderas leyes, al menos en cuanto al orden jerárquico. No sucede lo mismo con el decreto 1820, ni siquiera si se piensa que subyace en él alguna forma de delegación legislativa, pues la calidad de decreto-ley está expresamente limitada por nuestra Constitución al caso de los proyectos de ley económicos urgentes a los que corresponde un procedimiento singular de formación.

Al promulgar una ley el Estado no solo lo hace para obligar a los individuos, sino que también queda obligado jurídicamente en relación de su propia actividad, en cuanto al cumplimiento de la norma (DIEZ, 38). Al crear el IEOS y la JUNAVI, el Estado ecuatoriano se obligó para con el orden jurídico que estaba vigente al momento en que se crearon dichos organismos; de otro modo su desaparición habría sido inminente. Pero no es éste el punto que pretendemos profundizar. Siguiendo el mismo sentido de lo dicho anteriormente, debemos entender que el gobierno al emitir el decreto ejecutivo 1820 se olvida de ese orden, siendo él primero el llamado a cumplirlo.

El derecho en general debe cumplir una tarea de reiterada adaptación a la realidad y a la coyuntura histórica de una sociedad determinada. Creo que nadie podrá estar en contra de esta opinión, siempre que se entienda el derecho como un agente gravitante en aquello que implique impulsar el desarrollo nacional. Pero no podemos contrariar la naturaleza misma del derecho ni soslayar la Constitución y los principios que la sustentan.

Desde este punto de vista, promulgado el decreto 1820, se debe preferir, según el criterio de Kelsen, la norma superior frente la inferior

RUPTURA

que la ha violado. Contrariar lo establecido por una norma superior mediante una norma inferior —en el caso que nos ocupa, modificar, transformar o eliminar la estructura e incluso ~~diferir~~ o transferir las competencias de un organismo del sector público que fuera creado por ley, a través de un decreto ejecutivo— es contrariar la esencia misma del derecho constitucional y, específicamente, el principio consagrado en el art. 39 inciso segundo de la Constitución Política.

Al aplicar la norma, lógico es que se respete la armonía del sistema jurídico y sus principios; pero sobre todo está el hecho de que jamás se podrá superponer una norma inferior a la suprema que la tutela.

Al tratar de diferir estas competencias por medio de un decreto y no a través de una ley —como lo señala la norma recientemente citada y el mismo principio de legalidad— se contraviene el régimen de derecho y se verifica un caso de inconstitucionalidad.

Como dijimos en un principio, la actividad administrativa se debe a un orden jurídico. En consecuencia, esa actividad no puede rebasar los límites que la ley le impone. En el caso que nos ocupa, el Presidente de la República no puede emitir un decreto ejecutivo y pretender una reforma legal.

El doctor Miguel Macías Hurtado aporta un criterio valioso sobre el tema: "El orden jurídico escalonado y conservado en distintos planos no admite su desconocimiento; aplicar normas de los planos inferiores que contradicen a las de los superiores es aplicar mal el derecho, porque se rompe la ilación de las fuentes y la armonía entre las subordinantes y las subordinadas".

Al tratar sobre la legitimidad de los actos administrativos, Díez se refiere a la incompetencia del órgano y distingue una incompetencia absoluta de otra relativa. Se produce la primera cuando "el órgano administrativo invade la esfera de atribuciones perteneciente a un órgano de orden distinto..." (DÍEZ, El Acto ..., 191).

El Presidente de la República al expedir el decreto 1820 invade la esfera que no le compete y que se encuentra reservada, en este caso, al legislativo.

El principio de legalidad de la administración significa, entonces, que toda la administración deberá realizarse conforme a las leyes vigentes y moviéndose dentro de esos límites.

El primer límite que tenemos de la actividad administrativa lo encontramos en la Constitución (DIEZ, 126).

Huelga decir que nuestra propia Constitución posee un sistema que limita sus propios poderes y sanciona la inconstitucionalidad. En consecuencia, la expedición del decreto ejecutivo y su aplicación demanda una sanción jurídica, lo que provocaría que, en cuanto norma inconstitucional, pierda validez al ser aplicada.

Existe ya un antecedente a este respecto. Nos referimos al INCRAE, iniciativa que, naturalmente, no prosperó.

Por todo lo dicho, es evidente que el decreto 1820 adolece de inconstitucionalidad, invalidez jurídica y carece de sentido, ya que no es jurídico modificar o suprimir las estructuras administrativas y, peor aún, transferir, mediante un decreto ejecutivo, las competencias de un organismo público a otro u otros, si aquel fue creado por ley.

Obrar de otra manera implicaría una transgresión a la Constitución violando todos los caminos legales para la consecución de la reforma que pretende el decreto 1820.

6.- REFLEXIÓN FINAL.-

Expedir un decreto del poder ejecutivo que promocióne este tipo de actos contrarios a la Constitución supone, o bien una reformulación implícita de los principios básicos del derecho constitucional y administrativo, o bien una mala aplicación del derecho. Produciríase, entonces, la necesidad de fundamentar mejor el decreto estudiado o, en caso contrario, de recurrir al mecanismo que Chantebout en forma sabia advierte, al referirse a los límites de la Constitución y su control:

"El mecanismo de la sanción jurídica consiste en hacer que un organismo apropiado resuelva que un acto jurídico ejercido por una autoridad pública ha sido ejecutado en contra de la Constitución y que, en consecuencia, se encuentra desprovisto de fuerza jurídica".

BIBLIOGRAFÍA

CANASI, José, MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Vol. I, Ediciones De Palma, 1981.

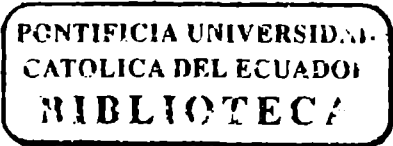
DIEZ, Manuel María, TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Tomo I, Omeba, Buenos Aires, 1963.

DIEZ, Manuel María, EL ACTO ADMINISTRATIVO, Editorial Tea, Buenos Aires.

CHANTEBOUT, Bernard, DROIT CONSTITUTIONNEL ET SCIENCE POLITIQUE, Armand Colin Collection, 7me édition, Paris, 1986.

MACIAS HURTADO, Miguel, REFLEXIONES SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD Y ARBITRAJE, (Presentación del libro de Derecho Procesal Civil Orgánico del Dr. Alejandro Ponce Martínez), PUCE, mimeo.

REGISTRO OFICIAL, Órgano Oficial de la República del Ecuador, varios ejemplares.



CIENCIA Y DERECHO

El autor, Doctor en Jurisprudencia y recientemente Presidente de la Comisión de Elaboración del Proyecto de Reformas Constitucionales, sostiene que el progreso científico alcanzado en este último siglo es un desafío permanente para el hombre. A pesar de que este trabajo fue escrito hace algún tiempo, el tema no ha perdido vigencia. Se pueden citar muchos ejemplos de las interrogantes que surgen respecto del producto de una investigación seria y responsable. La vinculación entre las ramas del conocimiento se hace más estrecha. El avance de la inteligencia humana es impresionante en cuanto a resultados obtenidos en este siglo. El reto es cambiar para sobrevivir. El autor nos convoca a afrontar nuestras realidades, analizarlas y empezar de nuevo, sin los esquemas que sirvieron en otras épocas y en otras circunstancias para organizar los distintos campos del saber. El cambio genera dudas porque nada se presenta como incuestionable. Los universitarios tenemos la misión de responder y encarar el futuro, con mente abierta y ánimo dispuesto para emprender las transformaciones que el mundo actual exige.

EL DERECHO Y EL PROGRESO CIENTIFICO CONTEMPORANEO

Dr. Gil Barragán Romero

La lentitud de los avances del derecho positivo en relación con lo que, usando un término inglés se denomina BOOM científico y tecnológico, es evidente no solamente en nuestro país sino en todos. Tal vez en el Ecuador se la advierte más, porque el legislador ecuatoriano no se ha caracterizado por su gran cultura ni por su buena información. Las resistencias para adaptar los cambios del derecho a las nuevas realidades científicas, han sido manifiestas cuando alguien ha tratado de innovar. Recuerdo que cuando fui legislador propuse, en 1982, una reforma al Código de Salud para que se incorpore en el mismo la facultad de ceder o transferir de otro modo órganos corporales, para trasplantes, y la posibilidad jurídica de hacer éstos; en el Congreso se llamó rara a mi iniciativa, pues efectivamente se apartaba de la rutina de las intenciones legislativas habituales. Ni siquiera ha cambiado el

RUPTURA

espíritu, de modo que se produzca en el mismo cierta apertura hacia lo nuevo.

Sin embargo los cambios, tan lejos de los cuales se halla nuestro derecho, comportan una verdadera revolución, de mucho más amplio alcance que cualquiera de las que se han consumado en la historia, aunque con características peculiares. Signos de este cambio son los comportamientos de los estudiantes de países altamente industrializados y no solo del empobrecido tercer mundo, que secuestran a decanos y rectores y paralizan las maquinarias docentes e incluso amenazan derribar gobiernos, lo cual nunca había ocurrido en las naciones de Europa que tienen una tradición de equilibrio universitario que ha durado siglos. En otras partes se vulneran descaradamente las antiguas leyes de la propiedad, se alteran las tradicionales normas sexuales, se paralizan grandes ciudades por algaradas, huelgas y la falta de autoridad. Hace un tiempo, la explicación para esto eran las contradicciones internas del capitalismo, pero igual se han producido los mismos fenómenos en el mundo socialista, hasta su caída aparatosa de hace pocos años. La explicación verdadera es la formación de una mentalidad nueva que altera lo preexistente.

Los cambios totales empiezan y se notan más sorprendentes en el campo de la ciencia y en sus aplicaciones a la técnica, y en el dominio de las fuerzas de la naturaleza por el hombre. Su importancia y consecuencias son más profundas de lo que fue la revolución industrial del pasado siglo. Esto se manifiesta en la conciencia de los líderes, en la lucubración política, filosófica, literaria. Lo muestran títulos de libros como *EL SHOCK DEL FUTURO*, *EL PORVENIR QUE ACABA DE EMPEZAR*, *LA TERCERA OLA* y otros similares.

En materia política, los conceptos y la terminología cambian también sustancialmente. El dirigente laborista inglés Wilson, en su obra *PROPOSITOS EN LA POLITICA*, expone las metas de su partido y señala que lo que debe hacer se reduce a un programa de cuatro puntos: producir más científicos, conservarlos en el país, utilizarlos de modo más inteligente que hasta ahora y organizar la industria británica de modo que los resultados de la investigación se apliquen a la elevación de la renta nacional. Así, quedan de lado los prejuicios ideológicos y se convierte la administración en centro de investigaciones y aplicaciones científicas. El mismo Wilson basa estos criterios en un supuesto fundamental: "En la política, no menos que en la ciencia y en la

tecnología, hay que prescindir de los aficionados y reconocer que, en todos los niveles, se necesita la mente preparada del profesional", dice.

La revolución, por último, está en la vida cotidiana de las personas, en los espectáculos que mira, en los implementos que utiliza, en la prensa que lee diariamente, la revolución está en el aire del planeta. Luego examinaremos algunos hechos que sirven para la demostración de este **aserto**.

Un tratadista español, Fernández de la Mora, en una obra titulada EL CREPUSCULO DE LAS IDEOLOGIAS se refiere a las características del político tradicional en contraste con el nuevo, aquel que piensa como Wilson. "El político característico del Estado demoliberal, dice, era el ideólogo retoricista. En él prevalecían el decir sobre el hacer, y la forma sobre el fondo. Su gran instrumento de gobierno era la palabra, pero no tanto como portadora de ideas veraces, cuanto como ensalmo para las muchedumbres, como excepción dilatoria o como ingenioso artificio..." y continúa: "Pero la situación ha cambiado. En el principio de la política ya no está el verbo, sino la ciencia y la acción. La política ya no es un decir, sino un saber hacer pero un hacer algo más. Este algo más puede ser Derecho constitucional o Seguros, Hacienda o Economía, en suma una disciplina rigurosa. Por otro lado, la sensibilidad de los pueblos ha dejado de ser preferentemente auditiva para transformarse el táctil y visual; se otorga a las palabras el valor de las letras de cambio y, si transcurrido un plazo potencial siguen impagas es inútil intentar su renovación".

Las ideas que preceden nos conducen a nuestra triste realidad jurídica en lo referente a nuestras estructuras políticas. Examinemos nuestra Ley de Partidos y la forma cómo se han aplicado sus disposiciones y llegaremos a estas conclusiones:

a) algo que de bueno tenía la ley, la posibilidad de eliminar las astillas políticas, partidos sin respaldo electoral, cuando no alcanzaban en una elección al 5% de la votación, fue suprimido por la Corte Suprema por inconstitucional, pues la Corte se basó en un criterio puramente semántico e ignoró el espíritu de la norma;

b) mediante un procedimiento sumario para admitir IDEOLOGIAS, el Tribunal Supremo Electoral ha incorporado al registro de partidos a organizaciones que únicamente llenaban las formalidades legales, pero

RUPTURA

que carecen de toda personalidad política que permita individualizarlos como partidos propiamente dichos;

c) el expeditivo procedimiento indicado ha dado lugar a que el propósito que inspiró la ley, mantener como partidos únicamente a las organizaciones que representen las grandes tendencias verdaderamente ideológicas actuales, haya dado paso a cerca de veinte de aquellas, en las cuales subsisten los viejos esquemas y no aparecen ni por asomo los criterios de la política contemporánea descrita por los pensadores citados. La política en el Ecuador se sigue haciendo como en el siglo XIX y los políticos, en el Tribunal Supremo Electoral, en las directivas de los partidos y aún en la Corte Suprema, continúan con las pueriles beligerancias dictadas por esquemas obsoletos y mantienen comportamientos que conspiran contra el avance social.

En general, las sociedades se transforman por el empuje de los cambios científicos y tecnológicos. En general, en otros países, entiéndase bien. Pero, para comprenderlo, ¿no estaría bien mencionar algunos ejemplos de tales avances de la ciencia y de sus aplicaciones?. Seguramente sí. Veámoslos:

Hace pocos años se organizó en Europa una reunión de científicos del más alto nivel, para hacer un análisis de los progresos durante el último cuarto de siglo, en todas las ramas del saber humano. Emitió un informe que lleva el nombre de quien lo presidió. INFORME AUGER y, entre las conclusiones a las que llegó, la que seguidamente transcribo resume la sustancia

" El 90 por 100 de los hombres de ciencia e investigadores que han existido desde el principio de la Historia viven en la actualidad "

O en otras palabras, en veinte y cinco o treinta años, el saber se ha extendido nueve veces más que en el curso de cien milenios.

No es difícil admitir esta verdad, cuando vemos a los hombres pasear sobre la superficie de la luna y explorar los más remotos cuerpos celestes, en viajes de satélites exploradores que duran decenios y nos permiten ver fotografías de los mismos transmitidas por procedimientos que no alcanzamos a comprender; cuando se han alterado los principios que regulaban la concepción de los seres humanos y descubierto sistemas de fecundación diferentes a la unión de la pareja;

cuando se especula, seriamente y no como mera fantasía científica, sobre si hay máquinas que piensan como los seres humanos, pues ya existen aquellas que se autocontrolan y corrigen sus propios defectos. Una pequeña calculadora en el bolsillo de cualquier escolar es un símbolo del gran cambio.

Las fantasías de hace treinta años, que entraban en el terreno de la ciencia ficción, son una realidad cotidiana. Para no mencionar ejemplos particulares sino referencias genéricas que conciernen a la totalidad de la existencia humana, tengamos en cuenta las siguientes:

El total de energía producida actualmente en el mundo, durante un año, equivale a la energía que producirían setenta mil millones de individuos, lo que equivale a decir que los cinco mil seiscientos millones de habitantes que pueblan la tierra tienen a su servicio setenta mil millones de esclavos mecánicos.

La revolución industrial del siglo pasado sustituyó la mano del hombre por la máquina movida por fuerzas naturales. La revolución actual suple estas máquinas por otras no imaginadas. la cibernética es la teoría de las máquinas autogobernadas y de sus relaciones con los seres vivos.

Las nuevas máquinas que constituyen el alma de los actuales motores y sirven para extraer petróleo, fabricar automóviles y aviones, construir autopistas y asegurar el tráfico de carreteras o la navegación aérea y hasta para conducir al hombre a la luna, tienen como núcleo el ordenador. La capacidad de los ordenadores para reunir información se aprecia cuando se la compara con la humana: la unidad de medida de la información se llama BIT y el hombre puede acumular en su cerebro información en la medida de 12 a 35 bits, mientras que hay máquinas que pueden acumular millones. Los ordenadores se aplican actualmente para consultas profesionales, para la enseñanza, la administración de justicia, la guerra, los viajes interplanetarios, así como para menesteres de la vida cotidiana. El ordenador es el símbolo de la técnica actual, como en el pasado lo fueron el descubrimiento del fuego, la rueda y los motores a combustión.

En otros órdenes, los descubrimientos de la Química y la Biología han permitido ampliar las posibilidades de la vida del hombre y de su salud. Hay medios más eficaces de diagnóstico, avances portentosos en la cirugía y procedimientos para el reemplazo de órganos corporales.

RUPTURA

Podríamos seguir con la ejemplificación, si ella fuera necesaria para nuestro propósito, pero no hace falta. Baste recordar solamente que el control de los genes parece conducir a los científicos a alterar los patrones morfológicos, a modificar las razas, acentuar la capacidad de ciertos sentidos, preanunciar el sexo de los que van a nacer. La periodista italiana Oriana Fallaci refiere el experimento del profesor Robert White, director de neurocirugía de Cleveland, quien demostró que el cerebro puede ser aislado del cuerpo y mantenido vivo después de la muerte del resto del organismo, en un experimento con un simio.

La ley debe seguir el curso de la vida y éste es el sentido del presente análisis. El derecho debe aproximarse, por lo menos, a una vida en brusca mutación como la actual.

En el pasado ésto es lo que ocurrió y podemos citar numerosos ejemplos:

La antigua clasificación entre derecho público y privado fue impuesta por las realidades sociales de Roma. Decían los juristas romanos que el Público era aquel que interesaba al estado de la casa romana (*statum rei romanae*) y el privado el que interesaba a la utilidad de los particulares (*quod particularem utilitatem pertinet*), lo cual obedeció tanto a la organización de las instituciones públicas romanas cuanto a la necesidad de reconocer derechos de los particulares entre sí y frente al Estado.

El criterio romano duró siglos, pero se modificó por los avances del derecho social, al influjo de las nuevas realidades creadas por la industrialización. El derecho social no es público ni privado, pues participa de los dos.

El derecho internacional ha modificado su faz, igual que el político. Nociones rígidas como el concepto de soberanía, que a su tiempo se concibió como característica de un país que era corto cerrado frente a los otros, han dado paso a un internacionalismo en beneficio de la humanidad; ahora es normal la injerencia de un Estado extranjero o de una policía extraña para investigar trata de blancas, tráfico de estupefacientes y otros delitos contra la especie humana. Asimismo la ONU y otros organismos internacionales son estructuras que alteran los conceptos tradicionales de soberanía.

En el derecho penal, el tránsito de la escuela del Derecho Clásico al Positivo y de éste a nuevas escuelas, significa la adaptación de la ley a las nuevas concepciones científicas como las de la Psicología, la Sociología, la Biología, la Química. Recordemos que Lombroso innovó con su noción del loco moral, individuo cuyos centros nerviosos están afectados por la epilepsia, e introdujo el método experimental de análisis del delincuente, que reemplazó al método lógico abstracto del clasicismo. La continuación de las ideas de Lombroso fueron las de Garófalo, Ferri y, en otro campo, de Freud.

También en otras ramas del Derecho podríamos proponer numerosos ejemplos, pero creo que los indicados son suficiente orientación respecto de la estrecha relación que existe entre la ley y los cambios de la vida y particularmente de la ciencia.

Digamos, de modo general, que hay disciplinas cuyos principios vacilan, inevitablemente, debido a los grandes cambios.

El Derecho Constitucional versa sobre las relaciones del poder, sobre la autoridad y la libertad, sobre las garantías de los habitantes de un país frente al poder público, sobre el gobierno, su forma, sus atribuciones, sus limitaciones. La normatividad constitucional se basa en una normalidad y aún en situaciones excepcionales cuando no puede regir el derecho permanente. Pero, ¿qué ocurre con los descubrimientos de la era nuclear ?

¿Cómo seremos gobernados en una guerra atómica ? Nadie podría aplicar las normas jurídicas establecidas cuando en una emergencia de esta clase deban adoptarse medidas extremas para la defensa y la subsistencia. Una guerra que será destructora de las sociedades humanas, empezará por alterar el sistema que las ordena actualmente.

Bertrand Russell observa cómo la técnica científica permite a la autoridad inmiscuirse en la vida del individuo, menoscabar su libertad. Ni siquiera existe una intimidad asegurada, pues los derechos de la llamada "privacidad" reducen o hacen desaparecer la misma por todo género de ingenios ópticos y auditivos en uso. Bertrand Russell alude a una oligarquía científica con mayor poder del que pudo tener cualquier oligarquía en tiempos precientíficos, cosa que podemos entender mejor después de haber conocido lo que aconteció en la Guerra del Golfo, cuando se convirtió en realidad el anuncio de Aldous Huxley, quien dijo que gracias al genio y a la acción combinada de

RUPTURA

físicos, químicos, técnicos metalúrgicos e inventores se puede intimidar más eficazmente a grandes cantidades de personas y los estrategos matar más indistintamente y a mayores distancias que nunca antes.

En otras ramas del derecho, como el Civil y el Penal se están produciendo también graves perturbaciones debidas a los avances de la Biología, la Química y otras ciencias.

Observemos lo que ocurre con el derecho de las personas.

Las leyes sobre las personas naturales y el derecho de familia, en especial la filiación, tienen un origen basado en la fisiología. El nacimiento y la muerte son hechos biológicos que tienen consecuencias jurídicas, lo cual evidencia los nexos entre la Biología y el Derecho. Igual acontece con la gestación, la existencia prenatal, que asimismo dan lugar a efectos legales. Muchas situaciones alteran actualmente los viejos cánones.

La inseminación artificial modificó, hace mucho tiempo ya, el principio de que la vida era una inevitable resultante de la unión de los sexos. La heteroinseminación o inseminación heterológica, cumplida con la esperma del hombre que no es el marido, ha dado lugar a polémicas jurídicas; se ha llegado a hablar de que produce una especie de adopción, cuando interviene la voluntad del marido. Pero no es esta la única forma de alteración de los esquemas tradicionales; hay otros principios afectados, como el de la legitimidad que únicamente resultaba de la presunción del nacimiento de un hijo dentro del matrimonio mediante la copulación: la inseminación artificial aceptada por el marido, cuando el semen no es de él, engendra una filiación legítima nueva y según ella se atribuye a un niño un padre que en realidad no lo es y que jurídicamente es su padre legítimo.

Hay sectores que aún no se resignan con estos criterios, no definidos por algunas legislaciones como la nuestra, y siguen apreciando la inseminación artificial como una forma de adulterio.

El problema se complica con el procedimiento de generación in vitro, cuando la madre no es fecundada por el semen de un extraño, pero tiene un hijo con embrión implantado en su útero.

En este caso, según la legislación civil, tenemos un hijo sin padre y sin madre. No solamente falta la aproximación sexual sino aún la fecundación. Los problemas que estas prácticas han suscitado interesan

a la iglesia, por las implicaciones morales que tienen, pero son esencialmente propios del Derecho. El alquiler de cuerpos, de mujeres que admiten la implantación para beneficiar con la entrega del niño a padres "oficiales" que pagan por ello, ha sido materia de importantes decisiones de tribunales extranjeros; la Corte de Casación de París ha expresado hace poco que no puede considerarse legal el arrendamiento de cuerpos, pues la figura del arrendamiento no puede ser la de un ser humano tomado como cosa. Esto significa que no pueden confundirse los derechos de las personas y de las cosas.

Sin embargo, una persona puede también comprar un embrión y en tal caso la paternidad es cuestión legal y no biológica; es un contrato típico inherente a las cosas no a las personas. De esto derivan otras consecuencias: las de que pudiere comprar un embrión no una persona natural sino una persona jurídica o que pudiere comprar mil o diez mil embriones para revenderlos.

Mencioné hace un momento una reforma a nuestro Código de la Salud que, merced a un proyecto mío aprobado por el Congreso, permite la cesión de órganos y el trasplante. Esta reforma nos conduce a una discusión que se inició en 1952, cuando la Asamblea Francesa debatió sobre aspectos jurídicos de las transfusiones sanguíneas; se preguntaba entonces si siendo la sangre un tejido vivo, elemento esencial de la persona, su cesión podía ser onerosa, esto es si una parte del cuerpo humano vivo puede ser enajenada por un precio. La discusión podría versar ahora sobre otras partes del cuerpo humano, ahora más divisible que nunca, como los riñones, los ojos, el corazón, que son partes asimismo vivas de un ser. ¿Cuál es el régimen jurídico aplicable, el tradicional de las personas o el de las cosas ?

Podríamos continuar por mucho tiempo más con la enunciación de ejemplos de hechos científicos que tienen trascendencia jurídica, a los cuales aún no se ha aproximado el derecho en forma clara y para establecer normas de vigencia universal, como la mayoría de las que vienen aplicándose desde hace dos mil años.

Recordemos, para terminar, la institución penal democrática de los últimos siglos, cual es que la confesión de un procesado debe ser espontánea y deben ser extraños a la misma procedimientos como la tortura. El acusado tiene la libertad de responder y aún el derecho a mentir. Ahora hay procedimientos que sirven para extraer confesiones sin torturas físicas; ejemplos de ellos son las drogas de la verdad, el

RUPTURA

pentotal sódico, la escopolamina. ¿No son necesarias reformas legales para prohibir expresamente estos procedimientos atentatorios contra la libertad ?

Las nuevas generaciones de juristas ecuatorianos, a quienes se dirigen las ideas precedentes, preparadas para una revista universitaria, deberán enfrentar al gran reto de la modernización, lanzado sin quererlo por la ciencia contemporánea; la que exige una normatividad legal suficiente para cubrir la esfera de las relaciones humanas.

La actual tendencia modernizadora y privatizadora de las instituciones del sector público impone replantear los esquemas, técnicas, sistemas de trabajo, estrategias y métodos de análisis que se emplean en nuestro sistema de administración de justicia. Hasta la presente fecha, esta función del Estado ha sido desplazada de la estrategia modernizadora, a pesar de su importancia para el desarrollo del país. El Lcdo. Avila propone una nueva técnica adaptada al sistema judicial, que en la actualidad ha permitido a muchas organizaciones alrededor del mundo obtener parámetros de alta calidad, rendimiento y eficacia en los productos o servicios que ofrece la reingeniería. El autor es egresado de nuestra Facultad y ha presentado su tesis de grado denominada "Informática Jurídica Aplicada al Procedimiento Civil Ecuatoriano", habiendo desarrollado incluso un prototipo de sistema computarizado de administración de justicia, sentando con aquello un importante precedente en nuestra Facultad.

DERECHO Y REINGENIERIA

Lcdo. Santiago Avila Bastidas

Desde su primer año de universidad el estudiante de derecho escucha de sus profesores frecuentes críticas al sistema de administración de justicia, sin embargo aquellos cuestionamientos que deberían constituirse en el cimiento esencial de la innovación y la reforma, con el tiempo no pasan de ser meras manifestaciones de frustración y desasosiego frente a la realidad imperante de un sistema de administración de justicia que no se compadece con la realidad de un mundo competitivo, ágil y dinámico que exige eficiencia, eficacia y calidad en los servicios que ofrecen todas las organizaciones ya sean de carácter público o privado.

En la administración de justicia podemos hallar algunos parámetros que pueden contribuir a evaluar en forma aproximada la eficiencia del sistema: "...la celeridad de los procedimientos administrativos, la capacidad del sistema para recibir y tratar los casos que se le presentan y el grado de satisfacción del público con el servicio

ofrecido y las personas que lo ofrecen."¹ Sin lugar a dudas de todos los indicadores descritos el más importante es comprender las necesidades o expectativas del público, satisfacerlas y/o anticiparse a ellas.

¿Cuáles son estas necesidades y expectativas que el público requiere que ofrezca el sistema de administración de justicia? Podríamos afirmar que no es más que se cumpla lo que está estipulado en la ley procesal, que los procesos se desenvuelvan con rapidez y confiabilidad. Esta expectativa no ha sido satisfecha en la actualidad, por lo que nuestro sistema judicial ha merecido únicamente la reprobación de toda la sociedad:

*"La justicia ya no es aquella respetable dama con una venda en los ojos, según suele representarse en clásicas alegorías. No sólo ha perdido la venda, sino también sus instrumentos se han visto ineficaces, absurdamente lentos y farragosos. Llevar un asunto a los tribunales es una ingrata experiencia, en la que, a pesar de ganar el juicio, se pierde tiempo, dinero y paciencia."*²

Así, el cambio en el sistema de administración de justicia en el Ecuador se constituye en la actualidad en una necesidad imperiosa, de la cual, sin duda alguna, depende en buena medida el desarrollo de nuestro país. Frente a esta imperiosa necesidad las soluciones implantadas no han conseguido el resultado esperado, la deficiencia en la calidad del servicio se mantiene prácticamente inalterable.

El cambio ha de iniciar por una alteración radical en la forma de concebir el sistema para empezar a considerarlo como un servicio que debe ser entregado a clientes, quienes demandan mejoras continuas acordes con un mundo moderno, competitivo e innovador.

Después de haber buscado insistentemente la solución únicamente en el orden legal, sin obtener resultados, ¿no cabría buscar soluciones de otra índole? Sería conveniente analizar entonces los resultados que organizaciones de carácter privado y público han alcanzado en otras naciones y cuyos efectos se reflejan en el mejoramiento continuo de sus productos y servicios en favor de la satisfacción de las expectativas de sus clientes. Con tal finalidad haremos un breve recorrido sobre los

¹ LA JUSTICIA PENAL EN COSTA RICA. José Ma. Rico y otros. Ed. EDUCA. Costa Rica, 1988.

² DERECHO PARA EL SIGLO XXI. Dr. Ernesto Albán Gómez. Revista Ruptura No. 31

principios esenciales que corresponden a la más efectiva herramienta que las organizaciones emplean en la actualidad para mantener elevados estándares de calidad en los servicios o productos que ofrecen, la reingeniería:

La reingeniería consiste en una manera fundamental y radical de volver a pensar una organización, y en el rediseño radical de sus procesos para lograr mejoras impresionantes en el rendimiento crítico según las medidas contemporáneas, tales como son el costo, la calidad, el servicio y la velocidad. Cuatro principios claves identifican a la reingeniería:

1.- El **cambio radical**, que solamente puede ocurrir cuando las viejas formas de pensar y operar son destruidas. Elemento esencial es la voluntad de producir un cambio radical: "Nada podrá ser sagrado: ni políticas, prácticas, reglas, responsabilidades, metodologías, técnicas, tecnologías -todo se debe volver a pensar otra vez- mediante la reingeniería, una herramienta poderosa de breakthrough." Será necesario romper las antiguas tradiciones y paradigmas obsoletos con el fin de dedicarse a repensar radicalmente en la organización y sus procesos. Destruir creencias inmutables o supuestamente inmutables como la especialización, la secuencialidad, horarios, la centralización, estructuras organizacionales, etc.

Tanto en nuestro ordenamiento jurídico como en la formación académico-jurídica que se imparte en nuestras universidades se establecen una serie de supuestos y paradigmas que la tradición jurídica ha instaurado y que las distintas generaciones las van reproduciendo mediante normas jurídicas, modelos procesales o sistemas de trabajo. Se requerirá entonces proceder a cuestionar todos los paradigmas existentes y derrumbar aquellos que ya no sean reales, tomando como única referencia la misión, visión, objetivos y estrategias específicas que habrán de establecerse en la administración de justicia de nuestro país, olvidándonos de la copia de modelos foráneos.

2.- La **tecnología de la información** juega un rol clave en cualquier esfuerzo de cambio organizacional. Afirmamos que en la reingeniería, la tecnología de la información actúa como algo que en esencia permite que sucedan los cambios. Sin la tecnología de la información, el procedimiento no se hubiese podido reinventar. Precisamente el rompimiento de viejas reglas y la creación de nuevos modelos

RUPTURA

organizacionales y de procesos se logra gracias al empleo de la informática.

La informática es la herramienta esencial que permite romper los paradigmas en toda organización. Con el empleo de ésta en la administración de justicia se logrará que el abogado y el juez centren su atención en las estrategias de defensa y en la sustentación de argumentos jurídicos, y no, como sucede en la actualidad en la tramitación de los procesos que consume grandes recursos, esfuerzos y tiempo. Con el empleo de la informática el abogado podría obtener información completa acerca de las distintas causas que se tramitan a su cargo, como son por ejemplo, el estado procesal en que se encuentra o las próximas diligencias a realizar, con sus correspondientes términos o plazos de vencimiento; así mismo, mediante el empleo de correo electrónico la comunicación remota entre el despacho del abogado y el correspondiente juzgado permitiría una intercomunicación ágil, segura e inmediata de notificaciones o requerimientos. En definitiva, y sin querer abundar en mayores ejemplos, la informática rompe paradigmas que se vuelven obsoletos, ofreciendo velocidad, información total que sería inmanejable manualmente y seguridad.

3.- Los **resultados concretos** que deben producirse rápidamente. La reingeniería exige una total reestructuración del proceso alrededor del cliente y de las personas que atienden al cliente. Esto conlleva a una jerarquía más plana y a una organización más horizontal. Cuando se implanta bien, este enfoque puede producir resultados espectaculares, pues los costos se reducen dramáticamente, los niveles de errores y los ciclos de tiempo caen vertiginosamente, y la confiabilidad y la satisfacción del cliente suben.

Para este fin han de adaptarse al análisis jurídico las estrategias y técnicas de la reingeniería, como son benchmarking, empowerment, downsizing, etc.

4.- Los **cambios integrales** a ejecutarse deben afectar a todas las partes de la organización; por ende, un cambio exitoso debe dirigirse e involucrar a la gente, la tecnología, la estructura, las normas y la filosofía de la organización. La reingeniería de una organización implica cambiar el modelo tradicional de mando, control y liderazgo por un modelo de compromiso y confianza. No implica dedicarse a mejorar o componer pequeñas tareas o fases del proceso, ni limitarse por barreras

organizativas ya definidas. Hay que analizar y repensar todo el proceso observando más allá de las fronteras de la organización.

La reingeniería se plantea como la alternativa válida para toda organización sea privada o pública en pos de mejorar la calidad de los servicios que ofrecen y así satisfacer las necesidades y expectativas del público. Igualmente en el caso del sistema de administración de justicia con seguridad, mediante el empleo adecuado de sus herramientas la reingeniería logrará cambios sorprendentes. La misma validez mantiene la reingeniería también si se busca repensar y reingeniar la organización y funcionamiento integral de nuestras facultades de jurisprudencia que, necesariamente, a la par con el cambio que se espera obtener en la administración de justicia, deberán proporcionar profesionales innovadores que promuevan el mejoramiento continuo de la calidad en base a un nuevo esquema de pensamiento y formación profesional.

Actualmente ha tomado auge en nuestro país la corriente de modernización y privatizaciones de empresas e instituciones del sector público. Este empeño nace de la angustiada ineficiencia e inoperancia en la que se ha desarrollado la administración pública, circunstancia de la que no se ha visto exento nuestro sistema judicial.

¿A quién corresponde realizar un análisis detenido de la administración de justicia y plantear soluciones efectivas? Sin lugar a dudas que corresponde a los juristas. Pero este problema ha superado el análisis meramente jurídico que tradicionalmente se pudiera esperar de un abogado, y nos vemos en la necesidad de conocer, manejar y adaptar nuevas metodologías de análisis que contribuyan a llenar la expectativa de calidad total que se exige en todo servicio. Esta labor en la actualidad se constituye en cuestión de supervivencia para toda organización, y en la caso de la administración de justicia comprende la supervivencia del orden social.

El reto está planteado, nuestra facultad de jurisprudencia es la llamada a promover el cambio, no debemos evadir responsabilidades pues mejorar la organización en la actualidad es cuestión de supervivencia.

Antes que constituirse en un obstáculo para el crecimiento de nuestros países en vías de desarrollo, el sistema judicial debería ser un mecanismo dinámico para la resolución oportuna y certera de los conflictos que generan las relaciones interpersonales en nuestra sociedad, de esta forma no se mantendría incertidumbre jurídica

RUPTURA

indefinidamente en quienes se "aventuran" a llevar una causa ante los tribunales de justicia de nuestro país.

Nuestro sistema de administración de justicia adquiriría respaldo y validación por parte de la sociedad si aquel otorga seguridad y eficacia a los miembros de la misma.

BIBLIOGRAFIA

DORINE, Andrews y STALICK , Susan . *Bussines Reingeniering, The Survival Guide*. Ed. Prentice-Hall, Inc., New Jersey, 1994 .

SHOZO Hibino, NATHLER Gerald , *Breaktrough Thinking, SEVEN PRINCIPLES OF CREATIVE PROBLEM SOLVING*, Ed. Prima Publishing, Cal. USA, 1994

MORRIS Daniel, y BRANDON Joel, *Reingeniería* , Ed. Macgraw-Hill. Bogotá. 1994.

HAMMER Michael, y CHAMPY James, *Reengeriering THE CORPORATION. A Manifesto for Bussiness Revolution*, Harper Bussiness, New York USA, 1993.

ESTUDIOS JURIDICOS

DERECHO CIVIL

Este artículo es un análisis jurídico de una de las más importantes instituciones de nuestro derecho civil. El autor parte de una simple pero precisa conceptualización del término "sucesión", para configurar un criterio que permita distinguir la sucesión entre vivos de la sucesión por causa de muerte. Este parámetro o guía metodológica será la pauta para establecer los alcances jurídicos de la institución, el hecho material o la determinación de los objetos materia de la sucesión, los conceptos sobre universalidad, etc. El autor puntualiza y diferencia lo que es la SUCESIÓN y el DERECHO DE HERENCIA, elementos que le permiten cambiar el eje de este estudio hacia un profuso y bien fundamentado análisis doctrinario y legal sobre las características del DERECHO DE HERENCIA.

SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE Y DERECHO DE HERENCIA

Dr. Alejandro Ponce Martínez

SUCESIÓN.-

Sucesión, etimológicamente, significa "sustituir un sujeto a otro en una determinada relación". (1)

Se trata, pues, de un fenómeno sustancial en cuya virtud una persona sustituye a otra en una relación jurídica, debido a ciertas causas. (2)

Se utiliza también el término sucesión como sinónimo de herencia (3), aunque, evidentemente, son conceptos distintos. Se afirma, también que el término sucesión identifica al proceso de sucesión, (4) lo cual, al menos entre nosotros, no es del todo exacto.

Si es que, pues, existe sucesión en el evento de sustitución de una persona a por otra, en una determinada relación jurídica, es evidente que tal sustitución puede producirse bien entre vivos o bien mortis causa. (5)

SUCESIÓN ENTRE VIVOS Y SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE: DIFERENCIAS.-

Por ello se expresan las siguientes diferencias entre la sucesión intervivos y la sucesión por causa de muerte (6):

- a) los efectos de la sucesión intervivos se producen de inmediato, esto es en vida del titular original y del que le reemplaza; en cambio, los efectos de la sucesión por causa de muerte solo se producen al momento de la muerte del causante;
- b) normalmente, la sucesión entre vivos se genera en un acto jurídico, mientras la sucesión por causa de muerte solo se produce en virtud de un hecho jurídico;
- c) los títulos en la sucesión entre vivos pueden ser de naturaleza variada: compraventa, donación, dación en pago, aporte, permuta; en cambio, en la sucesión por causa de muerte solo caben dos títulos: el testamento o la ley;
- d) el objeto de la sucesión por causa de muerte puede ser universal o singular; en la sucesión entre vivos, el objeto necesariamente es singular. Así, cuando la ley se refiere a donaciones universales (art. 1450 CC) exige que se haga un inventario solemne de lo donado; la compraventa de todos los bienes presentes y futura es nula, como lo es la de unos u otros (art. 1777); de igual modo, no cabe sociedad a título universal, excepto, naturalmente, la sociedad conyugal (art. 1987); empero las universalidades de hecho, como los establecimientos de comercio, si son objeto de sucesiones entre vivos, pues la ley expresamente permite la venta de la totalidad de efectos o mercaderías de un comerciante (art. 183 C Co.) o la venta de activos y pasivos de compañías;
- e) los fines que se persiguen en la sucesión entre vivos pueden ser patrimoniales o extrapatrimoniales; en la sucesión por causa de muerte, los fines son patrimoniales, inclusive en aquellos casos en los cuales el efecto primario pueda ser extrapatrimonial, como ocurre con el reconocimiento de un hijo, o el nombramiento de un curador;

f) el fundamento de la sucesión entre vivos es, normalmente extrafamiliar, mientras la sucesión por causa de muerte se fundamenta en la familia, generalmente;

g) la consecuencia de la resolución por incumplimiento se presenta en la sucesión intervivos, pero no existe, en general, en la sucesión por causa de muerte;

h) la causa en la sucesión entre vivos es bien la contraprestación de la otra parte, bien la mera liberalidad; la sucesión por causa de muerte es gratuita.

CARACTERÍSTICAS DE LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE

Según el mismo autor Lafont Pianetta (7), de estas diferencias se desprende que la sucesión por causa de muerte tiene las siguientes características:

- 1.- es un hecho jurídico; en realidad, se origina en un hecho jurídico;
- 2.- recae sobre el patrimonio;
- 3.- es un fenómeno de interés económico;
- 4.- se basa en la organización familiar;
- 5.- genera la continuidad entre el de cujus y el sucesor;
- 6.- produce una adquisición derivativa de efecto translativo del dominio;
- 7.- es un modo de adquirir el dominio a título gratuito;
- 8.- el incremento patrimonial depende de la voluntad del sucesor.

Del concepto lato de sucesión (8), esto es hecho de entrar una persona a ocupar el sitio de otra, se llega al sentido restringido, aplicado a la materia de nuestro estudio, esto es como modo de adquirir el dominio tanto del patrimonio del causante, como de bienes singulares que lo componen. En virtud de la sucesión por causa de muerte se produce una especie de subrogación personal (9), en cuya virtud, los herederos pasan a ocupar la misma posición jurídica que en vida tuvo el causante. La sucesión por causa de muerte, además genera el derecho real de herencia, o más bien, es un modo de adquirir el derecho real de herencia.

Subjetivamente considerado, el modo de adquirir denominado sucesión por causa de muerte es la transmisión del patrimonio de una persona difunta a una persona que le sobrevive y, objetivamente, es el propio

RUPTURA

patrimonio que se transmite, patrimonio que lo constituye la herencia. (10)

Como modo de adquirir el dominio, Somarriva (11) señala que la sucesión por causa de muerte presenta las siguientes características: a) es derivativo; b) es por causa de muerte; c) es a título gratuito, y d) es tanto a título universal, como singular.

ALCANCE JURÍDICO DE LA SUCESIÓN O IMPLICACIONES DE DERECHO DE LA SUCESIÓN

Como enseña Alejandro Ponce Carbo (12) "si del mantenimiento de las relaciones jurídicas depende el orden social, es obvio que esas relaciones no pueden estar sujetas al permanente riesgo, al constante azar de la muerte de los hombres, que las despojaría de su sujeto activo o de su sujeto pasivo, de su titular y de su término. Por otro lado, los hombres no podrían entrar con la debida seguridad en tan imprescindibles relaciones si tuvieran en mientes que todo derecho, toda relación jurídica desaparecería por la muerte de uno de sus elementos, de su titular o de su término. De donde se deduce que el propio mantenimiento de las relaciones jurídicas entre los hombres, condición sine qua non del mantenimiento del orden social, exige la continuación de las relaciones jurídicas del difunto en la persona del heredero, a fin de que éste cumpla sus obligaciones y ejerza sus derechos...".

De donde se sigue que la implicación más importante, desde el punto de vista social, de la sucesión por causa de muerte, es la de que el heredero continúa la personalidad patrimonial del difunto. Por ello se afirma que el heredero es con el difunto una y la misma persona ("Hoeres censetur cum defuncto una eademque persona). Originalmente, en el Derecho de Justiniano, esta identificación era absoluta, puesto que el heredero no solo que respondía de las deudas y cargas hereditarias con los bienes del difunto, sino que siempre lo hacía con sus propios bienes, por lo cual, en ocasiones, los herederos se veían constreñidos a repudiar la herencia. El heredero respondía, pues, aún más allá de sus fuerzas (*ultra vires hereditatis*). Posteriormente se intentó y permitió la limitación de la responsabilidad del heredero hasta el monto del activo, a través del beneficio de inventario, esto es dentro de las fuerzas de lo heredado (*intra vires hereditatis*). (13)

SUCESION POR CAUSA DE MUERTE Y DERECHO DE HERENCIA

Junto a este derecho del heredero de aceptar con beneficio de inventario existe el derecho de los acreedores del difunto de pedir el beneficio de separación, en cuya virtud, se separa el patrimonio del causante del heredero, para que con aquel se paguen las deudas del causante.

En definitiva, pues, la sucesión por causa de muerte implica la necesidad de que alguien represente la personalidad patrimonial del difunto. El patrimonio deriva hacia el heredero y, si éste no llega a aceptar, se produce una especie de "personalización" del patrimonio, para efectos de su administración por un curador, como ocurre con la herencia yacente. Al heredero le corresponde siempre aceptar o repudiar la asignación o aceptarla con beneficio de inventario, puesto que a nadie puede hacerse beneficio contra su voluntad (14).

FUNDAMENTO DE LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE

De lo dicho se establece que la sucesión por causa de muerte se basa en la necesidad de orden social de impedir que a la muerte de una persona queden abandonados sus bienes y derechos al primer ocupante y de que alguien continúe con la personalidad patrimonial del difunto para que las relaciones jurídicas generadas en vida no concluyan con la muerte y, por ello, no sea un hecho físico cierto, pero imprescindible en el tiempo, el que genere inseguridad que altere el orden social.

Cosas que se adquieren por sucesión por causa de muerte

Se ha dicho que la sucesión por causa de muerte es un modo de adquirir a título universal o a título singular. Ello implica que por tal modo se adquieren universalidades o cosas singulares.

Las cosas, como sabemos, pueden considerarse individualmente o en conjunto con otras. De ello surge la clasificación en bienes singulares, esto es individuales, que a su vez, pueden ser simples o compuestos. En cambio, las cosas universales son conjuntos de cosas singulares, pertenecientes a un mismo dueño, vinculadas entre sí por una destinación jurídica económica. Tales cosas universales pueden ser universalidades de hecho (*universitas facti*) o de derecho (*universitas juris*). Las primeras consisten en una pluralidad real de las cosas singulares autónomas, cada una de las cuales tiene una propia significación económica, pero vinculadas por su destinación, por

decisión de su dueño. Una típica universalidad de hecho es el establecimiento de comercio. En cambio, la universalidad de derecho es la agregación de derechos o relaciones jurídicas a los que la ley da una destinación común. La universalidad de derecho por esencia es el patrimonio, esto es el conjunto abstracto de bienes, derechos y obligaciones de una persona. Mientras en las universalidades de hecho, los bienes que las componen pueden desaparecer y enajenarse individualmente y desaparecer, con ello, la universalidad, en las de derecho, la enajenación de las cosas individuales no implica la desaparición de la universalidad, porque ésta es una unidad abstracta, general, distinta de los bienes, derechos y obligaciones y no sustentada en su existencia. (15).

Por sucesión por causa de muerte se adquiere, en primer lugar y fundamentalmente, una universalidad de derecho, cual es el patrimonio del difunto, esto es el derecho de herencia. Esto es se adquiere la facultad de usar, gozar y disponer del conjunto de derechos, bienes y obligaciones transmisibles de una persona difunta. El derecho de herencia, cuya adquisición supone la muerte de una persona, no es sino el derecho de dominio sobre el patrimonio del difunto o sobre una cuota del mismo. Según Somarriva (16), el derecho de herencia "es un derecho real que consiste en la facultad o aptitud de una persona para suceder en el patrimonio del causante o en una cuota de mismo". El profesor de las Universidades Nacional de Cuyo y de Mendoza, Eduardo Zannoni (17) define a la herencia como "el conjunto de titularidades transmisibles del causante y de las relaciones jurídicas que la muerte crea en cabeza de los sucesores universales, considerados como una universalidad. Alfredo Pérez Guerrero (18) explica que, según nuestro Código, el derecho de herencia es un derecho real y, al mismo tiempo, un modo de adquirir el dominio. Añade que "para el derecho moderno, más realista y menos ficticio y simbólico que el antiguo, este concepto de derecho real llamado de herencia, es forzado, porque no parece necesario otro derecho real que el llamado de dominio: si el heredero tiene el dominio de las cosas hereditarias ya en su individualidad, ya en su conjunto, no parece necesario que haya un dominio más que se lo califica de derecho real de herencia". Explica, sin embargo, más adelante, que según la acepción germana, "la herencia viene a ser el hecho por el cual su patrimonio (el del difunto) entra en el dominio del causahabiente. Le mort saisif le vif: el muerto **ase**, coge al vivo, expresión intraducible literalmente, que significa que no hay discontinuidad en la sucesión,

sino un mero cambio patrimonial mediante el modo de adquirir proveniente del fallecimiento" (19).

Esta afirmación demuestra, por sí sola, que junto con el derecho de herencia se adquiere el dominio sobre las cosas singulares que conforman la herencia, pero, evidentemente tal dominio, cuando existen varios herederos, recae en las cuotas abstractas de dominio que, sobre tales bienes individuales, tienen tales herederos, de conformidad con sus cuotas en la universalidad. Se concretará el dominio sobre cada uno de los bienes singulares que conforman la herencia en el acto que da término, normalmente, al derecho de herencia: en la partición.

Además por sucesión por causa de muerte que tenga necesariamente como antecedente un testamento pueden adquirirse bienes singulares, en virtud de las asignaciones a título singular que haga el testador.

En definitiva, pues, en virtud de la sucesión por causa de muerte se adquieren o puede adquirirse: una universalidad de derecho (la herencia), los bienes individuales o singulares que conforman dicha universalidad y bienes singulares a título singular. En otras palabras, en virtud de la sucesión por causa de muerte se adquieren o pueden adquirirse: a) un patrimonio, esto es el del causante o una cuota del mismo, o sea la herencia o una cuota de ella; b) los bienes singulares y los créditos particulares que conforman la herencia, así como los derechos reales en ella inmersos; c) una o más especies o cuerpos ciertos singularizados; d) una o más especies indeterminadas de cierto género, y e) las obligaciones del de cujus o las que el testador imponga.

MODOS DE ADQUIRIR EL DERECHO DE HERENCIA.-

Como se ha explicado antes, la sucesión por causa de muerte es uno de los modos de adquirir el derecho de herencia. Por él se adquiere "ipso iure" el derecho de herencia (20). Este modo de adquirir será la materia de nuestro estudio, en todos sus aspectos, a lo largo de nuestro **curso**. Por ello, en esta parte analizaremos los otros dos modos, esto es la tradición y la prescripción.

El derecho de herencia puede, adquirirse por tradición y por prescripción. Esto es, puede, por una parte ser transferido por el tradente al adquirente mediante la entrega, en cuya virtud el primero se

RUPTURA

desprende del dominio que lo adquiere el segundo; o puede ser adquirido por el poseedor de la herencia en virtud de su tenencia con ánimo de señor y dueño, por el tiempo previsto por la ley, tiempo y posesión que, además determinan que el anterior titular pierda su derecho.

Analicemos los hechos que configuran tanto la adquisición por tradición, como por prescripción.

Adquisición del derecho de herencia por tradición.-

La tradición del derecho de herencia equivale a la cesión del derecho de herencia. El Código "denomina a la tradición del derecho de herencia, cesión de derechos hereditarios; en realidad, hablar de tradición del derecho de herencia y de su cesión, es la misma cosa" (21).

La cesión del derecho de herencia, sea en su totalidad o en una cuota, presupone que, en virtud de la muerte del causante, uno o más herederos adquirieron la herencia por sucesión por causa de muerte. Mientras el causante no fallezca, no hay herencia, no hay derechos hereditarios que ceder. Como en toda tradición, a esta debe anteceder un título que, generalmente, es la compraventa o la donación. Tanto el título como el modo no comprenden bienes determinados, sino la universalidad, o una cuota de ella.

La ley ha establecido una solemnidad especial para la compraventa de una sucesión hereditaria. En efecto, mientras la compraventa es, normalmente, un contrato consensual, esto es que se perfecciona por el simple acuerdo de voluntades, en cuanto a la cosa y el precio, por excepción, la compraventa de bienes raíces, servidumbres y de una sucesión hereditaria es solemne: se perfecciona por la escritura pública. (art. 1767). No hay una disposición igual para la donación de una herencia, pero se ha de estimar que tal donación requiere también de escritura pública para su perfeccionamiento, en razón de la disposición del art. 1450, que, aunque regula una situación distinta, sería aplicable por ser la herencia una universalidad, al menos en cuanto a la exigencia de que la donación se realice por escritura pública.

No hay norma, sin embargo, que regule cómo se realiza la tradición, esto es la entrega, del derecho de herencia, en cuya virtud, el cedente transfiere el dominio de la herencia y el cesionario lo adquiere. Antes de

la entrega, no hay tradición y, por ello, el dominio permanece en el vendedor o donante. El contrato, en nuestro sistema no transfiere el dominio; es una fuente de obligaciones y, en consecuencia, crea derechos personales. En el evento de una compraventa de una herencia, el vendedor se compromete a entregar la herencia (o una cuota de ella) y el comprador a pagar el precio. La adquisición de la herencia por parte del comprador se produce el momento de la entrega.

Normalmente, en el Ecuador, los contratos de compraventa o de cesión de derechos hereditarios se inscriben en el Registro de la Propiedad. Sin embargo, se ha discutido si es que tal inscripción constituye la tradición o si simplemente es un mecanismo para mantener la historia del dominio, como lo es la inscripción de la sentencia que confiere la posesión efectiva de los bienes hereditarios, o, a lo mucho, un requisito para la ulterior disposición de bienes raíces que puedan estar incluidos en la herencia.

La Corte Suprema de Justicia ha tenido fallos contradictorios sobre la materia. En efecto, en sentencia de 8 de marzo de 1921 (22) afirmó: "según el artículo 1791 (hoy 1767), inciso 2o., del Código Civil, la venta de una sucesión hereditaria es perfecta ante la ley, desde que se ha otorgado escritura pública; y, en virtud de ésta es incuestionable que el contrato existe y tiene, por lo mismo, de surtir efectos para todo lo concerniente a la efectividad de los derechos y obligaciones que de él nacen; el título adquisitivo del comprador de una herencia, es la venta, no la sucesión por causa de muerte; y, por esto, para adquirir el dominio en los bienes de la herencia comprada, es necesaria la tradición; a tratarse de bienes raíces, sea cualquiera la naturaleza del título translativo de dominio, la tradición no es efecto del contrato, sino de la inscripción prescrita, de modo absoluto, en el art. 675 (hoy 721), inciso 1o. del propio Código, como que ésta, la inscripción, significa la entrega que el dueño hace, al adquirente, de la cosa sobre la que versa el acto o contrato; en las ventas hechas por el doctor Solano de la Sala, se comprendieron bienes raíces de la sucesión de Eliseo Solano de la Sala; y, por tanto, sin inscripción del título, no puede tener lugar la tradición o entrega de la cosa vendida a los compradores". El Dr. Manuel Escudero salvó su voto en el sentido de que no cabe exigirse la inscripción para la tradición del derecho de herencia porque el artículo 675 (hoy 721) no lo establece. Argumentó que "la venta de una herencia se refiere a la universalidad ... sin especificación de los objetos de que se compone, y de ahí que, el vendedor, solo responde de su

RUPTURA

calidad de heredero y no de ninguno de los bienes de la sucesión, sean o no inmuebles...". Concluyó que "es más lógico que la tradición del derecho de herencia se verifique en la forma especial que ha determinado la ley para este caso, esto es por el hecho de celebrarse el contrato..." (23)

El fallo, pues, sostuvo que había, necesariamente que investigar si en la herencia había o no bienes inmuebles para saber si debía o no realizarse la tradición mediante la inscripción. Ello, evidentemente contradice la naturaleza del derecho de herencia que tiene por objeto una universalidad, sin considerar los bienes, derechos y obligaciones que la componen. El juez de primera instancia, con mayor lógica, sostuvo que "la inscripción... es lo que constituye la entrega en esta clase de ventas".

En el juicio se esgrimieron, con notable acierto, argumentos en pro de las dos tesis en controversia. En efecto, los doctores Agustín Cueva (24) y Manuel Ramón Balarezo (25) sostuvieron que la tradición se perfecciona por el contrato, el cual, en consecuencia, tanto genera derechos personales como determina la tradición del derecho real de herencia; en cambio los juristas Alejandro Ribadeneira Salazar (26) y Alejandro Ponce Borja (27) mantuvieron la posición de que la tradición del derecho de herencia se realiza por la inscripción en el Registro de la Propiedad.

He aquí una síntesis de tan ilustradas opiniones:

a) según Agustín Cueva, la tradición del derecho de herencia se efectúa mediante el contrato otorgado por escritura pública porque:

1.- El Código se refiere a la venta de una sucesión hereditaria en el art. 1791 (hoy 1767) y a la cesión de los derechos hereditarios en el art. 1900 (hoy 1877). El objeto de la venta es el patrimonio, la universalidad. La calidad de heredero es intransmisible. Se trata de una venta especialísima sujeta a reglas peculiares en lo que atañe a su tradición.

2.- El dominio de la herencia cedida se adquiere por tradición, pero el art. 675 (hoy 721) no preceptúa la inscripción como forma de la tradición del derecho de herencia. Lo corrobora el art. 676 (hoy 722).

SUCESION POR CAUSA DE MUERTE Y DERECHO DE HERENCIA

3.- La venta de una herencia, es la venta de una universalidad, sin especificación. Absurdo sería que la ley exigiera su inscripción si existieran solo muebles.

4.- Las legislaciones extranjeras como la española y la francesa no exigen la inscripción.

b) Manuel Ramón Balarezo fundamentó su tesis de que la tradición se realiza por el contrato en los siguientes criterios:

1.- Aunque la inscripción es un modo legal de entregar algunas cosas, no puede entenderse que lo sea también de las herencias, a pretexto de analogías, porque la herencia no es cosa análoga a otra, y porque la inscripción ha sido creada por el legislador para objetos determinados.

2.- Solo las cosas corporales son muebles o inmuebles.

3.- El derecho de herencia es susceptible de cesión a título de compraventa. En este acto el cedente entrega al cesionario el derecho de herencia y no se obliga a nada más.

4.- La herencia es una cosa ideal, no susceptible de aprehensión o tradición real, solo ficticia, que está establecida por la Ley para ciertas especies de tradiciones.

5.- Con Francia se destroza el "ideal romano" de la tradición y se establece que el contrato transfiere la propiedad.

6.- Los sucesivos proyectos de Bello señalan que el contrato de compraventa de una herencia constituía también su tradición.

7.- El Código Francés así lo señala.

8.- El Código Chileno fue ecléctico: solo establece la tradición para ciertos bienes y derechos. No para la tradición del derecho de herencia.

9.- En el Ecuador solo se exige la inscripción de la posesión efectiva. Es un mero requisito para que el heredero pueda disponer de los bienes inmuebles, con el fin de mantener la continuidad de las inscripciones.

RUPTURA

10.- Ni los herederos ni los cesionarios tienen tradición inscrita del derecho de herencia, ni de ninguno de los inmuebles que conforman la herencia.

11.- El Código Argentino recoge la nueva tesis.

12.- No puede considerarse inmueble a una herencia, por el hecho de que existan en ella inmuebles. Tampoco puede estimarse que es muebles.

13.- Si la tradición del derecho de herencia se realizara por la inscripción, igual criterio tendría que aplicarse para la cesión de acciones reales sobre inmuebles o para la cesión de derechos litigiosos sobre inmuebles, lo cual evidentemente la ley no lo establece.

c) Alejandro Ribadeneira sostuvo que la inscripción del contrato de compraventa de derechos hereditarios era el hecho en el cual consistía la tradición de tales derechos, por lo siguiente:

1.- Del hecho previsto en la ley (art. 1791, hoy 1767) de que basta de la escritura pública para perfeccionar la venta de una sucesión hereditaria no se desprende que no sea necesaria la inscripción para que se realice la tradición. La venta produce derechos personales, en cambio, para la transferencia de dominio se requiere de la tradición, de conformidad con la doctrina romanista: "Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferentur".

2.- La ley establece los modos de adquirir el dominio, entre ellos, la tradición. El contrato no es modo de adquirir el dominio.

3.- El contrato debe ser perfecto para que se efectúe la tradición; ésta no es una formalidad del contrato sino su ejecución.

4.- Del art. 1783 (hoy 1759) que define al contrato de compraventa no se deduce que por la compraventa se efectúa la transferencia de dominio. Del art. 1791 (hoy 1767) se deduce que la perfección del contrato es independiente de la transferencia de dominio. Si se estimara que para la tradición de una sucesión hereditaria es suficiente el contrato, forzoso sería admitir que el contrato sería suficiente para la tradición de bienes raíces, con lo cual se borrarían todas las normas del título sobre la tradición del libro II del Código Civil.

5.- De que lo vendido sea el derecho de herencia, sin consideración a los bienes individuales o singulares, no se sigue que no sea necesaria la inscripción para que se efectúe la tradición. La venta de una sucesión hereditaria no transfiere la propiedad de la cosa vendida, puesto que para que tal hecho ocurra es necesaria la entrega.

6.- La venta de una cosa genera un derecho personal para el comprador; exigir la entrega.

7.- El cesionario no adquiere el derecho hereditario por sucesión por causa de muerte, porque por este modo fue adquirido por el cedente. Si es el título la causa por la cual se adquiere la posesión de una cosa, mal podría ser la sucesión por causa de muerte el título por el cual el cesionario adquiere la posesión de la herencia. Se requiere de un nuevo hecho para que el cesionario adquiera la posesión y para que adquiera la propiedad de la herencia, en el evento de que el cedente-tradente sea el verdadero dueño de la herencia. "Nemo dat quod non habet".

8.- El cedente, al ceder su derecho de herencia, no cede la calidad de heredero. El cesionario no se convierte en heredero, en virtud de la cesión, puesto que la calidad de heredero es intransferible. Se puede transferir exclusivamente los activos y pasivos que están unidos a esta calidad. Por ello, la venta no libera al heredero de sus obligaciones y puede, en consecuencia ser perseguido por los acreedores.

9.- Aun cuando el heredero cediera tal calidad, siempre será verdad que la tradición y no la sucesión por causa de muerte la que haría adquirir al cesionario la calidad de heredero.

10.- Aun cuando no existiera la disposición del art. 1791 (hoy 1767) la escritura debería inscribirse por lo menos al haber bienes raíces en la sucesión. El art. 675 (hoy 721) indica que la tradición de bienes raíces se efectúa por la inscripción en el registro pertinente. Solo así llega el comprador a ser sucesor universal y sucesor particular de los bienes de la herencia.

11.- El art. 569 (hoy 616) dispone que los derechos y acciones se reputan muebles o inmuebles según sea la cosa sobre la que han de ejercerse o sobre la cosa que se debe. El derecho de herencia es, por tanto inmueble, cuando existen bienes de esta clase. Es la calidad de estos bienes la que predomina en la venta de un derecho de herencia. Por

RUPTURA

consiguiente, si existen bienes inmuebles debe inscribirse tal venta en el Registro de la Propiedad.

d) Alejandro Ponce Borja expuso, en síntesis, los siguientes argumentos para sostener que la tradición del derecho de herencia se realiza por la inscripción en el Registro de la Propiedad y no por el contrato:

1.- La entrega de la herencia no puede verificarse por la entrega material de las cosas comprendidas en la sucesión. Esta imposibilidad es tanto mayor al tratarse de la entrega de una cuota de la herencia.

2.- Sobre los derechos incorporales cabe posesión. Ello implica que estas cosas pueden ser entregadas.

3.- El dominio de las cosas se adquiere por la tradición, no por el mero pacto. Existen dos especies de objetos de dominio: a) el dominio de las cosas corporales y b) el dominio de las cosas incorporales. Ambos se adquieren por tradición.

4.- El derecho real de herencia, es por naturaleza incorporeal, es inmueble porque la ley lo inmoviliza en el último domicilio del causante.

5.- Si alguno vende una misma cosa a dos personas, el comprador que haya entrado primero en posesión será preferido (art. 1808, hoy 1784).

6.- Quien inscribe primero la compraventa de derechos hereditarios extra, en primer lugar, en posesión de tales derechos.

7.- Es cosa bien diversa el que se diga que la tradición se verifica por la inscripción que el que se afirme que el contrato se perfecciona por tal inscripción.

8.- La herencia es siempre una universalidad, que no se confunde con los bienes singulares. Por ello no puede verificarse la tradición por la entrega material.

9.- La ley solo reconoce dos formas de entrega: a) material y b) por la inscripción. Si la universalidad no puede entregarse materialmente, debe efectuarse la inscripción por la inscripción.

10.- Sobre las cosas incorporales también hay dominio. La tradición y no el contrato es el modo de adquirir el dominio. Para que ella se produzca

SUCESION POR CAUSA DE MUERTE Y DERECHO DE HERENCIA

es necesario que el adquirente entre en posesión del bien incorporal adquirido. Aun para la adquisición de los derechos personales, por cesión o tradición, se requiere la entrega del título. Por ello, en el caso de la herencia, la tradición se efectúa por la inscripción de la escritura pública respectiva.

11.- Al haber inmovilizado la ley al derecho de herencia en el último domicilio del causante, tal derecho es inmueble. La herencia es un derecho real (cosa incorporal) sobre una universalidad (patrimonio del causante). La distinción entre bienes muebles o inmuebles radica en la posibilidad de trasladar el bien de un lugar a otro; es así que la herencia queda fija en el último domicilio del causante, para todos los efectos legales, luego es un bien inmueble.

12.- Esta conclusión se halla confirmada por el hecho de que el propio Código ha sometido a la herencia a las mismas normas sobre prescripción adquisitiva que rige para los inmuebles, tanto en cuanto a la prescripción ordinaria como a la extraordinaria.

La Corte, en el caso en análisis, se inclinó, pues por la argumentación de que la inscripción constituía la tradición cuando existían inmuebles en la herencia, tesis que, evidentemente, olvida el tenor del art. 1877, en cuya virtud lo único que garantiza al cedente de los derechos hereditarios es su calidad de heredero. La Corte ignoró, también la naturaleza misma del derecho de herencia, que es una universalidad abstracta, independiente de los bienes, derechos y obligaciones singulares e independientes de si existen o no bienes, derechos u obligaciones.

En fallo de 24 de Febrero de 1931 (28), la Corte, conformada entonces, entre otros magistrados, por Manuel Ramón Balarezo, quien, como se ha dicho, defendió la tesis de que la tradición del derecho de herencia se realizaba por el contrato, en el caso que acabo de resumir y por Manuel Escudero que, como se ha dicho, salvó su voto en el precedente caso, afirmó: a) la venta es título translativo de dominio y, como tal, requiere de la tradición o entrega de la cosa vendida para la transferencia del dominio; tradición o entrega que debe hacerse en la respectiva forma que hubiere determinado la ley, según la naturaleza de la cosa vendida; siendo una de las formas la inscripción del título en el Registro del Registrador de la Propiedad, entre otros, en los casos fijados en el artículo 675 del Código Civil; b) la venta de una sucesión hereditaria, o de una cuota de ella, como título translativo, requiere

pues, también la tradición o entrega de la cosa vendida, o sea del derecho hereditario; mas como tal derecho, cosa incorporal, comprende la universalidad del patrimonio del extinto, sin consideración a ninguna cosa singular determinada, no es posible distinguir si el objeto de la venta es mueble o inmueble, para que le sean aplicables las formas de tradición concernientes a la una o la otra clase de bienes; por lo que ha de acudirse a la regla concreta que determina la forma especial en que debe hacerse la enajenación del derecho real de herencia, que es la señalada en el inciso 2o. del artículo 1791 del Código antes citado, o sea el otorgamiento de la correspondiente escritura pública; debiendo entenderse que esta misma escritura constituye el signo o manifestación externa de la tradición, sin que sea menester la inscripción del título, ya porque no existe prescripción alguna legal que exija la observancia de este requisito ya porque el derecho de herencia no se halla comprendido entre los derechos reales cuya enajenación debe inscribirse, según el artículo 675 del antedicho Código".

Esta sentencia acogió, pues la tesis uniformemente aceptada por la jurisprudencia y doctrina chilenas (29), según las cuales siendo, como es, la herencia, una universalidad, "no puede ser considerada como un derecho inmueble, aunque en la masa hereditaria existan bienes raíces, ya que el derecho se tiene sobre la universalidad en sí misma y no sobre bienes determinados" (30). Por ello, la herencia "aún cuando comprenda inmuebles, se rige por el estatuto de los bienes muebles... la cesión de derechos hereditarios también se rige por dicho estatuto, pues en ella lo que se cede es la universalidad de la herencia, y no los bienes comprendidos en la masa hereditaria... En consecuencia, aun cuando en la cesión vayan comprendidos inmuebles, esta tradición, no requiere ninguna clase de inscripción... la cesión del derecho de herencia se efectúa en cualquier forma que manifieste expresa o tácitamente la intención de transferir los derechos hereditarios, bastando aún una entrega simbólica" (31)

Evidentemente la tesis chilena, aceptada por el fallo en la sucesión de Manuel Mogrovejo, facilita enormemente la tradición del derecho de herencia (32) y se fundamenta en razones sólidas, en lo jurídico. Sin embargo, como en nuestra legislación, a diferencia de la chilena, se halla suprimida, con acierto, gracias a la personal gestión de Don Víctor Manuel Peñaherrera, la obligatoriedad de obtener la posesión efectiva de los bienes hereditarios, como requisito previo para la tradición de bienes inmuebles, es claro que la falta de inscripción interrumpiría la

SUCESION POR CAUSA DE MUERTE Y DERECHO DE HERENCIA

historia del dominio, de existir inmuebles en la herencia, con lo cual uno de los importantes efectos de la existencia del Registro de la Propiedad se truncaría. Naturalmente tal efecto, por más importante que sea, ha de ceder a la fuerza del derecho.

Empero no dejan de tener en nuestra opinión, indudable impacto, las claras razones del doctor Alejandro Ponce Borja, acogidas por Alejandro Ponce Carbo (33) y Eduardo Carrión Eguiguren (34), en el sentido de que el derecho de herencia es inmueble porque la sucesión se inmoviliza en el último domicilio del causante y, por ello, no puede trasladarse a otro lugar y porque el sistema de prescripción establecido para la herencia, como se analizará más adelante, es el de los inmuebles.

Efectos de la cesión de la herencia.-

Como consecuencia de la tradición del derecho de herencia, se producen las siguientes consecuencias: (35)

1.- El cesionario puede solicitar la posesión efectiva de los bienes hereditarios, demandar la facción de inventario, solicitar o intervenir en la partición, ejercer la acción de petición de herencia, demandar la reforma del testamento, plantear la nulidad de actos y contratos en los mismos casos que hubiera podido el cedente.

2.- El cesionario tiene el mismo derecho de acrecer que hubiere tenido el cedente (art. 1878).

3.- El cesionario responde de las deudas hereditarias. Naturalmente los acreedores hereditarios pueden elegir entre demandar al cesionario o al cedente, pues éste es el deudor, en representación del difunto. Podría producirse novación según el art. 1678.

4.- El cesionario tiene derecho a que el heredero le reembolse los frutos de que se ha aprovechado. En cambio, el cedente tiene la facultad de exigir el reembolso de los costos necesarios y prudenciales en que éste haya incurrido en relación con la herencia (art. 1878).

5.- El cedente responde única y exclusivamente de su calidad de heredero. No garantiza nada con respecto a los bienes y derechos que conforman la herencia. Por ello la compraventa de derechos hereditarios es un contrato aleatorio.

Adquisición de la herencia por prescripción.-

La herencia puede adquirirse por la posesión siempre que haya durado quince años. Así lo señala el art. 2436, que califica a esta prescripción como extraordinaria.

El derecho real de herencia solo puede adquirirse por prescripción ordinaria en la circunstancia excepcional prevista en el art. 738, ordinal 4o., inciso segundo, al cual se remite el art. 1314. Según esta norma es justo título y, en consecuencia, permite la adquisición por prescripción ordinaria de cinco años, la sentencia de posesión efectiva de los bienes hereditarios dictada en favor del heredero putativo. En otros términos, el único justo título que permite la prescripción ordinaria de la herencia es dicha sentencia. Evidentemente, junto a este justo título debe existir la buena fe, esto es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de cualquier otro vicio (art. 740), buena fe que solo la puede tener el heredero putativo, esto es aquel que se cree heredero sin realmente serlo.

En ambos casos, esto es tanto en el evento de adquisición de la herencia por prescripción ordinaria, como por la extraordinaria, se requiere necesariamente la posesión, esto es la tenencia de la herencia con ánimo de señor y dueño, posesión que se manifiesta por actos externos de aquellos que solo la calidad de heredero da derecho. La prescripción opera contra el real heredero, el cual la puede interrumpir mediante la acción de petición de herencia que se extingue, justamente, a los quince años, sin perjuicio del derecho del heredero putativo de oponer la excepción de la prescripción ordinaria si ha poseído la herencia por cinco años con el justo título de la sentencia de posesión efectiva de los bienes hereditarios (art. 1314).

CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE HERENCIA.-

Del análisis efectuado se desprende que el derecho de herencia tiene los siguientes caracteres:

1.- Es un derecho real, esto es ha de respetarse por cualquier persona y es exigible ante cualquiera que en su contra atente (art. 614). Según la mayoría de los tratadistas y la jurisprudencia se rige por el estatuto de los bienes muebles, aunque no sea un bien mueble. Creemos, sin embargo, que más acertada es la tesis minoritaria que sostiene que es un derecho inmueble porque no puede trasladarse a un lugar diferente

SUCESION POR CAUSA DE MUERTE Y DERECHO DE HERENCIA

del último domicilio del causante y porque las normas sobre prescripción son las aplicables a la adquisición por prescripción de los bienes inmuebles.

2.- Es una universalidad jurídica, por cuanto es el conjunto de derechos, bienes y obligaciones transmisibles de una persona difunta, considerado como una unidad diferente de los elementos que lo conforman.

3.- Tiene una vida efímera: comienza con la muerte y termina con la partición.

CITAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1), (2), (3), (4), (5) Lafont Pianetta, Pedro, "Derecho de Sucesiones", Tomo I, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1980, p. 8.
- (6) Id. p. 9
- (7) Id. p. 9-10
- (8) Ponce Carbo, Alejandro, "Notas de la Cátedra de Derecho Civil, Libro III". Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 1987-1988.
- (9) Somarriva Undurraga, Manuel. "Derecho Sucesorio", Editorial Nascimento, Santiago, 1961, p. 10
- (10) Ponce Carbo, Alejandro, Ob. Cit.
- (11) Somarriva Undurraga, Manuel. Ob. Cit. p. 18
- (12) Ponce Carbo, Alejandro, Ob. Cit.
- (13) Véase: Ponce Carbo, Alejandro, Ob. Cit.
- (14) Barros Errázuriz, Alfredo, "Curso de Derecho Civil". Tercer Año, Imprenta Cervantes, Santiago, 1921.
- (15) Véase: Carrión Eguiguren, Eduardo. "Curso de Derecho Civil de los Bienes", Ediciones de la Universidad Católica, Quito, 1982, p. 90-96
- (16) Ob. Cit. p. 41
- (17) Zannoni, Eduardo. "Derecho de las Sucesiones", Tomo I, Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 54
- (18) Pérez Guerrero, Alfredo. "La Sucesión por Causa de Muerte, Tomo I, Universidad Central del Ecuador, Quito, 1944, p. 20
- (19) Id. p. 21
- (20) Véase: Somarriva Undurraga, Manuel, Ob. Cit. p. 44
- (21) Somarriva Undurraga, Manuel, Ob. Cit. p. 70
- (22) "Si es necesaria la inscripción de la cesión del derecho de herencia". RF, X, 68, Abril/21, Quito, p. 66, 67
- (23) Id. p. 68
- (24) RF, X, 68, Abril/21, Quito, p. 7-16
- (25) Id., p. 50-63
- (26) Id., p. 16-32
- (27) Id. p. 33-49
- (28) Juicio de partición de los bienes dejados por don Manuel S. Mogrovejo, G.J. V, 44, 1024-1028.

RUPTURA

(29) "Revista de Derecho y Jurisprudencia". tomo XLI, sección primera, p. 327; tomos II, sección primera, p. 393; III, sección primera, p. 161; XXVI, sección segunda, p. 20; XXVII, sección segunda, p. 25. XXXVII, sección primera, p. 527; XLVII, sección primera, p. 189; L, sección primera, p. 90; "Gaceta de los Tribunales", 1985, sentencia No. 3276, p. 314. Citado por Somarriva Undurraga, Manuel, Ob. Cit. p. 43-72.

(30) Somarriva Undurraga, Manuel, Ob. Cit. p. 43

(31) Id. p. 71-72

(32) Desafortunadamente los Registradores de la Propiedad de las dos más importantes ciudades del Ecuador, sin ley y sin razón, han creado arbitrariamente una serie de trabas inmorales para la tradición de bienes raíces. Esta mera actitud burocrática me llevan a mirar como más atractiva la posición de Balarezo, consagrada en el fallo transcrito y seguida por Chile. Mas aún sus razonamientos en el alegato en la causa de inventario de los bienes de Don Eliseb Solano de la Sala y la realidad de la propiedad inmueble en el Ecuador me inclinan a sostener que ha llegado la hora de discutir si es o no conveniente continuar con el sistema genial de Bello de la tradición de inmuebles mediante la inscripción. Es, ciertamente, indispensable eliminar todos los obstáculos creados por leyes absurdas (Ley de Reforma Agraria, Ley de Régimen Municipal, entre otras) que impiden la libre circulación de la propiedad y su libre adquisición originaria, así como suprimir la arbitrariedad con que operan ciertos registradores de la propiedad como el de Quito y el de Guayaquil.

(33) Ob. Cit.

(34) Tesis sustentada en conversaciones mantenidas con el autor.

(35) Somarriva Undurraga, Manuel. Ob. Cit. p. 72-73

DERECHO FINANCIERO

*El autor, Doctor en Jurisprudencia por la PUCE y experto en Derecho Financiero, explica el espíritu que anima la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero: **Flexibilidad en la operación de las instituciones financieras, contrapesada por normas de solvencia, prudencia y control.** Hace una síntesis didáctica del contenido de la nueva Ley, sin descuidar detalles y abundando en ejemplos que, sin ninguna duda, permitirán al lector menos iniciado comprender fácilmente los temas básicos de la Ley. La modernización de la Banca ecuatoriana requería definitivamente de mayor agilidad en los procedimientos financieros, sin perjuicio del control necesario que le corresponde ejercer al Estado en esta materia. Sin embargo, este nuevo orden compromete al sector estatal y al sector financiero a realizar cambios importantes en sus esquemas.*

COMENTARIOS DE LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO

Dr. Alvaro Bayas Cevallos

FLEXIBILIDAD Y EQUILIBRIO.

Con la expedición de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero (LIF) se abre paso a una nueva etapa en la vida de la banca y de las demás instituciones que conforman el sistema financiero. La ley ofrece novedades de todo orden, tanto en los aspectos financieros, como en los jurídicos. Un análisis global de este instrumento lleva a la conclusión de que pese a ciertos aspectos que deberán ser aclarados unos y modificados otros, en general la Ley es una herramienta eficaz para la modernización de la banca ecuatoriana y cubre las expectativas del sistema que largamente ha venido reclamando modificaciones sustanciales al viejo esquema regulado por la Ley General de Bancos (LGB), la misma que fue redactada bajo el auspicio de la Misión Kemmerer hace más de medio siglo y que con el paso del tiempo perdió sentido y eficacia.

RUPTURA

En este artículo nos limitaremos a enfocar los aspectos estructurales más destacados de la LIF, sin perjuicio de volver en otra ocasión a examinar algunas de las varias figuras jurídico-financieras que atraen el interés de los abogados y de los banqueros y que a no dudarlo tendrán inmensa repercusión en los procesos económicos - financieros de esta década. La banca del año 2.000, presentará un perfil considerablemente distinto de lo que hasta ahora ha venido siendo y el rol que le tocará desempeñar en la comunidad tendrá una orientación diversa. Más adelante nos referiremos a este aspecto.

En una visión panorámica, la LIF se levanta bajo la siguiente premisa: flexibilidad en la operación de las instituciones financieras, contrapesada por normas de solvencia, de prudencia y de control. Trataremos de explicar estos conceptos.

1. Flexibilidad:

Aunque resulte paradójico, una de las limitaciones más grandes para el desarrollo de los negocios financieros, constituía la LGB. Banqueros y clientes veían restringidos su campo de acción, ante una Ley que no lograba satisfacer las legítimas aspiraciones para emprender en nuevos negocios. Era muy común observar a los ejecutivos de las instituciones bancarias, en constantes ejercicios de "Ingeniería legal", tratando de alargar la letra de la ley para conseguir algún sustento jurídico que diera paso a la generación de servicios o productos financieros que estuvieran acordes a las exigencias de la época y del mercado. Un ejemplo de ello fueron las operaciones de reporto, que actualmente son práctica común en el mercado, pero que 10 años atrás tenían que ser realizadas bajo mecanismos disfrazados. Esto implicaba destinar tiempos importantes de la actividad gerencial, con el consiguiente efecto de improductividad y pérdida de oportunidades.

La LGB con el pasar del tiempo dejó de ser un instrumento al servicio de sus destinatarios, para convertirse en un fin en sí misma. Esa Ley fue concebida bajo el enfoque de control, en donde el Órgano de Supervisión, tenía como función principal verificar que las instituciones financieras emprendieran únicamente en aquellas operaciones que taxativamente estaban autorizadas por la Ley, dentro de ciertos cupos establecidos para cada una de estas, así como para cada una de las secciones de un banco. Y si bien el control constituye uno de los cimientos fundamentales del edificio financiero, esto, por sí mismo, no puede ni debe ser el objetivo principal de una Ley y si lo fue en su

momento por razones históricas, hoy esta premisa ya no es válida. Más adelante volveremos sobre el tema del control!, pero por ahora basta decir que la situación cada vez fue más inmanejable, incluso para las propias autoridades, quienes estaban conscientes respecto de la pérdida de utilidad de la Ley, no sólo por las limitaciones para el desarrollo de productos, sino también respecto de la eficacia del proceso de supervisión que ejercían. En efecto, a pesar de los muchos controles que habían sido definidos, esto no garantizaba que se estuviera supervisando lo sustancial. Eso llevó a que la propia Superintendencia de Bancos lidere el proceso de formulación del proyecto de LIF, el mismo que, con pequeñas modificaciones, fue considerado y aprobado por el Congreso Nacional.

El Art. 51 de la LIF que se refiere a las operaciones que pueden efectuar los bancos, mantiene el esquema de enumeración taxativa, pero agrega dos elementos sustanciales:

a) La enumeración es notablemente más amplia que lo que permitía la LGB. De hecho eso importa un cambio esencial en el concepto de la banca, porque significa pasar de un sistema de organizaciones especializadas a uno de banca múltiple. Los bancos pueden hacer no sólo aquellas operaciones y servicios tradicionales, sino en general, toda clase de servicios financieros, muchos de los cuales anteriormente debían ser atendidos por empresas creadas por los propios bancos, como subsidiarias o relacionadas (v. gr. arrendamiento mercantil, compra de cartera, etc.).

b) La LIF permite que a futuro la Superintendencia de Bancos agregue nuevas operaciones y servicios, al listado contenido en el Art. 51. De ese modo se delega una facultad legislativa al Órgano de Control y se abre la puerta para que la banca pueda emprender en nuevos negocios y servicios, sin que sea necesaria la expedición de una reforma legal, que en muchos casos llega cuando ya no es oportuna.

Con base en el Art. 51 las demás instituciones financieras privadas (sociedades financieras, asociaciones mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda y cooperativas de ahorro y crédito que realicen intermediación financiera con el público), pueden desarrollar muchas de las operaciones facultadas a los bancos, sin tener que limitarse al reducido campo de actividad que antes les estaba permitido bajo su estatuto legal.

RUPTURA

Ese marco de apertura de la ley, unido a la eliminación de una serie larga de disposiciones que establecían cupos máximos para cada tipo de operación, así como la supresión de las secciones en que se dividían los bancos, presenta un cuadro de amplísima libertad de acción por parte del sector financiero, que está contra balanceado por un conjunto de disposiciones que garantizan el equilibrio de la actividad que éstas realizan y cumple con el objetivo de proteger los intereses del público. Los ejes del contrapeso son las normas de solvencia, prudencia y control.

2.- Normas de solvencia:

Se dice y acaso, a veces se cree, que los bancos más solventes son los bancos más grandes; los que tienen edificios costosos, una red muy grande de sucursales y agencias; un volumen ingente de clientes; un número crecido de funcionarios y empleados; unas utilidades nominalmente grandes, un nivel de captación de recursos del público elevado, etc. Pero nada de eso dice, por sí mismo, si el banco es solvente y por ende confiable para el público. Puede haber instituciones que posean todos los elementos antes mencionados, pero de hecho no ser solventes. La LIF recoge y precisa un principio que ya estuvo enunciado desde hace muchos años en la Ley de Régimen Monetario y que posteriormente fue reglamentado por la Junta Monetaria a finales de la década pasada y que se refiere a la relación del patrimonio técnico de cada institución financiera con el volumen de sus activos. Una institución tendrá un índice adecuado de solvencia en tanto en cuanto el tamaño de sus activos esté respaldado por un patrimonio suficiente.

Para quienes no están familiarizados con un balance contable, podemos explicar esta idea con el siguiente ejemplo:

	ACTIVO		PASIVO
	100		80
			PATRIMONIO
			20
TOTAL ACTIVO	100		TOTAL PASIVO + PATRIMONIO 100

El balance está dado porque en la columna de la izquierda (activo) hay S/. 100 y en la columna de la derecha (pasivo + patrimonio) la misma cifra. El activo es el destino que se ha dado al dinero que una

institución ha recibido de terceros o que debe a terceros (pasivo) o que no ha sido entregado por sus accionistas (patrimonio).

En el activo, por tanto, se registrará el dinero que está en la caja de la institución, los créditos concedidos a los clientes y todas las bienes adquiridos con los recursos provenientes del pasivo y del patrimonio (títulos valores, edificios, etc.). El patrimonio técnico, que en el ejemplo es 20, es la sumatoria de varias cuentas que incluyen el dinero aportado directamente por los accionistas como capital, las reservas, las utilidades acumuladas de ejercicios anteriores, el 40% de las utilidades en curso, los aportes para futuras capitalizaciones y las obligaciones convertibles en acciones, menos la deficiencia en provisiones, amortizaciones y depreciaciones requeridas y otras partidas que la Superintendencia las catalogue como tales.

Conocido el valor del patrimonio técnico la ley establece dos clases de relaciones porcentuales para determinar el índice de solvencia de una institución financiera:

a) El Art. 50 de LIF exige un 4% de patrimonio técnico con relación a los activos totales. En el ejemplo propuesto, como la institución tiene un patrimonio técnico de S/. 20, sobre un total de activos de S/. 100, el índice de solvencia de esa institución es del 20%, es decir 5 veces más alto que el requerido.

b) El Art. 47 establece un porcentaje de patrimonio técnico del 9% en relación a la suma ponderada de activos. Esto, en términos sencillos, quiere decir que a cada uno de los activos se le da un peso mayor o menor, dependiendo de si es un activo líquido (dinero en caja) o es un activo menos líquido (un título valor) o es un activo ilíquido (un edificio). La idea es que las instituciones financieras se han constituido para intermediar dinero y en tal virtud mientras menos líquido sea un activo, habrá que exigirle un porcentaje más alto de patrimonio técnico, como un medio de coerción para obligar a la institución a deshacerse de activos ilíquidos; al contrario, mientras más líquido sea el activo, la exigencia de patrimonio técnico será menor o no habrá requerimiento alguno. El promedio de esos requerimientos de patrimonio técnico, considerando cada activo en forma ponderada, no puede ser menor del 9%.

A través de estos índices es fácil y objetivo determinar si una institución es o no solvente. Las instituciones financieras permanentemente deben efectuar el cálculo de estos índices y en forma periódica también

RUPTURA

ponerlos en conocimiento del Órgano de Control y del público. A futuro, una vez que se ilustre a la comunidad sobre la utilidad de estos índices, será muy fácil para cualquier persona tomar una decisión correcta respecto de entidad financiera en la que, por ejemplo, va a dejar sus ahorros o efectuar una inversión. Si el índice no es bueno, o está por debajo del requerido, es obvio que el interesado va a preferir realizar sus transacciones en otra entidad.

3.- Normas prudenciales:

Hay varias normas que tienden a precautelar los intereses del público a través de un manejo prudente de los riesgos por parte de los administradores de las instituciones financieras. En esta parte haremos mención a algunas de ellas:

- Central de riesgos: (Arts. 94 y ss.) Hasta ahora las instituciones financieras únicamente miraban el monto de los riesgos que mantenían con cada uno de sus clientes, sin conocimiento (o con uno muy limitado) del volumen de riesgos que dichos clientes mantenían con el resto del sistema. Eso causaba serios desenfocos en la apreciación del perfil de riesgo de los deudores (y lo seguirá produciendo mientras no entre en operación el sistema de central de riesgos); en efecto, cada institución podía otorgar créditos a un mismo individuo, hasta el límite de su capacidad de endeudamiento. Así por ejemplo, si el límite de endeudamiento de Pedro era 100, la institución A le podía otorgar 100 y la institución B, la misma cantidad, con lo cual se había duplicado el límite máximo admisible.

- Consolidación de balances: Arts. 62 y 77. Anteriormente las instituciones financieras integrantes de un grupo financiero no estaban obligadas a consolidar sus balances. Ocurría entonces, que una institución financiera podía reflejar resultados adecuados o incluso sobresalientes en un determinado ejercicio, pese a que sus empresas subsidiarias podían estar en graves dificultades financieras. Las normas de Basilea, que han servido como fundamento de las disposiciones citadas, recomiendan la consolidación de balances, como el único medio para conocer la real situación de las instituciones financieras y a no dudarle la inclusión de este mecanismo en la LIF permitirá, por primera ocasión, que el público conozca el verdadero estado patrimonial de las instituciones, más aún cuando las normas de consolidación exigen que se integren al cálculo, los balances de las subsidiarias del exterior (bancos "off shore").

- Lavado de dinero: (Art. 88) El flagelo del narcotráfico no solo cobra víctimas entre los consumidores y los productores, sino que pone en peligro la confianza y estabilidad de las instituciones financieras que están expuestas a la filtración de clientes que están vinculados con alguna de las actividades ilícitas (elaboración, fabricación, transformación y transporte de sustancias psicotrópicas). La prudencia aconseja a los administradores bancarios establecer mecanismos que permitan conocer las actividades y el origen de los fondos de los potenciales clientes. Esto que en el pasado fue meramente una práctica de parte de algunas de las instituciones financieras, ahora ha sido instituida por la LIF como una obligación legal.

- Concentración de créditos y de auto préstamos: (Arts 72,73 y 74): Las normas sobre esta materia no son nuevas; en la LGB ya existían disposiciones que tenían por objeto evitar que las instituciones financieras concentren sus créditos en un grupo de clientes o en empresas vinculadas con su capital o administración. La novedad está en la disposición del Art. 74 que exige la consolidación de los créditos otorgados por todas las empresas de un grupo financiero a un mismo cliente, aspecto que anteriormente no estaba regulado. Sin embargo, en nuestra opinión, los porcentajes establecidos como límite para auto préstamos es demasiado elevado (50% del patrimonio técnico, en el caso que no hubiese garantías y 100% si es que lo que supera el 50% está suficientemente garantizado).

- Publicidad y transparencia: varias normas de la LIF y especialmente las del Art. 76 y ss. exigen a las instituciones financieras presentar para conocimiento de la autoridad de control y del público la información relativa a su situación económica financiera y a los indicadores de solvencia, liquidez, eficiencia y rentabilidad, así como la opinión de los auditores externos. Esto demandará de los administradores bancarios un manejo aún más prudente y pulcro de los fondos entregados por el público, puesto que la información está al alcance de cualquier persona que desee conocerla, sin restricción alguna.

4.- Normas de control:

Como un tercer elemento de equilibrio están las normas de control, que lo ejercen el auditor interno, el auditor externo y la Superintendencia de Bancos. Lo más sustancial sobre esta materia es que los controles son pocos, pero sustanciales y que al Órgano de Supervisión se le ha dotado de recursos financieros suficientes para llevar a cabo una labor

RUPTURA

eficaz. Sin embargo el éxito de las normas de control estará garantizado únicamente si es que reúnen las siguientes condiciones: a) La firmeza de parte de las autoridades, para efectuar una supervisión fuerte y profesional; b) La automatización de las herramientas de control, bien entendido que la auditoría electrónica es el único mecanismo válido para la evaluación de los riesgos de una banca moderna, como ya lo es la del Ecuador.

5.- El reto para la banca del futuro:

Hemos dicho que la LIF es únicamente una herramienta para el manejo de la actividad financiera. El cambio legal reclamado por tanto tiempo ahora ya es una realidad, pero será menester que adicionalmente exista un cambio sustancial en el estilo de hacer banca para enfrentar el futuro. Eso demandará que los banqueros ecuatorianos modifiquen procedimientos y especialmente busquen redescubrir la función que exigirá la comunidad en los próximos años.

- Redescubrimiento de la función bancaria:

La banca en sus orígenes tenía un ingrediente que con el paso del tiempo fue relegado a la categoría de un simple recuerdo. El banquero era el consejero y el confidente de todos y cada una de las personas que acudían a sus servicios. La revolución industrial influyó en todos los órdenes de la vida y la banca no fue una excepción. Todos los procesos bancarios fueron diseñados bajo el esquema industrial, que permitía atender decenas y más tarde - con la incorporación de medios tecnológicos- miles de operaciones en forma simultánea. Bajo ese modelo los bancos del siglo XX han venido desarrollando sus actividades. Eso trajo consigo varios efectos, algunos positivos, como la agilidad en los servicios financieros, pero también varios negativos: por una lado, la deshumanización de la banca, que en la práctica significa que ya no existen banqueros, sino únicamente bancos, esto es, instituciones frías y burocráticas y en las que el cliente no es otra cosa que un número de cuenta y un balance. (sobre esta materia puede consultarse "El Banco Nuestro de Cada Día", edic. FELABAN). Relacionado con esto, se observa un proceso de estandarización de productos y servicios, en detrimento de las necesidades y expectativas de los clientes; las operaciones son hechas en serie, del mismo modo que cualquier producto industrial; los banqueros no se preguntan qué productos quieren sus clientes, sino cómo pueden convencer al público a utilizar o consumir los productos de un "stock" existente, aún cuando

esto no responda a las reales necesidades de cada cliente en particular. Finalmente los procesos bancarios han establecido bajo el principio de la división del trabajo, en donde un buen grupo de trabajadores bancarios tiene un perfil profesional de "obrero bancario", y están condenados a ejecutar tareas simple y rutinarias, sin un mayor aporte intelectual.

La banca ecuatoriana del siglo XXI está enfrentada al reto de reinventar su rol en la sociedad, al igual que lo está haciendo la industria. Hoy se habla mucho de la reingeniería de procesos (Michael Hammer y James Champy, REINGENIERIA, Edit. Norma 1993-1994), como el mecanismo que permitirá revolucionar el modelo industrial y adecuar las empresas a las exigencias de una sociedad mucho más culta que la de finales del siglo pasado y mediados del presente y por tanto más exigente en cuanto a servicios y productos. La banca ecuatoriana debe ingresar con mucha fuerza en la reingeniería de procesos y rescatar de la banca del pasado la función humanizadora de servicio, diseñando procesos y productos hechos a la medida de la necesidades de sus clientes en particular. Por otra parte deberá establecer procesos sencillos, pero trabajos complejos, en donde "los obreros bancarios" sean sustituidos por "trabajadores intelectuales", capaces de resolver con imaginación y creatividad los problemas que demanda una sociedad sofisticada.

Solo así, una nueva Ley que regula al mercado financiero, puede tener esperanza de provocar los cambios profundos que el país exige.

DERECHO PENAL

El autor, Doctor en Jurisprudencia por la PUCE y actualmente Secretario Privado del Procurador General del Estado, explica que hay varias condiciones que hacen al Ecuador, en materia de tráfico de drogas, proclive a no ser ya un mero espectador, sino un protagonista de una trama en la que no es deseable participar. El Ecuador suscribió la Convención de Viena de 1988 sobre el tráfico ilícito de estupefacientes, por lo que encaró el problema desde varias vertientes: la prevención, el control y la sanción, y la represión integral de este flagelo. Sin embargo, una vez promulgada la Ley sobre la materia descubrimos algunas imprecisiones que en forma muy autorizada comenta el autor. El problema de adicción y delincuencia, la carga de la prueba, el órgano de control CONSEP sus expectativas y limitaciones, el origen y la administración de los bienes decomisados son entre algunos los tópicos que trata.

NECESIDAD DE UN CAMBIO EN LA POLÍTICA DE LUCHA CONTRA EL USO INDEBIDO DE DROGAS.

Dr. César Zumárraga Ramírez

Para nadie es desconocido que en los últimos dos decenios el tráfico y consumo indebido de drogas se ha incrementado alarmantemente, a una velocidad sin precedentes en toda la historia de la humanidad. Sus devastadores efectos se han visto en todos los rincones del planeta. Por tal motivo, los gobiernos de todo el mundo, han puesto y ponen cada día mayor empeño en combatir el uso indebido de drogas.

Con el agravante de la ubicación geográfica de nuestro país, que nos hace un eslabón dentro de la cadena internacional del tráfico de drogas provenientes de Bolivia, Perú y Colombia hacia los destinos más importantes de consumo ubicados en Estados Unidos y Europa, no podemos desestimar ni por un momento esta ilícita actividad que, como sabemos, conlleva a una serie de desórdenes que afectan a la sociedad entera y por qué no decirlo, pone en grave riesgo la institucionalidad establecida. Bajo el criterio de que la manzana podrida contagia de su mal a las demás, estamos seriamente

RUPTURA

amenazados de continuar por el camino de los países que nos rodean. Ahora, la situación se vuelve más preocupante, ya que existen datos que indican que el Ecuador ha pasado de ser un país proveedor de sustancias ilícitas.

En el Registro Oficial N° 523 de 17 de septiembre de 1990, se promulgó la Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas vigente, cuyo antecedente principal es la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Drogas, suscrita en la ciudad de Viena en 1988. Con la nueva Ley, se incorporaron novedosos conceptos en la lucha contra el uso indebido de drogas, como consecuencia de una corriente internacional que dio un giro de la política represiva a la política preventiva.

Entre los principales aspectos que podemos destacar como positivos de esta ley cuentan: una ampliación del ámbito de acción del cuerpo normativo, la implementación de normas relativas al blanqueo o lavado de dineros provenientes del narcotráfico, la creación del CONSEP que es un organismo técnico encargado de la unificación de acciones y políticas de prevención y control del uso indebido de drogas, la necesidad insoslayable de impulsar las actividades preventivas como la principal y más efectiva arma para erradicar definitivamente este fenómeno social.

En mi opinión, y con todos los defectos que tiene el mencionado cuerpo legal, creo que con su promulgación obtuvimos un instrumento moderno para el combate del uso indebido de drogas. Si el éxito de esta ley no ha sido el esperado, se debe a una falta de decisión política para aplicar sus preceptos y también a unas cuantas fallas que considero deben reformarse.

Empezaré por el último aspecto. Una de las principales premisas de las que parte la nueva legislación de drogas es la calificación del adicto como un enfermo. Lastimosamente este precepto en la práctica es imposible de aplicarlo. Me explico, el Art. 32 de la Ley sobre Estupefacientes y Psicotrópicas dice: *"Ninguna persona será privada su libertad por el hecho de parecer encontrarse bajo los efectos de sustancias sujetas a fiscalización. Si hubiere sido conducida a un centro de detención, el director o funcionario responsable del mismo deberá enviarla, dentro de las seis horas siguientes a su ingreso, al instituto asistencial correspondiente, con notificación al Tribunal de Menores respectivo, si se tratare de un menor de edad, o de la oficina más*

cercana de la Dirección de Migración, si se tratare de un extranjero.", lo que nos hace pensar inequívocamente, que ningún adicto puede ser tratado como un delincuente sino como un enfermo; pero más adelante, el Art. 64 del mismo cuerpo legal dice: "Quienes sin autorización legal o despacho de receta médica previa, posean o tengan, con su consentimiento expreso o tácito, deducible de una o más circunstancias sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en sus personas, ropas, valijas, muebles, en su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro sitio del que sean propietarios, arrendatarios, tenedores u ocupantes a cualquier título, o que esté bajo su dependencia o control, serán sancionadas con la pena de doce a diez y seis años de reclusión mayor extraordinaria y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales.", con lo que definitivamente evita que un individuo posea lícitamente una determinada cantidad de droga para uso personal y por ende sea tratado como un enfermo. No basta con el atenuante que hace referencia a la dosis personal y se expresa en el Art. 65 de la Ley, pues aún en ese caso se castiga a un enfermo, aunque sea en forma atenuada.

Es por tanto, necesario reformar la ley de tal forma que se determine una cantidad de tolerancia en la posesión de sustancias ilícitas para uso personal; para tal efecto, habrá que considerar el grado de adicción que tenga el individuo.

Dentro de este mismo tema, se hace necesario otra reforma en nuestro Código Penal. El Art. 37 de ese cuerpo normativo señala las situaciones que se puedan dar cuando un individuo comete delitos en estado de embriaguez y los divide de la siguiente manera: la embriaguez que deriva de caso fortuito, caso en el cual el individuo no es imputable por el acto cometido, la embriaguez voluntaria, que no excluye, ni atenúa, ni agrava la responsabilidad, la embriaguez premeditada, que es un agravante; y, la embriaguez habitual que también es un agravante. A continuación el Art. 38 Ibidem, dice: " Las reglas del artículo anterior se observarán, respectivamente, en los casos de intoxicación por sustancias estupefacientes.". Entonces, si partimos del hecho que con la sola excepción de la toxicomanía fortuita completa, se mantiene la imputabilidad para los demás casos en que un adicto cometa un acto tipificado como delito. Por lo tanto, resulta contradictorio que mientras la Ley sobre Estupefacientes y la Convención de Viena consideran al adicto como un enfermo, el Código Penal lo considere imputable. Es imprescindible, reformar en esta parte el Código Penal para armonizarlo con la legislación de drogas, tanto más que en esta materia es

RUPTURA

legislación especial. Se entiende que es condición sine qua nom, que la adicción tenga el carácter de habitual para que el acto cometido por el adicto sea inimputable, pues caso contrario se podría dar lugar a buscar la impunidad a través del consumo premeditado de drogas.

Otro de los aspectos que se incorporó con la nueva Ley Antidrogas es el referente al lavado o blanqueo de dineros provenientes del narcotráfico, aspecto en el cual se han encontrado múltiples inconvenientes desde su promulgación, pues no cabe duda que ha faltado normatividad que regule su investigación. Sería necesario incorporar a la legislación en materia de drogas un procedimiento especial para la investigación de este tipo de delitos, pues hasta ahora no se ha determinado la forma específica cómo procederán las autoridades, lo que ha obstaculizado para conseguir mejores resultados. Estas infracciones tiene la peculiaridad de involucrar a diferentes sectores de la sociedad y el cuerpo del delito no es en la mayoría de las ocasiones identificable, por lo que se requiere de conocimientos técnicos específicos. Incluso con la incorporación en esta Ley de la inversión de la carga de la prueba, por medio de la cual si un individuo es procesado por delito de lavado de dinero proveniente del narcotráfico tendrá que probar la licitud de sus ingresos, es decir, su inocencia, siendo sumamente problemático para la administración de la justicia sancionar o absolver a los sindicados, pues no dispone de los elementos necesarios que demuestren la existencia de la infracción.

De alguna manera se ha tratado de solucionar este problema con la suscripción de un Convenio Interinstitucional entre el Ministerio de Gobierno, la Superintendencia de Bancos y la Procuraduría General del Estado; pero, definitivamente este instrumento no ha sido la solución, pues únicamente trata del lavado de dinero a través del sistema financiero.

Tanto la Ley sobre Estupefacientes y Sicotrópicas como la Convención de Viena, consagran el principio de que el sigilo bancario no puede ser un obstáculo para la investigación de los delitos relacionados con el narcotráfico, pero ésto de ninguna manera significa la pérdida de la fidelidad financiera, pues en este caso se atentaría contra los intereses directos de la colectividad. Es acertada la afirmación del Dr. José García Falconí cuando dice: "Claro está, que de conformidad a nuestro ordenamiento jurídico, los informes que se obtengan deben ser empleados exclusivamente para los efectos de la investigación de delitos cuya realización les competa; y, cualquier información que en

este sentido proporcione un banco o no podrá ser considerado como violación de la reserva bancaria" (1)

El literal g) del Art. 90 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero (Suplemento del Registro Oficial N° 439 de 12 de mayo de 1994) dispone que se exceptúan las normas referentes al secreto bancario, cuando haya una solicitud de investigación canalizada a través del órgano competente, esto es: el Juez, los representantes del Ministerio Público y el Secretario Ejecutivo del CONSEP. A ello, debemos sumar una resolución de la Corte Suprema de Justicia, publicada en el Registro Oficial N° 544 de 27 de julio de 1983, por la que se establece la obligación de las entidades financieras de proporcionar la información requerida por los jueces y tribunales que, por el Ministerio de la Ley, tienen la facultad de dictar providencias atinentes a la investigación de los hechos cuestionados en pleito, de tal modo que estas instituciones no pueden negar a dar información acogiéndose al sigilo bancario.

En mi opinión, a más de un trámite específico para la investigación de estos delitos, sugiero que expresamente conste en la Ley Antidrogas la reserva de todas las actividades prejudiciales, con lo que se evitaría el desprestigio de una entidad financiera o bancaria que, como ya hemos visto en nuestro medio, puede causar su debacle, con los consecuentes perjuicios para sus clientes. Adicionalmente, en la reforma debería constar en cualquier informe investigativo policial conste la participación de miembros de la Superintendencia de Bancos, pues, como dije antes, en estos casos se requieren conocimientos técnicos en materia financiera. Resulta muy complicado, para quienes no estamos de cerca al movimiento financiero o bancario, comprender ciertas operaciones "comunes", y no existe otra forma de asegurar la veracidad y contundencia de un informe investigativo, que la participación de eruditos en su elaboración.

Quiero dejar en claro, que de ninguna manera mis afirmaciones significan que la Ley sobre Estupefacientes debe debilitarse o peor aún complicarse, al contrario, este fenómeno social requiere enfrentarlo sin tregua, por el hecho mismo de sus graves repercusiones; pero no es menos cierto, que las acciones que se adopten deben ser lo más prolijas y cuidadosas, pues sólo de esta forma lograremos efectivos resultados probatorios y evitaremos cataclismos financieros.

¹ GARCIA FALCONI, José, *Lavado o Blanqueo de Dineros Provenientes del Narcotráfico*, Quito, Editorial Figuerroa, 1994, 98 p.

RUPTURA

En nuestro país se calcula en un mil doscientos millones de dólares que se lavan anualmente, de acuerdo a datos proporcionados por el Ab. Franklin Zambrano Llor, Secretario Ejecutivo del CONSEP, y toda esta actividad de hecho no es frenada por la acción policial, precisamente por una falta de coordinación gubernamental de los organismos competentes. Si no unimos empeños para erradicar definitivamente este mal, imaginémonos el poder económico que tiene actualmente y el que puede alcanzar.

Considero importante que la obligación de la entidad financiera investigada y de la Superintendencia de Bancos, a más de ser delimitada, debe contemplar obligaciones adicionales para asegurar la prueba oportuna; por ejemplo, establecer un plazo para presentar la información requerida, pues de otra forma podría dilatarse sin razón y perjudicar los resultados previstos.

Como sabemos otra de las innovaciones de la Ley Antidrogas fue la creación del Consejo Nacional de Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas, CONSEP, que es un organismo técnico, de conformación multistitucional, presidido por el Procurador General del Estado y que tiene a su cargo toda la implementación de políticas y acciones gubernamentales o no gubernamentales, en la prevención y control del uso indebido de drogas. En mi criterio, fueron básicamente dos las razones del legislador al crear el CONSEP: la primera y la más importante fue la de concentrar e impulsar las actividades de prevención del uso indebido de drogas; y, la segunda razón fue dividir el área de represión con las áreas de prevención y control.

De aquí surge la pregunta: ¿ Por qué es necesario dividir las áreas de represión con las de prevención y control?. La respuesta la encontramos en nuestra propia experiencia, ya que el amparo de la Ley de Drogas anterior se creó la DINACTIE, también conocida como DINACONTES, que formaba parte de la Procuraduría General del Estado y que intentó unificar las acciones de lucha contra las drogas, incluyendo la acción represiva. El resultado fue francamente catastrófico, se creó un conflicto de competencia con la Policía Nacional, que en todo momento se opuso a la acción del extinto organismo. Las acciones fueron aisladas y totalmente descoordinadas, lógicamente por el distanciamiento insalvable entre la DINACTIE y la Policía. Fue prácticamente la creación de una policía especial de drogas, dotada incluso de cárceles especiales para narcotraficantes, lo que atentaba contra todo principio de igualdad, mientras que las áreas

POLITICA DE LUCHA CONTRA EL USO INDEBIDO DE DROGAS

preventiva, de control y rehabilitación quedaron en segundo plano. A todo ello, sumaremos el altísimo grado de corrupción que llegó a tener la DINACTIE, pues su protagonismo en el mundo del hampa contagió a la mayoría de sus elementos, que lastimosamente carecían de cualquier tipo de control por parte de las autoridades civiles.

Definitivamente, es necesario una separación de competencias, ya que la Policía (llámese como se llame), por las propias funciones que desempeña, no puede preocuparse del impulso a programas educativos o de reinserción social. El área represiva, que incluye todos los procesos investigativos de la comisión de delitos, debe empeñar todos sus esfuerzos para implementar las técnicas necesarias para encontrar los presuntos responsables, lo que definitivamente no significa que deba estar alejada de la realidad social en la que se desenvuelve y apoyar todas las gestiones de prevención, pero que definitivamente no están dentro de su competencia.

Además, con un organismo autónomo dedicado al control y la prevención, se establece un punto de equilibrio para el tratamiento de casos específicos, pues por más buenas intenciones que tenga la institución policial, creo que nunca aceptarán premisas básicas en la nueva concepción del uso indebido de drogas, como por ejemplo que un adicto es un enfermo.

No es mi intención, en esta ocasión, analizar las áreas de acción del CONSEP, pero si es necesario, como lo veremos más adelante, analizar suscitadamente su accionar en estos pocos años de existencia.

Las principales áreas de acción del CONSEP se resumen en: la prevención, el control y fiscalización de sustancias prohibidas, la medicina legal y la administración (no precisamente el depósito) de bienes incautados por delitos de narcotráfico.

No podemos negar, que en algunas áreas el CONSEP ha cumplido con el mandato legislativo de apoyar los esfuerzos de la lucha contra el uso indebido de drogas. Es indiscutible que en el área de control se ha mejorado muchísimo en la agilidad de la emisión de licencias y permiso para producir y comercializar sustancias prohibidas. Antes, había un malestar generalizado en los sectores industriales, que debían utilizar sustancias prohibidas con fines lícitos, pues el trámite para obtener los permisos requeridos era un verdadero dolor de cabeza porque era sumamente complejo y lento. Ahora, se han eliminado muchos

RUPTURA

requisitos innecesarios y en pocos días se puede obtener la licencia para producir o comercializar sustancias controladas. Sería conveniente que en un futuro se descentralice la facultad de emitir licencias, que ahora está restringida a la ciudad de Quito, de tal forma que las jefaturas zonales y provinciales del CONSEP, también tengan esta atribución.

Hay que admitir, que las acciones emprendidas por la Dirección de Medicina Legal del CONSEP, han sido un valioso aporte a la comunidad. Cabe destacar, que el CONSEP viene realizando, a más de los exámenes médicos legales obligatorios que ordena la Ley Antidroga, exámenes médicos legales en otras áreas del Derecho Penal que no son de su competencia, pero cuya colaboración es imprescindible para la administración de justicia, pues se tratan de servicios gratuitos. Si partimos del hecho, que los informes médicos de profesionales privados son sumamente caros y que el CONSEP presta este servicio a la mayoría de las provincias, nos daremos cuenta del importante apoyo que significa la gestión del organismo.

Pero en otras áreas, el CONSEP no ha llenado ni las más pesimistas expectativas ; tal parece, que se ha deslindado de su razón de ser, la prevención.

Se ha dedicado, casi exclusivamente, a resolver los problemas de administración de un patrimonio que ni siquiera le pertenece. No olvidemos, que al tenor de la actual Ley sobre Estupefacientes, el CONSEP es el destinatario de todos los bienes incautados por delitos de narcotráfico. Pero mientras no haya una sentencia condenatoria ejecutoriada, el CONSEP los administrará provisionalmente y hasta esta fecha ningún Juez ha ordenado la entrega definitiva de ningún bien incautado por este motivo.

Definitivamente el CONSEP no está en capacidad de administrar la cantidad de bienes aprehendidos en las operaciones policíacas e incluso las instituciones públicas que estarían en posibilidad de administrarlos, no los quieren recibir provisionalmente por el lógico temor de que tengan que devolverlos con las respectivas indemnizaciones, en caso de dictarse una sentencia absolutoria. Como dije anteriormente, en la actualidad no existe ni un solo bien entregado definitivamente al CONSEP, todos los que están a su cargo están de manera provisional y a la espera del resultado judicial, que no siempre será el correcto. Sólo para darnos cuenta de la magnitud del problema, cabe decir, que actualmente están a cargo del CONSEP más de 150 casas, aproximadamente 30 haciendas, más de 500 carros y

el personal a nivel nacional para administrar estos bienes es de 15 personas. En caso de dictarse una sentencia absolutoria, el CONSEP tendrá que devolver los bienes incautados y dar cuentas a sus propietarios, con la obligación de indemnizarles, en caso de existir razones para ello.

Pero no es mi intención tildar al CONSEP, que después de todo y en honor a la verdad, ha hecho todo lo que está a su alcance por sus limitados recursos económicos y técnicos. Para lograr los mandatos legislativos del CONSEP, es necesario un incremento en el apoyo presupuestario del Gobierno Nacional al organismo. Los sueldos que actualmente reciben los empleados del CONSEP están muy por debajo de los que ganan los demás empleados públicos; es más, hay casos como el de los médicos legistas, cuyo sueldo es inferior al que por Ley deben percibir los médicos en general, razón por la cual las federaciones y colegios de médicos se oponen a convocar a concurso de merecimientos para el nombramiento de estos funcionarios, como lo ordena la Ley; esta situación conlleva a no poder llenar las vacantes de médicos legistas, que son tan necesarias para las actividades del CONSEP y de la Función Judicial, como lo habíamos anotado anteriormente. Se debe planificar que los recursos que se obtenga el CONSEP no solo rijan en la asignación presupuestaria fiscal, sino en otras fuentes como el cobro de multas, beneficios por administración de bienes incautados, cobro por depósitos de bienes incautados, etc., que sean una alternativa económica para el organismo en estos tiempos de tanta austeridad.

La verdadera causa de la situación del CONSEP y en general de la lucha contra el uso indebido de drogas en el país, es definitivamente la inadecuada política de aplicación de las leyes que existe en esta materia.

Prevenir es la tarea más importante en la lucha contra el uso indebido de drogas. Si los gobiernos hubieran dado el protagonismo que merece el área preventiva, tal vez hoy no sufriríamos los estragos de este angustiante problema. La prevención ataca al origen del problema y no a sus consecuencias, por lo tanto, si de verdad queremos erradicar el mal, debemos programar actividades preventivas realmente agresivas, que se inicien en la familia y la escuela, pero que involucren a todos los miembros de esta sociedad. El deber de prevención es de todos y el primer paso para ello es el ejemplo que transmitimos a los más jóvenes. Una educación global, que vaya más allá de la información de conocimientos científicos y abarque elementales normas del convivir

RUPTURA

humano, será indiscutiblemente un valioso aporte para la lucha contra el uso indebido de drogas. Prevenir es la única actividad que nos hará conocer las causas y efectos del problema y nos preocupará por su evolución y crecimiento. Adicionalmente, con la prevención lograremos comprender el verdadero significado del uso indebido de drogas y con ello desvirtuar la concepción de su normalidad o poca peligrosidad, que existe en las sociedades modernas. Cada día, en los países más desarrollados, se pierde la idea de que el consumo de drogas es una práctica dañina o ilícita. Si ahora no prevenimos y creamos una conciencia del problema, mañana pagaremos este descuido en nuestros hijos, quienes estarán destinados a caer de una u otra forma en este marasmo.

Lo que ha sucedido en países como los Estados Unidos, que pese a todos los esfuerzos de combate al uso indebido de drogas, no ha logrado disminuir, pero aún erradicar el problema, nos lleva a concluir que la política represiva definitivamente ha fracasado. Toda la comunidad internacional ha comprendido, y esto se ve plasmado en las convenciones internacionales sobre esta materia, que la única solución al problema del uso indebido de drogas es el impulso del área preventiva. Hoy, todos los estados que sufren en una considerable proporción este fenómeno, se hallan modernizando sus legislaciones y adecuando los mecanismos necesarios para aplicar los preceptos preventivos.

En nuestro caso, tenemos una legislación que otorga un papel protagónico a la prevención, pero definitivamente falta decisión política de aplicarla. Es imprescindible, cambiar el discurso político en esta materia. En vez de preocuparnos tanto por los efectos causados por este fenómeno, como por ejemplo el destino de los bienes comisados, preocupémonos más por incentivar una campaña preventiva integral. Urge un cambio radical en la política de lucha contra el uso indebido de drogas. Sin desmerecer el área represiva, la prioridad en todo caso siempre tendrá la prevención integral, que abarcará todas las acciones que eviten que el individuo incurra en este problema y también logre sacar a quienes ya han incurrido.

El Gobierno, está en la obligación de prestar todo su apoyo para que el CONSEP cumpla con la labor encomendada por el legislador, caso contrario corre el serio riesgo de constituirse en una carga burocrática inútil; y lo que es peor, con el grave peligro de ser atrapado por la corrupción que significaría un gran fracaso para todos y que sólo podría ser remediado con la desaparición del organismo.

CONSULTORIOS JURIDICOS
GRATUITOS - P.U.C.E
Nilton G. Castillo
COORDINADOR GENERAL

DERECHO PROCESAL

El autor, Secretario Fundador y ex Profesor de la PUCE, en forma ordenada responde ciertas interrogantes sobre la competencia y validez de la práctica de una inspección judicial en los Estados Unidos por parte de un juez ecuatoriano. La norma invocada por uno de los litigantes para fundamentar el pedido de tal diligencia, es amplia en la facultad que le concede al juez, pero no puede ser aplicada de manera aislada, sino con un sentido estricto de vigencia e imperio en un territorio determinado, que el autor finalmente advierte: La República del Ecuador. Efectuar la mencionada diligencia involucra en el proceso una prueba indebidamente actuada con sus repercusiones y efectos. El tema de fondo busca la comprensión cabal de la norma en juego. A tal efecto, el jurista discurre con gran técnica el sentido de una disposición legal que debe ser entendida en la lógica del derecho.

¿TIENE COMPETENCIA UN JUEZ DEL TRABAJO PARA INSPECCIONAR EN EE.UU. LA CONTABILIDAD DE UNO DE LOS LITIGANTES?

Dr. Víctor Hugo Bayas Valle

I. COMPETENCIA DE UN JUEZ DEL TRABAJO.

1. Según el Art. 73 de la LOFJ, el juez del trabajo tiene jurisdicción territorial en la provincia que determine la Corte Suprema de Justicia; por consiguiente, el juez del trabajo debe tramitar la causa en la sede territorial donde ejerza sus funciones, en dicha sede deben recibirse todas las pruebas que le soliciten las partes; sin embargo, la misma ley prevé, que si hay diligencias que deban practicarse fuera del territorio del juez de la causa, esas diligencias se llevarán a cabo mediante la remisión del deprecatorio pertinente; así por ejemplo, si los testigos residen fuera del territorio, los Arts. 232 y 233 del Código de Procedimiento Civil facilitan la prueba mediante la remisión del deprecatorio pertinente; así mismo, el Art. 204 de la LOFJ establece idéntico procedimiento mediante el siguiente mandato: "Cuando

RUPTURA

deban practicarse diligencias judiciales fuera del lugar del Tribunal o Sala, podrán éstos deprecar o comisionar a tribunales o jueces, o a cualquier abogado, para que las practique. Igual facultad tendrá en su caso el Presidente del Tribunal..."

Conforme a los principios citados, generalmente se tramitan las pruebas en la sede territorial del juez, pues, la competencia, de acuerdo al Art. 1 del Código de Procedimiento Civil está distribuida entre los diversos tribunales y juzgados, por razón del **territorio**, de las cosas, de las personas y de los grados. Por supuesto, excepcionalmente, las pruebas se reciben fuera del territorio, mediante deprecatorio que se enviará al juez deprecado o comisionado.

2. No obstante lo dicho en el literal precedente, los reconocimientos e inspecciones pueden practicarse por el juez de la causa, fuera del territorio donde ejerce sus funciones. El Art. 181 de la LOFJ confirma lo dicho mediante el siguiente ordenamiento: "Los tribunales y juzgados podrán efectuar reconocimientos o inspecciones en lugares donde no ejerzan jurisdicción, cuando consideren que esas diligencias son necesarias para verificar la verdad". A la luz del principio legal que se invoca, un juez de Quito, podría personalmente trasladarse a cualquier otro lugar del territorio nacional donde no ejerza jurisdicción, y la prueba estaría debidamente actuada.

3. Para una mejor comprensión del Art. 181 de la LOFJ, bueno será considerar, que dicha norma sólo puede aplicarse en cualquier lugar donde el juez no ejerza jurisdicción, siempre que ese lugar sea uno de los que están comprendidos dentro de las fronteras del territorio nacional. La razón es clara, uno de los límites del imperio de la ley es el territorio, por ello, certeramente dicen los profesores Alessandri y Somarriva: ⁽¹⁾ "cada Estado sólo puede dictar leyes y hacerlas cumplir dentro de las fronteras de su propio territorio; ninguno puede pretender que sus normas jurídicas sean respetadas más allá de los confines territoriales." Otros autores confirman el pensamiento que antes se expresa; así, Jiménez Asenjo ⁽²⁾ asegura lo siguiente: "la ley constituye la expresión real del poder soberano de un Estado y por tanto participa de sus propios caracteres, ya que nadie puede dar lo que no tiene, y por consiguiente, el alcance material o real de la ley no puede extenderse más allá de donde llegue la soberanía del Estado que la promulgó. Así

1. Curso de Derecho Civil, T.I. p.300. Nº 396

2. Derecho Procesal Penal, T. I. p. 42 d.

pues, al hablar de la extensión de la ley en el espacio, significa o equivale a hablar de la extensión de la soberanía estatal o nacional, ya que aquélla acompaña a ésta como la sombra al cuerpo de modo inseparable y permanente." Por su parte, Peñaherrera ⁽³⁾ declara: "Es imposible que un juez o funcionario cualquiera pueda despachar todos los asuntos que ocurren en la Nación. Por pequeña que ésta sea, la división de su territorio es indispensable para la organización de los Poderes y el ejercicio de las funciones públicas; y, dividido el territorio, cada funcionario local debe ejercer sus atribuciones únicamente dentro de su respectiva circunscripción, y en ella han de ventilarse los asuntos concernientes a la misma.

Aplicado el principio al Poder Judicial, constituye la distribución de la jurisdicción por el territorio; y produce dos consecuencias: 1. Que ningún Juez puede ejercer jurisdicción fuera de su territorio; 2. Que cada cuestión judicial se ha de ventilar en el juzgado territorial a que corresponda".

4. Las esclarecidas opiniones antes citadas, no dejan la menor duda respecto del imperio de la ley en el espacio nacional; por ello, cada funcionario debe ejercer sus atribuciones únicamente en la circunscripción territorial que le compete; sin embargo, según el Art. 181 de la LOFJ, el juez amplía la órbita de sus atribuciones a otros lugares donde no ejerce jurisdicción, siempre que esto acontezca dentro del territorio nacional; de este modo, congruentemente, el límite que tiene la ley en el espacio se adecua al alcance que el legislador da al Art. 181, que no puede ser otro que la vigencia de la norma en el territorio patrio.

II. RECEPCIÓN DE PRUEBAS EN EL EXTRANJERO.

5. Para que los litigantes puedan obtener las evidencias que hay que recogerlas en el extranjero, un conjunto de normas determina, con la mayor claridad, que es necesario enviar el correspondiente exhorto, deprecatorio o rogatoria, tal como lo acreditan las disposiciones que se transcriben:

a. En el cumplimiento de sus atribuciones, los funcionarios consulares intervendrán en especial en aquéllos actos que deban surtir efectos en el Ecuador, sean ecuatorianos o extranjeros los interesados en dichos actos. Con tal propósito, intervendrán los funcionarios consulares en los

3. Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal; T.I, p. 70, Nº 23.

RUPTURA

siguientes asuntos autorizándoles debidamente: c) en el cumplimiento de las **comisiones** que, de conformidad con la ley, les sean encomendadas por los tribunales y jueces de la República."⁽⁴⁾

b. "Los Funcionarios Consulares están facultados para tramitar los **exhortos** o **cartas rogatorias** que, por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores, los libren los tribunales o jueces de la República para que sean cumplidos por autoridades judiciales extranjeras."⁽⁵⁾

c. "Además de las funciones determinadas en la Ley Orgánica del Servicio Exterior son atribuciones y deberes de los funcionarios consulares: dar trámite, de acuerdo con la Ley, los Tratados o la práctica internacional a los **documentos judiciales** que les sean enviados."⁽⁶⁾

ch. "Las funciones consulares consistirán en comunicar decisiones judiciales y extrajudiciales y diligenciar **comisiones rogatorias** de conformidad con los acuerdos internacionales en vigor, y, a falta de los mismos, de manera que sea compatible con las leyes y reglamentos del Estado receptor."⁽⁷⁾

d. Toda diligencia judicial que un Estado contratante necesita practicar en otro, se efectuará mediante **exhorto** o **comisión rogatoria** cursado por vía diplomática. Sin embargo, los Estados contratantes podrán pactar o aceptar entre sí, en materia civil o criminal, cualquiera otra forma de transmisión."⁽⁸⁾

e. "Los **exhortos** o **cartas rogatorias** podrán ser transmitidos al órgano requerido por las propias partes interesadas, por vía judicial, por intermedio de los funcionarios consulares o agentes diplomáticos la autoridad central del Estado requirente o requerido según el caso."⁽⁹⁾

f. Los textos que se transcriben en el numeral precedente, fehacientemente demuestran, que las diligencias que deban practicarse fuera del territorio nacional, deben tramitarse a través del exhorto, deprecatorio o carta rogatoria, que deberán enviarse por la vía

4. Art. 64 literal c) de la Ley de Servicio Exterior.

5. Art. 37 del Reglamento de la Ley de Derechos Consulares. Ac. 188, R.O. 103 de 8 de junio de 1976.

6. Art. 2, f) del Reglamento de Oficinas Consulares. R.O. 457 de 15 de marzo de 1965.

7. Art. 5, j) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. R.O. 472 de 5 de abril de 1965.

8. Art. 388 del Código Sánchez de Bustamante. Ver también Arts. 389-393.

9. Convención Interamericana de Panamá. R.O. 865 de 12 de agosto de 1975.

diplomática a los cónsules ecuatorianos, o a los órganos judiciales extranjeros. El deprecatorio es pues el instrumento idóneo que hay que utilizar para recibir pruebas fuera del territorio nacional; mediante el uso de ese instrumento, cada Estado respeta la soberanía de los demás Estados; por cierto, hay que añadir, que los exhortos a los que se refieren las normas provenientes de pactos internacionales, sólo pueden aplicarse entre los Estados que hubiesen firmado y ratificado las convenciones que se refieren a la materia.

III. EVALUACIÓN DE LA PRUEBA QUE SE PRACTIQUE EN EL EXTRANJERO.

7. Los jueces tienen la obligación de evaluar la prueba en el momento en que expidan la sentencia o el auto que corresponda; en ese momento, el juez debe referirse a la admisibilidad de la prueba que se practicó en la ciudad de Houston, de los EE.UU.; por consiguiente, el juez tiene que examinar si dicha prueba se practicó de acuerdo con la ley, porque, según el Art. 121 del Código de Procedimiento Civil, "sólo la prueba debidamente actuada esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado **de acuerdo a la ley**, hace fe en juicio". Ahora bien, al decidir lo relativo a la legalidad de la prueba que se recibió en los EE.UU., necesariamente el juez tendrá que exponer su criterio fundándose en la ley y en los méritos del proceso, puesto que así lo exige el Art. 278 del Código de Procedimiento Civil.

8. Por las razones que se expresan en el párrafo 1, el Art. 181 de la LOFJ no puede aplicarse sino en el territorio nacional; por tanto, si el Juez del Trabajo ejerció jurisdicción en territorio extranjero, esa prueba está indebidamente actuada, puesto que el Juez no tiene competencia para recibir pruebas en el extranjero; consecuentemente, la prueba no hace fe en juicio y los datos recogidos en la inspección que se practicó en los EE.UU. no sirven para fundamentar el fallo, que sólo tiene que fundarse en la ley que impera dentro de las fronteras patrias.

IV. CONCLUSIONES:

1a. El Art. 181 de la LOFJ no puede regir en territorio extranjero, pues, el imperio de la ley en el espacio sólo se aplica dentro del territorio nacional.

2a. Si el juez se funda en el Art. 181 de la LOFJ y se traslada al extranjero para examinar los libros de contabilidad de uno de los litigantes, esa

RUPTURA

prueba es indebidamente actuada y no hace fe en juicio, porque, el Art. 181, no le otorga al juez, competencia alguna, para ejercer sus funciones fuera de las fronteras patrias.

3a. Luego que se practique la prueba en el extranjero, de inmediato hay que impugnarla ante el juez de 1a. instancia; posteriormente hay que hacerlo ante el órgano superior, para que se deseche la prueba.

El presente dictamen se sujeta a cualquier opinión que examine con más acierto el tema que se propone.

Quito, 30 de Agosto de 1994.

Víctor Hugo Bayas Valle

DERECHO TRIBUTARIO

En un esquema comparativo con la legislación mexicana y otras de Latinoamérica y España, El Autor desarrolla el marco de derechos y obligaciones mutuos que se establecen entre el contribuyente y la Administración Tributaria, a raíz de la determinación y recaudación de los tributos. Desde el punto de vista jurídico es interesante conocer y comprender la esencia de esta relación, más aún al observar un amplio panorama de legislación sobre el tema tratado. Este pequeño curso es una buena fuente de consulta para los lectores que conozcan del tema, y importante información para aquellos que quieran comprender una parte esencial del Derecho Tributario. El Autor fue Decano y Profesor de nuestra Facultad.

LA RELACIÓN JURÍDICO TRIBUTARIA

Dr. José Vicente Troya Jaramillo

1.- NATURALEZA Y CONTENIDO.-

La relación jurídico-tributaria, es un modo de explicar al conjunto de mutuos derechos y obligaciones que surgen entre la administración y los contribuyentes, con ocasión de la determinación y recaudación de los tributos. Es una relación compleja que incluye dentro de sí, lo que se conoce como la obligación tributaria principal o sustantiva y otras de carácter formal. Las administraciones federal, estatal, municipal y otras de carácter descentralizado en México y, las administraciones tributarias central, seccional y de excepción en el Ecuador, tienen dos grandes cometidos en el orden tributario, determinar y liquidar las contribuciones y luego recaudarlas.

La relación jurídico-tributaria comprende un nexo principal y otros menores que vinculan a la administración y a los contribuyentes. Sin embargo en mérito de las potestades de la administración mencionadas, y para su cabal realización y cumplimiento, existen deberes de terceros, funcionarios públicos o administrados particulares,

quienes siendo intrínsecamente ajenos a la relación, deben observar determinadas conductas previstas en las normas.

En la relación jurídico-tributaria, no siempre la administración es la parte acreedora y el contribuyente la parte deudora. Ello por su complejidad que supone mutuos deberes y derechos. Lo que sí es verdad, es que, en la obligación tributaria principal, centro de gravitación de la relación jurídico-tributaria, la parte acreedora es siempre la administración y el contribuyente la parte deudora.

Las otras obligaciones, las formales, definen el entorno global de la relación jurídico tributaria. Existen con un sentido instrumental con referencia a la principal, a pesar de lo cual gozan de autonomía. Así lo sostiene el profesor de la Garza cuando expresa: "Las relaciones tributaria formales pueden existir independientemente de la relación tributaria principal o existir sin aquella" (1). El párrafo tercero del Art. 31 del CFF trae un caso al respecto. Dice la norma: "Artículo 31. Los contribuyentes que tengan obligación de presentar declaraciones periódicas de conformidad con las leyes fiscales respectivas, las seguirán presentando aún cuando no haya pago que efectuar, en tanto no presenten los avisos que correspondan para efectos del registro federal de contribuyentes".

Abona la tesis en cuestión, los efectos singulares que se produce por su incumplimiento. Por no pagar oportunamente la contribución se causan recargos e intereses, por el incumplimiento en las obligaciones formales, multas. En el Ecuador, así deben entenderse los deberes formales, multas. En el Ecuador, así deben entenderse los deberes formales del Art. 46 del Código Tributario.

Forma parte de la relación jurídico-tributaria la obligación de la administración de devolver al contribuyente lo que éste hubiese pagado indebidamente. Esta obligación, por su contenido, no puede ser calificada de formal. Es también principal o sustantiva, con la singularidad que en este caso, la administración es la parte deudora y el contribuyente la parte acreedora. La devolución acaece luego del pago, por no haber nacido la obligación principal a cargo del contribuyente, o por haber nacido en menor medida que la exigida.

Entre la relación jurídico-tributaria y la obligación tributaria existe la diferencia del todo a la parte. El autor Margain Manautou, denota la diferencia y manifiesta: "Definición.- Con base a las ideas expuestas, la relación jurídica tributaria la constituyen el conjunto de obligaciones

que se deben el sujeto pasivo y el sujeto activo y se extinguen al cesar el primero en las actividades reguladas por la ley tributaria.

Por obligación jurídica tributaria debe entenderse la cantidad debida por el sujeto pasivo al sujeto activo, cuyo pago extingue a dicha obligación" (2). La relación jurídico-tributaria comporta la explicación global de las potestades y deberes de la administración, la obligación tributaria únicamente la referente a la prestación de dar la contribución. La obligación tributaria y la de devolución de lo indebidamente pagado, nacen directa y exclusivamente de la ley. Las obligaciones formales nacen también de la ley, mas, en ciertos casos, pueden originarse en actos administrativos expedidos en base de ley.

Los denominados terceros, funcionarios públicos o particulares, pueden estar sujetos al cumplimiento de determinados deberes, necesarios para el surgimiento de la obligación tributaria, así como para su cumplimiento, los cuales tienen un carácter instrumental, similar al de las obligaciones formales. Al caso conciernen los Arts. 98 y 100 del Código Tributario. Las obligaciones formales son de los sujetos pasivos, los deberes, de terceros extraños a la relación jurídico-tributaria.

2.- LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA.-

La obligación tributaria sustantiva o principal es la que da origen al crédito tributario de la administración y le permite ejercitar una pretensión concreta de cobro al contribuyente. Es una típica obligación de dar.

Por su cumplimiento se produce la disminución del patrimonio del contribuyente y el acrecimiento del que corresponde a la administración. La dación con la que se cumple el pago de la obligación es definitiva e irrecuperable. En esto se diferencia de otras daciones, cual sucede en los depósitos previos a la importación de mercaderías, establecidos con fines estrictamente monetarios, los que han de devolverse al depositantes, caso en el cual, de no reconocerse el pago de intereses en beneficio del importados, el monto de ellos constituirá un decremento patrimonial del contribuyente, y si no en el orden jurídico-formal, al menos en el económico, se producirían los efectos de un verdadero impuesto. Por razones análogas la obligación tributaria, se diferencia del depósito para garantizar el interés fiscal referido en la fracción I del Art. 141 del CFF y del 263 No.1 del Código Tributario.

RUPTURA

La obligación tributaria es de dar dinero o especies, comúnmente ocurre lo primero, y sólo excepcionalmente, cuando la Ley lo permite de modo expreso, se da el pago en especie. Es también pago en dinero el que se efectúa mediante giros bancarios, telegráficos, cheques personales u otros medios semejantes. La obligación tributaria es de derecho y no de poder (3). Ello significa, que al originarse en la ley, las partes, acreedoras, la administración y deudora el contribuyente, se encuentran en pie de igualdad. La relación de poder se da entre la Federación y los Estados con los administrados, en cuanto los primeros, tienen la potestad de crear, suprimir y modificar las contribuciones y fijar sus elementos esenciales, actividad derivada de la soberanía y demostración del imperium. Tal cosa no ocurre cuando los entes públicos determinan y recaudan tributos. La potestad tributaria o de creación es propia de la Federación y de los Estados, que la ejercitan a través de sus Organismos Legislativos y excepcionalmente por el Presidente de la República, en tanto que la potestad para determinar y recaudar tributos, es de dichos Organismos, y también de los Municipios y de las Entidades descentralizadas. En Ecuador, país unitario, la potestad tributaria la ostenta únicamente el Estado a través del Legislativo; la de imposición las mencionadas administraciones.

La obligación tributaria, en cuanto a su desenvolvimiento es similar a la del derecho común. De no existir disposiciones expresas en la legislación fiscal, se deben aplicar las del derecho común según lo prevé el párrafo segundo del Artículo 5 del CFF, y el Artículo 13 del Código Tributario.

La obligación tributaria es una obligación ex-lege, es decir gobernada por la ley, en la cual encuentra su fuente. Este tributo no es exclusivo de la obligación tributaria, pues, la ley es también fuente de otras obligaciones.

La obligación tributaria es un vínculo jurídico personal que ocurre entre dos partes concretas y conocibles, la administración acreedora y el contribuyente deudor, que da lugar a un derecho de crédito y a la correspondiente acción de cobro. La obligación tributaria no es un derecho real u objetivo, como aquel que se tiene respecto de un bien, oponible a cualquier persona. En algunos casos, determinados bienes se encuentran especialmente comprometidos o afectados al cumplimiento de la obligación. Ello ocurre en materia aduanera, al impedirse el retiro de las mercaderías, hasta tanto se efectúe el pago de los impuestos. Así lo manda el Artículo 45 de la Ley Aduanera y en el Ecuador, el Art. 56 de la Ley Orgánica de Aduanas. En este supuesto la

obligación tributaria, no deja de ser un vínculo jurídico de carácter personal que tiene la singularidad de estar respaldado con determinados bienes.

Como en la obligación del derecho común, en la tributaria, para su cumplimiento, queda comprometido el patrimonio del contribuyente, siendo ésta una consecuencia importante, de que se la conceptúe como un vínculo jurídico personal. La administración, salvo los bienes inembargables, podrá hacer efectivo su crédito, en cualesquiera clase de bienes del contribuyente. El Artículo 26, fracción IV del CFF establece un límite a la responsabilidad de los adquirentes de negociaciones, que está dado por el valor de las mismas. Este es un caso de excepción, pues, en principio el deudor responde ilimitadamente con su patrimonio para el cumplimiento total de lo debido. En el Ecuador similar limitación se encuentra en el Art. 27 numeral 2 del Código Tributario y en el Art. 419 de la Ley de Régimen Municipal.

La obligación tributaria es de dar la prestación principal. Este es su contenido esencial y mínimo para existir y configurarse. Hay casos en los cuales con ello no se agota su contenido y surgen otras obligaciones subordinadas a la principal.

El Artículo 21 del CFF manda pagar "recargos" para el caso de mora. El recargo es un interés acrecido en su tipo, que ha de calcularse en los términos de la citada disposición. La enérgica tasa del 50% sobre el tipo de interés fijado anualmente por el Congreso de la Unión, debe tenerse como indemnizatoria. El pago de interés tiene ese carácter, al considerar que el mismo es el costo financiero del capital.

En economías inflacionarias, es necesario desestimar posibles conductas retentivas de los particulares, quienes hacen cálculos financieros, y a riesgo de pagar adicionales, prefieren invertir privadamente, antes que prontamente entregar los dineros que deben por contribuciones. Podría sustentarse que los recargos, por lo elevados, tienen naturaleza sancionatoria y no simplemente resarcitoria. Tal tesis estaría avalada, además, en el hecho de que el citado Artículo 21 establece un tope a los recargos, en los órdenes del 250% y 100%, lo que en un momento determinado les sitúa en una magnitud fija. Se esfumaría entonces una distinción entre la prestación y los recargos, consistente en que la primera es fija y los segundos variables por el tracto sucesivo.

RUPTURA

La Ley 06, que reformó el Art. 20 del Código Tributario prevé que los intereses de mora tributaria los fijará la Junta Monetaria, intereses que no podrán ser inferiores a los de libre contratación. La Ley 56, en los Arts. 97 y 102 prevé recargos de multas y en el 112, recargo de intereses.

Otra obligación vinculada con la prestación principal, es la de pagar intereses cuando las autoridades fiscales conceden plazo para el pago, que se deben sobre la parte insoluta de la obligación, aplicándose entonces, la tasa que fija el Congreso de la Unión al tenor del Artículo 66 del CFF.

La expresión "podrá" que emplea la norma, nos muestra que se trata del ejercicio de una facultad discrecional de la administración, lo que siendo excepcional en el ámbito tributario es al propio tiempo lógico, pues, no cabría suponer la existencia de un derecho del contribuyente a pagar a plazo las contribuciones. En este caso no basta, para el nacimiento de la obligación del pago de intereses, la existencia de la obligación tributaria principal, sino que además se requiere, por parte de la administración, la producción de un acto de prórroga. En el Ecuador no existe un caso similar. En caso de facilidades de pago se deben satisfacer los intereses de mora del Art. 20 del Código Tributario.

Es igualmente conexas con la obligación tributaria principal, la de pagar los gastos de notificación y ejecución mencionados en los Artículos 137 y 150 del CFF y en los Artículos 72, 73 y 74 del Reglamento. De la misma manera, que en el caso de los intereses por prórroga de plazo, es necesario que la administración, expida un acto administrativo, que determine el monto de, lo que se debe pagar. En el Ecuador se producen costos de recaudación únicamente cuando existe coactiva, según el Art. 211 del Código Tributario. No se ocasiona pago alguno por la simple notificación de los actos administrativos.

3.- ELEMENTOS DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA.-

La obligación tributaria principal o sustantiva supone la existencia de algunos elementos. En primer término esta se suscita entre dos partes una acreedora que es la administración o sujeto activo y otra deudora, que es el contribuyente o sujeto pasivo. Este elemento se denomina subjetivo.

El sujeto pasivo para ser tal, debe encontrarse respecto de la materia imponible en la determinada situación prevista por la norma.

Los criterios seguidos por el legislador para fijar materias imponibles, deberían referirse a manifestaciones de riqueza de los contribuyentes en este sentido se suele gravar la renta, los bienes, los capitales, los actos producción, los actos de consumo, los actos de comercio, la prestación de servicios, los acrecimientos patrimoniales gratuitos, el otorgamiento de gastos y contratos, el beneficio que reporta para determinados contribuyentes la realización de una obra pública, según ocurre en las contribuciones especiales, el goce del servicio público divisible, según acontece en los derechos o tasas.

Cabe teóricamente que el legislador tome en cuenta como materias imponibles, otros criterios que no constituyen manifestación de riqueza y en último término, de capacidad contributiva, lo que es antitécnico y va contra la equidad en la tributación. Índices como la religión, la raza, el sexo, la edad, son inadecuados e injustos. Cabe similar observación respecto de los gravámenes testáticos o de capitación, en los que se ha cobrado contribuciones a las personas, por su sola calidad de tales.

La materia imponible ha de ser valuada, esto es cifrada, para que la determinación y liquidación tributarias puedan referirse a magnitudes concretas.

La materia imponible puede estar exenta de tributos en todo o en parte. Determinadas manifestaciones de riqueza de los particulares no son objeto de imposición, caso que no se lo debe confundir con la exención, pues en el primer supuesto no puede ni siquiera surgir la obligación tributaria, en tanto, que en el segundo supuesto sí, mas, la correspondiente prestación no es exigible, por surtir efecto la dispensa legal del pago del tributo, que es lo que se produce con la exención. Otra forma de explicar la exención, es afirmar que su efecto propio, es el de impedir que pueda surgir la obligación, pese a que la materia imponible sí es objeto del gravamen.

La materia imponible valuada puede estar sujeta a depuración, o sea a la aplicación de deducciones que hacen disminuir su monto. Esto ocurre en los impuestos directos como la renta, en donde se diferencia el ingreso bruto, o sea aquel aún no depurado, y el neto, el que sí lo está.

La deducción puede tener carácter objetivo, referida por tanto a la materia imponible, o ser de índole subjetiva, inherentes a la persona del contribuyente. Ejemplo de las primeras es la aplicación, en el impuesto a la renta, de los costos y gastos incurridos en la actividad empresarial;

RUPTURA

de las segundas, la deducción del total de ingresos percibidos por las personas físicas, el salario mínimo de la zona económica del contribuyente elevado al año. Las deducciones personales propiamente rebajas, miran la condición personal del contribuyente. Se aplicaban en la Ley de Impuesto a la Renta de 1964, hasta el ejercicio 1989.

La materia imponible valuada y depurada constituye la base imponible o base gravable, magnitud apta para que se le aplique, la cuota o tarifa prevista, lo que da el resultado deseado, la cantidad a pagar.

La cuota o tarifa es la medida del gravamen que deberá sufrir el contribuyente o que lo trasladará a un tercero. La cuota puede ser fija, proporcional o progresiva. En la cuota fija, establecida la materia gravable, se aplica una cuota invariable y uniforme, por lo que pierde importancia la valuación de la primera. En la tarifa proporcional, se aplica una cuota porcentual inmutable, la que calculada sobre la base imponible, hace que el resultado varíe de acuerdo a su magnitud.

Es el caso del IVA con sus cuotas diferenciadas del 6%, 15% y 20%. En el Ecuador es del 10%. En la tarifa progresiva, la cuota porcentual varía, conforme cambia la magnitud de la materia imponible. Tal el caso del impuesto sobre la renta.

Los elementos de la obligación tributaria quedan enunciados, mas, su estudio particularizado queda pendiente para los siguientes ítems. Un problema interesante de la obligación tributaria, es el de causa. Para su estudio, es necesario precisar los términos en que se lo plantea. El alcance que se dé al término causa, tiene gran importancia. Si se tiene por causa el fundamento para contribuciones, no se afronta la cuestión respecto de la obligación tributaria, concebida como un vínculo jurídico personal, que da origen al cumplimiento de una determinada prestación.

Podemos por lo tanto hablar de una causa general para el cobro de contribuciones, y de una causa particular que involucra a una determinada obligación tributaria. Lo segundo es propio de esta reflexión.

Tampoco se da al término causa, la significación de origen o generación del pago del tributo. En este sentido, causa o causamiento, equivale a nacimiento y exigibilidad, tema que será tratado posteriormente.

Por su complejidad, no es apropiado hablar de la causa de la relación jurídica-tributaria, según enuncia Beltrán Florez. La causa, en caso, en

caso de existir, sería atribuirle a la obligación tributaria principal o a las de carácter formal (4).

El tratadista Perulles Bassas (5), dice que a menester distinguir entre la causa de las obligaciones y la causa de los contratos. Sostiene que en el Código Civil, se refiere al de España, se legisla sobre la causa de los contratos, mas, no sobre la de las obligaciones. Ello permitiría concluir que el problema de la causa no es propio de la materia tributaria, en la que las obligaciones dimanen de la Ley y no del contrato.

Aún en el derecho privado, el problema de la causa ha sido objeto de vivas discusiones y los autores se han dividido en causalistas y anticausalistas. Se ha entendido que la causa de los contratos sinalagmáticos se la encuentra en las obligaciones recíprocas, como en la compra-venta las de entregar la cosa y pagar el precio; en los contratos reales la entrega de la cosa; y, en los gratuitos la pura libertad. La causa de la obligación tributaria la encontraríamos en la ley, en donde encuentra su origen, pero, esta sería de carácter general, aplicable indistintamente a todas ellas, sin relevancia singular. Bastaría, entonces, sin acudir a una construcción innecesaria, afirmar que una contribución que no ha sido establecida por ley, no tiene existencia, y por consecuencia, tampoco la obligación tributaria respectiva. Si se sostiene, que la causa no es otra cosa que la contraprestación por los servicios públicos generales y divisibles, y, en las contribuciones especiales, por el beneficio particular que genera el servicio público a determinados particulares, se está haciendo referencia al fundamento general de cada uno de estos tipos de contribuciones, que define las características de cada una de ellas, pero no necesariamente a la causa de las obligaciones tributarias. Sin embargo de ello, donde podría tener mayor connotación la causa, es en las contribuciones especiales y en los derechos o tasas y no en los impuestos.

Efectivamente, si bien es cierto, que estos últimos son prestaciones coactivas que satisfacen los contribuyentes, por encontrarse comprendidos en el caso previsto por lo normal legal, con cuyo producto se financian los servicios y obras públicas de carácter general, mal cabría que su exigibilidad se enerve, en cada caso particular, que es el de la obligación tributaria, por demostrarse, - lo que habría de lograrse posteriormente -, que su importe no sirvió para el financiamiento de tales obras y servicios. En tratándose de las contribuciones especiales, su fundamento se encuentra en el beneficio que obtiene el contribuyente, según queda expuesto. Allí si cabría

RUPTURA

asegurar, que la causa de la prestación del contribuyente, es el beneficio, y que la obligación respectiva no sería exigible de no aparecer éste. En los derechos o tasas de modo similar, la causa de la prestación radicaría en la obtención y disfrute del servicio.

También se relaciona la causa con la capacidad contributiva. Este aspecto de carácter general, debe ser criterio del legislador, para ejercitar su potestad tributaria o de creación de tributos. La manifestación de riqueza es índice de capacidad contributiva, que sirve para configurar el caso impositivo en la norma, supuesto general que se concretiza en cada caso particular. La capacidad contributiva es el fundamento de la imposición y no su causa, por lo que al menos, desde este ángulo cabría que se torna innecesario referirse a la causa.

4.- EL SUJETO ACTIVO DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA.-

El sujeto activo de la obligación tributaria es el ente acreedor del tributo. Así lo considera el Modelo y otros textos como el Código Tributario del Uruguay, el de Bolivia y el de Ecuador. No siempre la Ley tiene definiciones como ésta. El sujeto activo es el titular del derecho de crédito, quien por tanto, puede legítimamente ejercitar una pretensión de cobro.

La titularidad de la potestad tributaria o de creación, no debe confundirse con la calidad de sujeto activo.

Tampoco debe confundirse, la titularidad de la potestad impositiva, con la condición de sujeto activo. La potestad impositiva es de carácter general, la condición de sujeto pasivo, de índole particular. La potestad impositiva de que goza la administración, comprende las facultades de determinación y liquidación de tributos, y las necesidades para proceder a su recaudación. Para proceder a la determinación y liquidación, la administración valúa las materias imponibles, efectúa el control de las declaraciones de los contribuyentes, considera las deducciones y exenciones, aplica tarifas. Para la recaudación de las contribuciones, ante el incumplimiento de los contribuyentes, utiliza el procedimiento de ejecución, arbitrio que el sistema, por obvias razones ha puesto al servicio de la autoridad fiscal, por que la sola condición de acreedor, no conlleva necesariamente la de recaudador.

El sujeto activo de la obligación, no es por ese sólo hecho, el beneficiario del ingreso tributario, aspecto este último que pertenece al orden presupuestario.

Ocurre que a falta de expresa disposición, se entiende que es sujeto activo, el titular de la potestad tributaria. Cabe también afirmar, que con frecuencia, el sujeto activo es el beneficiario del tributo.

Giuliani Fonrouge menciona el caso de la ONU, que ha establecido un impuesto progresivo al sueldo de sus funcionarios y a la Comunidad Europea del Acero y del Carbón, que ha establecido un gravamen sobre la producción de esos elementos, que lo cobra compulsivamente a las empresas (6). Se trata de un verdadero tributo supranacional, que supone la existencia de un sujeto activo en ese ámbito.

5.- EL SUJETO PASIVO DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA.-

El sujeto pasivo de la obligación tributaria es el llamado al cumplimiento de la prestación, sea por obligación propia, sea por obligación ajena. No se requiere para tener tal condición el sufrir el gravamen, o sea la disminución patrimonial. La carga tributaria no corre necesariamente por cuenta del sujeto pasivo, y por tanto no es definitoria de la calidad de sujeto pasivo. La traslación del gravamen es un hecho económico que puede estar o no regulado por la ley.

La existencia de sujetos pasivos de hecho no es admisible en el ámbito jurídico, pues, no aparece el vínculo jurídico. Montero Traibiel dice al respecto: "Una primera precisión, de la que hay que partir, es a nuestro juicio, la no aceptación de lo que se ha dado en llamar sujeto pasivo de hecho. Efectivamente, si la formalización de la relación jurídica tributaria, tiene como consecuencia crear entre el Estado y particulares un vínculo jurídico, solamente puede ser sujeto pasivo, aquel que es alcanzado por ese vínculo" (7). El sujeto pasivo de hecho, expresión que pretende referir a quien efectivamente sufre el gravamen, es una categoría económica.

El sujeto pasivo se encuentra además obligado al cumplimiento de otras prestaciones, las de carácter formal. No es ello definitorio de la calidad de sujeto pasivo, pues, las obligaciones formales son consecuencia de la obligación principal, ya sea porque efectivamente esta surja, o ya al menos, porque potencialmente, concurren las condiciones para su nacimiento.

Las obligaciones de pagar recargos, intereses y gastos de ejecución, suponen la existencia de la obligación tributaria.

RUPTURA

Otras obligaciones, como la de inscribirse en el Registro de Contribuyentes, la de llevar contabilidad etc., son antes que obligaciones formales, deberes de sujeción a la potestad de la administración, dispuestos por las normas, cuando el particular efectúa determinadas actividades. Esos deberes pre existen a la obligación tributaria, por lo que resulta prematuro hablar de los sujetos de la misma.

El Artículo 13 del CFF y el 16 del Código Tributario del Uruguay, considera que, para tener la calidad de sujeto pasivo, es suficiente estar obligado al cumplimiento de la prestación. El Modelo, el del Ecuador, el de Bolivia y la Ley General Tributaria de España previenen, que a la condición de sujeto pasivo es inherente el cumplimiento de varias prestaciones. El CFF vigente y el de Chile, no legislan sobre el particular.

5.1.- PUEDEN SER SUJETOS PASIVOS DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA LAS PERSONAS FÍSICAS O NATURALES Y LAS MORALES O JURÍDICAS.

La posibilidad de que sean también las entidades que carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica es excepcional y debería tener consagración expresa en la legislación. Se trata de una creación propia del derecho tributario, aún sujeta discusión, que se aparta de la construcción clásica del derecho privado. El fundamento, según Pérez de Ayala, (8) para atribuir a las unidades económicas el carácter de sujetos pasivos, se encuentra en que éstas pueden ser titulares de hechos imponibles de modo autónomo y unitario.

No se pretende atribuir personalidad jurídica a estas unidades económicas, pues no reúnen los requisitos para el efecto. Se procura añadir un caso más de subjetividad pasiva en el orden tributario. De allí que no quepa oponerse a su existencia con argumentos referidos a la personalidad jurídica. Es una realidad sui generis, que básicamente se explica, porque de este modo se facilita a la administración el cumplimiento de sus facultades de determinación y recaudación de los tributos.

Para aceptar semejante realidad, se requiere resolver dos problemas fundamentales, el de su representación y el de su autonomía patrimonial. El primero podría dilucidarse examinando los acuerdos o normas internas que los gobiernan, el segundo, supone que es el elemento necesario en estas unidades, la existencia de bienes

involucrados en el quehacer económico, sobre los cuales pueda la administración efectivizar su pretensión de cobro.

La Ley General Tributaria España en el Art. 33 consigna los elementos de estas unidades económicas. Por su importancia se lo transcribe: "Art. 33. Tendrán la consideración de sujetos pasivos, en las leyes tributarias en que así se establezca, las herencias yacentes, las comunidades de bienes y demás entidades que carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio, susceptibles de imposición". Se concluye de esta norma los siguientes elementos: atribución de sujeto pasivo por una ley expresa, que no sean personas jurídicas, que sean unidades económicas o patrimonios, y, que puedan ser susceptibles de imposición. El texto nos presenta un matiz, cual es el de que a estas entidades, no se les declara sujetos pasivos, sino que se las debe considerar como tales. Si bien en el orden práctico el resultado podría ser semejante, en el orden conceptual, se encuentra una diferencia, pues, no es lo mismo disponer que determinadas personas pueden ser sujetos pasivos, que considerar también como a tales, a las unidades económicas.

El Artículo 24 del Código de Bolivia presenta gran elaboración doctrinaria. Observamos, que incluyen este tercer género, dentro de los contribuyentes en particular y no dentro de los sujetos pasivos en general, lo cual es apropiado, ya que las unidades económicas, por su propia naturaleza, no pueden ser responsables por deuda ajena; menciona, al igual que lo hace la doctrina, que existencia ocurre, cuando en otras ramas del derecho, se haga igual atribución; y, muy especialmente da los elementos esenciales, la existencia de un patrimonio y la autonomía funcional.

La existencia de las unidades económicas como sujetos pasivos, es restringida a los tributos respecto de los cuales una norma determinada efectúa semejante atribución. Por el contrario, las personas físicas o naturales y las morales o jurídicas en su condición de tales, tienen la calidad de sujetos pasivos de la obligación tributaria, sin que sea necesaria atribución especial alguna.

El Artículo 13 del CFF de 1967 preveía que estas unidades económicas podrían ser sujetos pasivos y las asimilaban para su régimen a las personas morales o jurídicas. El CFF vigente no define a los sujetos pasivos, y en consecuencia, no trata de las unidades económicas. Sin embargo la institución sí está considerada dentro de la legislación, prueba de lo cual son las disposiciones del Artículo 1o de la Ley del

RUPTURA

Impuesto al Valor Agregado y del Artículo 76 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, la que en su último párrafo, se refiere a las rentas de una sucesión. La Ley 56 en el Ecuador Art. 94 contiene una definición de sociedad, en la que incluye estas unidades económicas referidas en el Art. 23 del Código Tributario.

5.2.- LOS ENTES PÚBLICOS PUEDEN SER SUJETOS PASIVOS DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA.

No existe razón para sostener, de modo absoluto, el principio de su inmunidad. En los sistemas federales, la potestad tributaria o de creación corresponde a la Nación, a los Estados, y de acuerdo al derecho público interno de cada país, inclusive a los Municipios, por lo cual no se produciría una coincidencia necesaria entre las calidades de acreedor y deudor, que es el fundamento que se suele presentar para sostener el principio de la inimpugnabilidad del Estado y los entes públicos. Micheli da una razón para apoyar la tesis que considera la posibilidad de que los entes públicos sean sujetos pasivos. Dice: "En este último caso se refiere al Estado como sujeto pasivo el tributo no corresponde a la función de contribuir a los gastos propios, de tal modo que la imposición se convierte en un criterio para el cálculo del coste del servidor público" (9).

El Artículo 1o del CFF, al establecer que la Federación pague contribuciones, únicamente cuando se establezca expresamente por ley, consagra a favor de ella un status de desgravación, que justamente se explica, en base a la tesis de la inimpugnabilidad de los entes públicos. El Artículo 24 del mismo Código prevé la posibilidad de compensación entre la Federación por una parte, y por otra los Estados, el Distrito Federal, los Municipios y otros Organismos, siempre que exista un acuerdo previo. Todo ello supone el que los entes públicos puedan tener la calidad de sujetos pasivos. Ratifica esta posición la norma del Artículo 3 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, la cual dispone que la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios satisfarán el impuesto por los actos que correspondan a sus funciones de derecho público.

La tesis, de que los entes públicos, en la medida que presentan servicio público, no deberían contribuir, es razonable, como lo es la que afirma que sí deben hacerlo cuando actúan empresarialmente, y ello, a fin de que no se produzcan una situación desventajosa respecto de los particulares.

Respecto de las contribuciones especiales, por el beneficio, y de los derechos o tasas, por el servicio, se ve aún más fácilmente, que los entes públicos que gocen de los mismos, pueden y deben ser sujetos pasivos de la obligación tributaria.

El Art. 34 numeral 1º del Código Tributario establece la desgravación de los entes públicos, mas, limita este beneficio a los impuestos y no a las tasas y contribuciones especiales.

5.3.- LOS SUJETOS PASIVOS PUEDEN SERLO POR OBLIGACIÓN PROPIA O POR OBLIGACIÓN AJENA.

Los primeros son los contribuyentes, los segundos son conocidos como responsables por deuda ajena o simplemente responsables.

Los contribuyentes o causantes directos de la obligación son los deudores de la misma, por haberse cumplido respecto de ellos, el hecho generador de la obligación tributaria. Son los titulares de la materia imponible, que ostentan capacidad contributiva, y por lo tanto, están naturalmente obligados al cumplimiento de la prestación. Cuando el contribuyente cumple la prestación, ocurre lo que debía ocurrir, se extingue la obligación tributaria, y no cabe ya el ejercicio de pretensión alguna. Una vez adquirida, no se pierde la condición de contribuyente. Constituye una calidad permanente, desde que nace la obligación tributaria, y no cabe ya el ejercicio de pretensión alguna. Una vez adquirida, no se pierde la condición de contribuyente. Constituye una calidad permanente, desde que nace la obligación tributaria, hasta que se extinga por cualesquiera de los modos admitidos por la ley, hasta que se haya producido la caducidad de la administración para efectuar determinaciones, o hasta que concluya la existencia del sujeto pasivo, por muerte de la persona física o natural por terminación de la persona moral o jurídica. La exención concedida a un contribuyente, no puede trasladarla a un tercero. Todas estas son aplicaciones del principio de legalidad de la obligación tributaria.

Pueden existir varios contribuyentes vinculadas a un sólo hecho imponible, en cuyo caso cabría la enunciación de dos tesis alternativas. La primera conceptúa que existe una sola obligación que engloba a varios codeudores solidarios, en contra de los cuales la administración puede ejercitar su pretensión, ya sea a cargo de uno, algunos o todos. Al efectuarse el pago por uno o algunos, tendrían derecho a repetir a cargo de los otros, en proporción a sus derechos. Esta es la postura del Código Tributario del Uruguay (Art. 20) y de la Ley General tributaria de España (Art. 34). La otra tesis o alternativa, explica el fenómeno en el

RUPTURA

sentido de que cada individuo vinculado al mismo hecho imponible, es contribuyente directo respecto de la prestación proporcional a sus derechos y responsable por deuda ajena de lo que deben los otros, bajo el supuesto de que se trata no de una, sino de varias obligaciones tributarias.

El caso de la sustitución es especial, por lo que merece ser tratado en forma independiente.

5.4.- OBLIGACIONES DE LOS SUJETOS PASIVOS POR OBLIGACIÓN AJENA O RESPONSABLES

Los sujetos pasivos por obligación ajena o responsables se encuentran obligados al cumplimiento de la obligación principal, así como también al de las obligaciones formales. No son codeudores sino garantes. Su existencia es una creación del derecho tributario, a fin de asegurar el pago de la prestación.

Los responsables no son titulares de la materia imponible, ni tienen relación directa con el hecho generador. La tienen con el contribuyente. La ley define las situaciones que dan lugar a la responsabilidad por deuda ajena.

La responsabilidad por deuda ajena, tiene estrecha vinculación con la solidaridad pasiva. Frente a la administración, el contribuyente y el responsable responden in solidum, de tal manera que la primera, puede indistintamente dirigir su acción contra cualquiera de ellos, o contra ambos.

Extinguida la obligación tributaria, las relaciones entre contribuyente y responsable pertenecen al derecho común.

La solidaridad pasiva tiene como fuente la ley o la voluntad de los particulares. En el campo tributario la solidaridad nace de la ley, instrumento que consagra la responsabilidad por deuda ajena. En los casos que permita la ley, pueden los particulares asumir responsabilidad por deuda ajena. Las fracciones VIII y IX del Artículo 26 del CFF prevén esta forma de responsabilidad voluntaria, la misma que no es originaria sino superviniente. El Art. 263, numeral 4 del Código Tributario admite las fianzas personales, pero no expresa que serán solidarias.

Los responsables son obligados junto al contribuyente y no en lugar de él, es decir lo hacen en forma solidaria y no subsidiaria. Es pertinente la afirmación de Giuliani Fonrouge. El dice: "no son deudores subsidiarios, pues, esta expresión en el sentido que tiene entre nosotros supone una situación condicionada a la actuación de otra persona, lo que no siempre ocurre: el responsable tributario tiene una relación directa y a título propio con el sujeto activo, de modo que actúa paralelamente o en lugar del deudor, pero generalmente en defecto de éste" (10).

Los responsables lo son tales por diferentes títulos. Estos son, por representación, como adquirentes de bienes y negocios, como retenedores y perceptores, o en general como funcionarios públicos o personas que desempeñan determinadas actividades, llamados al cumplimiento de particulares deberes, cuya omisión les acarrea responsabilidad. Todos estos sujetos por obligación ajena, responden solidariamente, pero con modalidades distintas, lo que permite hablar de una subclasificación de los responsables por deuda ajena, precisamente de conformidad a los títulos antes referidos.

Los responsables por representación son aquellos que se encuentran en una determinada relación con el contribuyente, circunstancia de que se vale la ley para decretar la solidaridad. El Art. 26 del CFF, fracciones III, V y VI, dispone que "son solidarios con los contribuyentes, los liquidadores y síndicos, los representantes de las personas no residentes en el país, y quienes ejercen patria potestad o tutela, en su orden. Nótese que en el primer caso, la responsabilidad se limita a las contribuciones que se deba pagar por actividades durante su gestión, en el segundo caso, a las que se deban por las actividades realizadas gracias a su gestión, y en el tercer caso, a todas las contribuciones que deban sus representados. El modelo, Artículo 29, numerales 2,3 y 4 considera responsables en forma general, a los representantes legales de las personas morales, a los administren, dirijan o tengan la disponibilidad de los bienes pertenecientes a las unidades económicas desprovistas de personalidad jurídica, e inclusive a los mandatarios, respecto de los bienes que administren y dispongan.

Los Códigos Tributarios de Bolivia, Artículo 27 y del Ecuador, Artículo 26, regulan en forma semejante la responsabilidad solidaria de los representantes legales y voluntarios. La Ley General Tributaria de España, Artículos 37 y 40, distingue entre responsabilidad subsidiaria y solidaria y establece que la primera es la que ocurre de modo general,

RUPTURA

la segunda excepcionalmente. Para dicha Ley, la solidaridad es una sanción al dolo o a la ayuda en el cometimiento de las infracciones de defraudación cometidas por el sujeto pasivo, en tanto que la responsabilidad subsidiaria surge por incumplimiento, negligencia o mala fe. El Código Tributario del Uruguay sanciona con la solidaridad a los representante legales y voluntarios que no procedan con la debida diligencia.

Las soluciones legislativas van por dos caminos distintos. En el primer caso la responsabilidad por representación, opera por el sólo hecho de ser representante legal, estableciéndose una tesis que difiere del derecho común, que no admite responsabilidad propia y patrimonial del representante, por los actos que efectúa por el representado. En el segundo caso, la solidaridad o la responsabilidad subsidiaria, se produce por dolo o culpa. Se trata de una responsabilidad por deuda ajena que ocurre a modo de sanción.

Los responsables como adquirentes de bienes o negocios, lo son con referencia a su antecesor en el derecho, quien tiene la condición del contribuyente. A esta responsabilidad se la conoce como objetiva, pues, se refiere a la materia imponible u objeto de la imposición. El Art. 26, fracciones IV y VII del CFF, establece la solidaridad de los adquirentes de las negociaciones y de los donatarios y legatarios, en su orden. En el primer caso la responsabilidad se limita a las actividades de la negociación y al valor de la misma, en el segundo a todos los bienes de que se trate.

El responsable por adquisición de bienes, al igual que el por representación, ve comprometido su patrimonio para el cumplimiento de la obligación ajena, a menos que expresamente se haya establecido algún límite, cual ocurre en el Artículo 26 fracción IV referido, lo que acentúa el matiz objetivo de esta responsabilidad. Ello, sin embargo, no comporta afección de determinados bienes para el cumplimiento de la prestación. En este último caso, la obligación está especialmente garantizada bienes, sin que ello signifique necesariamente una limitación de responsabilidad. La distinción anterior se encuentra claramente expuesta por el Profesor de la Garza (14). El Artículo 45 de la Ley Aduanera regula la afección de los bienes que se importen o exporten.

El Código Tributario trata el Art. 27 de este tipo de responsables.

En la sucesión a título universal, los herederos, en proporción a su derecho en la herencia, deben asumir las cargas tributarias que se hubiesen generado en vida del causante.

La responsabilidad de los redentores y perceptores, a quienes la ley ha impuesto la obligación de recaudar tributos, presenta una cuestión de gran importancia referida al contribuyente.

Efectuada la retención o percepción desaparece la responsabilidad solidaria del contribuyente junto al retentor o perceptor, lo que es justo, pues, en el primer supuesto, el agente de retención ya tiene en su poder los fondos respectivos, los que deben ser entregados a la administración. Adoptan esta posición el Modelo Art. 31, los Códigos Tributarios de Uruguay, Art. 23, Ecuador, Art. 29 y de Bolivia Art. 31.

La existencia de retentores o agentes de retención, se explica para facilitar la actividad recaudatoria de la administración. Su obligación radica en separar por cuenta del tributo, una parte de los fondos que a cualquier título deban entregar al contribuyente y remesarla a la administración.

El retentor debe practicar la liquidación tributaria, a fin de poder cumplir con su obligación y retraer lo que justamente debe. El agente de retención no es necesariamente un funcionario público. Puede ser un particular, encargado al efecto, de colaborar con la administración en la recaudación de los tributos. El Art. 26 fracción I del CFF manda que los retentores y perceptores son solidariamente responsables con los contribuyentes.

A los retentores les obliga a efectuar la entrega de los valores a la administración, aún cuando no hayan efectuado la retención, según así lo previene el párrafo antepenúltimo del Artículo 6 del CFF. Los Arts. 28 y 29 del Código Tributario norman lo atinente a agentes de percepción efectúan una verdadera cobranza tributaria, a tiempo que exigen al contribuyente el pago de algún otro adeudo. En los impuestos sobre energía eléctrica y teléfono pueden ocurrir el caso. Quien suministra los mismos, debe junto a la tarifa de consumo, cobrar el importe del tributo. Semejante situación puede ocurrir, en tratándose de los impuestos sobre los espectáculos públicos, caso en el cual, de acuerdo a lo que establezca la legislación positiva, habría que dilucidar si el gravamen está a cargo del empresario u organizador, que sería el contribuyente, o de quienes concurren al espectáculo, lo que es muy difícil de sostener, pues, apreciaría un universo de contribuyentes -los espectadores-, de difícil singularización que impedirían que la administración dirija en contra de ellos su acción. Lo expresado bajo el supuesto, de que no

RUPTURA

puede existir un responsable, si al propio tiempo no existe un contribuyente. En este caso, la solución más obvia es reconocer que el empresario u organizador es el contribuyente, quien tiene la facultad de trasladar la carga tributaria al espectador, que es ajeno a la obligación tributaria. Por lo demás el mecanismo del traslado del gravamen en términos semejantes, es frecuente en la imposición indirecta.

En conclusión es exorbitante que la ley, efectuada la retención o percepción, mantenga la responsabilidad del contribuyente.

En determinados casos la ley dispone que los funcionarios públicos, previamente a dar curso a un trámite o actuación, han de exigir el pago de los correspondientes contribuciones. Tal el caso de los notarios. Aquí, la fundamentación de la solidaridad en que incurre el funcionario omiso, radica en el incumplimiento de un deber impuesto por la ley y tiene carácter sancionatorio.

Sin que exista responsabilidad por representación que es otro caso, pueden haber algunos, en los cuales en razón de su actividad, determinadas personas, respondan solidariamente con el contribuyente. En esa consideración se basan los casos previstos en las fracciones II, IV y V del Art. 41 de la Ley Aduanera, que en su orden, se refieren a los propietarios, empresarios y más que actúan en el transporte de mercaderías, a los remitentes de mercaderías desde la zona libre, y a los que enajenan mercaderías en los casos de subrogación.

En el Ecuador existe un caso similar en el Art. 22 de la Ley Orgánica de Aduanas.

5.5.- LA FIGURA DEL SUSTITUTO DEL TRIBUTO.

A más del contribuyente y del responsable por deuda ajena, aunque no en forma tan indiscutida, aparece la figura del sustituto del tributo.

Autores de tanta notoriedad como Giuliani Fonrouge, enfáticamente proclaman que no existe tal construcción en el Derecho Tributario (12).

El sustituto lo es del contribuyente, en tal forma, que al menos la urgencia de cumplir la obligación principal, se desplaza del contribuyente al sustituto. En esos casos, la administración debe limitar su pretensión de cobro exclusivamente a cargo del sustituto y no del contribuyente, quien queda liberado en el orden tributario. El sustituto reemplaza al contribuyente, toma su lugar, sin que sea necesaria la extinción del segundo. Pérez de Ayala, quién ha profundizado sobre el tema, distingue la sustitución de la sucesión tributarias, en los siguientes términos: "La sucesión presupone que los sujetos sucedido y sucesor son

contribuyentes y que son sujetos pasivos de la obligación tributaria el uno después del otro, mientras que el fenómeno de la sustitución del contribuyente, el instituto no tiene esta última naturaleza (13).

EL sustituto concurre en lugar del contribuyente, el responsable por deuda ajena junto al contribuyente. De allí que entre el contribuyente y sustituto no medie solidaridad frente a la administración. Nuevamente acudimos a Pérez de Ayala. El dice: "Por el contrario sustituto y sustituido, sustituto del contribuyente, no son nunca obligados solidariamente a la misma prestación, sino de que en caso de que exista sustitución, es el sustituto el que debe realizarla y no el sustituido (14).

El sustituto debe ser designado por la ley al igual de lo que sucede con el responsable por deuda ajena, no se puede presumir esa calidad.

El contribuyente es el titular de la materia imponible, relación que sirve de basamento al legislador para considerar la sustitución, institución que facilita los propósitos recaudatorios, al igual que acaece con la responsabilidad por deuda ajena.

La Ley General Tributaria de España reconoce la existencia del sustituto y lo definen estos términos: "Art. 32. Es sustituto del contribuyente el sujeto pasivo que por imposición de la ley y en lugar de aquel, está obligado a cumplir las prestaciones materiales y formales de la obligación tributaria. El concepto se aplica especialmente a quienes se hallan obligados por ley a detraer con ocasión de los pagos que realicen otras personas, el gravamen tributario correspondiente, asumiendo la obligación de efectuar su ingreso en el Tesoro". A su vez el numeral 3o. del Art. 9 del Reglamento General de Recaudación del mismo país dice: La falta de pago del sustituto no libera al contribuyente del débito con la administración, salvo que demuestre haberse realizado retención del tributo por aquel...". Similar disposición consta en el Art. 29 del Código Tributario.

Como se ve, la situación más clara de sustitución, se da en el caso analizado de los agentes de retención y percepción, en la medida que, las dichas actividades de retención y percepción se hayan cumplido. Entonces los agentes de retención y percepción devienen en verdaderos sustitutos, únicos responsables frente a la administración, por el pago de lo retenido o percibido. Ello no ocurre, ni es el sistema del Artículo 26 fracción I del CFF, que prevé solidaridad entre contribuyentes, retentores y perceptores.

5.6.- SITUACION LUEGO DE SATISFECHA LA OBLIGACION

Satisfecha la obligación por el responsable, se extingue la obligación tributaria. Quedan entonces pendientes las relaciones entre el contribuyente y el responsable, pues, lo que ha sucedido es que este último ha pagado por el primero, a virtud de la solidaridad pasiva. Es innegable que el responsable tiene una acción de regreso a cargo del contribuyente aunque la legislación fiscal no se refiera expresamente a ella, pues, así lo dice la equidad y el derecho privado, fuente supletoria en ausencia de norma tributaria. El profesor de la Garza manifiesta: "En cuanto el responsable paga una deuda que no le es propia, y que la ley ha establecido para el sujeto pasivo "por naturaleza" del impuesto es forzoso reconocer que por el simple juego de las instituciones de derecho privado, aplicadas supletoriamente, tiene un derecho de regreso o de repetición en contra del último" (15). En términos semejantes se refiere al caso de los sustitutos y al de los que tienen que responder objetivamente.

La naturaleza de esta acción se discute. De conceptuar que es tributaria, habría que considerar que el responsable se pone en lugar del titular de crédito fiscal, lo que es difícil de sostener, pues, este quedó ya extinguido. Más propio es atribuir a esta acción al carácter privado. Carretero Pérez (16) distingue entre casos en que la acción puede ser fiscal y aquellos en los que pueden situarse en el derecho privado. A los primeros denomina regreso externo, que se produce cuando el responsable adelanta el pago del impuesto. En los segundos, que son la mayoría, la acción es interna o derecho civil, al decir de este autor. El Art. 26 del Código Tributario regula expresamente la acción de repetición.

5.7.- TIPOS DE SUJETOS PASIVOS

Al estudiar quienes pueden ser sujetos pasivos, nos hemos referido a la capacidad de goce o de carácter material.

Tres son los tipos de sujeto al respecto, las personas físicas o naturales, las personas morales o jurídicas y las unidades económicas. Falta referirse a la capacidad de ejercicio o formal a virtud de lo cual los sujetos pasivos entran en relación con la administración e inclusive actúan entre los tribunales que administran la justicia tributaria. Este punto no se refiere a la capacidad contributiva que se traduce en indicios de riqueza, y que sirve al legislador para la implantación de los

tributos. Para colocar debidamente el tema nos valemos de Kruse, quien califica a esta capacidad como capacidad jurídica impositiva, la que subsume dentro de sí la capacidad procesal tributaria. Dice el autor: "Si se habla de una capacidad jurídica impositiva, o más exactamente de una "capacidad impositiva", cabe hablar además de una "capacidad de obrar impositiva". El concepto de "capacidad procesal" es demasiado estricto, pues, concierne solo en sentido originario a la capacidad para actos procesales.

No obstante, la notificación de los actos administrativos, las declaraciones de deudas tributarias, la presentación de solicitudes, etc. presupone la capacidad procesal, de forma que se hable mas propiamente de una capacidad de obrar impositiva" (17). Tengamos presente que la doctrina alemana no concuerda con la aceptada en Italia, España y América Latina, por lo qué dicha doctrina se refiere más bien al derecho impositivo, antes que al tributario y al fiscal. Podríamos, pues, siguiendo a Kruse en su idea fundamental, en lo que es aplicable a nuestra terminología , referirnos a la capacidad de obrar tributaria".

Hensel da un giro interesante al punto cuando afirma: "De la capacità giuridica tributaria deriva no soltanto l' obbligo di tollerare il prelievo da parte del creditore dell'imposta, ma anche in date circostanze, il diritto attivo a far valere contro lo stato le pretese di restituzione, di rifusione, di esenzione o de interporre un mezzo d'impugnativa contro una pretesa injustificata" (18). La capacidad según este autor tiene dos facetas una pasiva para tolerar la exacción y otra activa para actuar ante la administración.

La capacidad del derecho privado se aplica al derecho tributario, a menos que este último contenga normas particulares.

Por lo general los Códigos Tributarios, no suelen contener normas sobre la capacidad, la que se regula por la normativa privada. Existen sin embargo excepciones. Así los Artículos 42 a 44 de la Ley General Tributaria de España, dispone que tiene la capacidad en el orden tributario, quienes la tienen en el derecho privado, con excepción de la mujer casada y los menores, a quienes considera capaces por las actividades que puedan desenvolver autónomamente, sin que medie la representación del marido, o de quien deba representar al menor, en su orden.

RUPTURA

La representación legal y la voluntaria tienen cabida en el ámbito tributario. La primera se produce de modo necesario respecto de los incapaces, la segunda es una opción a la que pueden acudir los capaces, para actuar por si mismos o por mandatario. Los Artículos 8 y 9 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, contemplan un caso especial de cuasi-representación necesaria no referida a incapaces, cuando manda que el asociante y la fiduciaria "por cuenta de los asociados" y "por cuenta del conjunto de fideicomisarios", respectivamente, cumplirán las obligaciones señaladas en la ley, e inclusive efectuarán los pagos provisionales. El inciso 2o. del Art. 62 del Código Tributario, tiene como representantes a quienes actuaron a nombre de los extranjeros.

Respecto de los representantes de los no residentes en el país el Artículo 26 fracción V y el 31 párrafo 4o del CFF, parecería que tal calidad la hacen depender, preponderantemente de su intervención en las actividades sujetas al pago de contribuciones, conclusión favorecida por la expresión: "Los representantes sea cual fuere el nombre con que se los designe". Las normas mencionadas se refieren a la solidaridad de los representantes con los contribuyentes y a su obligación de presentar declaraciones. La gestión de negocios está prohibida en conformidad a los Artículos 19 y 200 del CFF, que en su orden se refieren a los trámites administrativos y a las actuaciones ante el Tribunal Fiscal de la Federación.

Los agentes aduanales promueven por cuenta ajena el despacho de las mercaderías en los diferentes regímenes aduaneros.

(Artículo 143 de la Ley Aduanera). Al efecto actúan de representantes voluntarios. Pueden constituir al intento sociedades (Artículo 146 III). El Artículo 26 III de la propia ley consagra una limitación aplicable a los particulares que no tienen la capacidad de agentes aduanales, al disponer que "el apoderado solo podrá tener la representación de una sola persona y durante un año calendario debiendo reunir los requisitos exigidos en el Artículo 143 de esta ley para los agentes aduanales". El propósito de esta limitación debe radicar en la defensa profesional de los agentes aduanales según el Art. 75 de la Ley Orgánica de Aduanas los Despachadores de Aduana, son responsables, en conformidad a la definición del Art. 25 del Código Tributario.

Dentro de la capacidad de obrar tributaria se encuentra la capacidad procesal tributaria, o aptitud para actuar por si mismo ante los tribunales que conocen de la materia. Aquí también cabe reconocer la vigencia supletoria del derecho común, en este caso el procesal civil, a no

mediar norma expresa tributaria. El Artículo 200 del CFF dispone que se ha tener la calidad de representante, obtenida o conferida a más tardar a la fecha de la presentación o contestación de la demanda según el caso y regula los requisitos formales para el conferimiento de la representación.

Un caso particular es el de la autorización para recibir notificaciones, la que faculta para ofrecer y rendir pruebas y presentar promociones. La autorización ha de recaer en un licenciado en derecho en las actuaciones ante el Tribunal Fiscal. (Artículos 19 y 200 del CFF).

5.8.- EL DOMICILIO TRIBUTARIO NO COINCIDE SIEMPRE CON EL DOMICILIO GENERAL

De los dos elementos que conforman el domicilio, el "corpus" o residencia y el "animus" o intención, en materia tributaria prevalece el primero, por lo que este domicilio especial tiene un carácter objetivo. Montero Traibel, expresa en apoyo de la tesis: "efectivamente, mientras que en el concepto privatista prima un criterio netamente objetivo ya que se atiende sobre todo el ánimo de permanencia del sujeto en el tributario no ocurre así, sino por el contrario, es mucho más pragmático al fijar el domicilio en forma objetiva" (19). Micheli da sentido a esta característica del domicilio fiscal y afirma que su forma de ser se explica al servicio de la fácil liquidación de los tributos. Dice al respecto: "para agilizar la operación de liquidación de los tributos, el legislador ha introducido la noción del domicilio fiscal" (20).

El domicilio al igual que la nacionalidad, el origen de los capitales, la fuente de producción de la riqueza, puede ser criterio para establecer y cobrar tributos. No es pertinente al punto de objeto de estudio, tomar esa faz del domicilio.

Los países que en mayor o en menor grado se encuentran en vías de desarrollo, como son los latinoamericanos, suelen preeminencia a la fuente, como criterio para cobrar tributos. El domicilio se examina en este ítem con referencia a los sujetos pasivos de la obligación, es decir como lugar donde se concretizan sus relaciones impositivas con la administración.

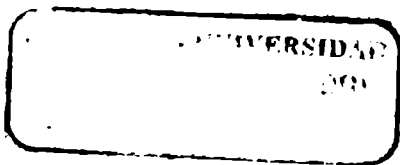
RUPTURA

El domicilio fiscal o de negocios corresponda al lugar donde se ejercita la actividad gravada, donde se encuentran los bienes, o en general donde se produce el hecho generador de la obligación tributaria. La mera residencia se distingue del domicilio y tiene especial relevancia para el caso de que la persona física o natural la mantenga en diferentes lugares.

El Art. 9 del CFF regula la residencia en forma precisa. Se consideran residentes en México a las personas que se establezcan en su territorio, salvo que permanezcan en otro país más de ciento ochenta y tres días naturales, consecutivos o no, en cada ejercicio, caso en el cual deberán demostrar que adquirieron en el mismo, residencia para efectos fiscales.

Respecto a los mexicanos se consideran residentes en México a los funcionarios del Estado, aunque permanezcan fuera un tiempo mayor, siempre que lo hagan en el ejercicio de sus funciones. Las personas morales o jurídicas que hayan establecido la administración principal de sus negocios en México se consideran residentes en el país. La residencia en México se presume, salvo prueba en contrario. La residencia tiene importancia para el impuesto a la renta. El Artículo 1 de LISR distingue el tratamiento impositivo de los residentes en México, de los residentes en el extranjero que tienen un establecimiento permanente y de los residentes en el extranjero que no tienen un establecimiento permanente. Los Artículos 2 y 3 de la propia ley dicen cuándo se considera que tienen un establecimiento permanente y cuando no cabe hacer semejante consideración. El título V de la Ley regular particularizadamente el tratamiento de las rentas de fuente mexicana obtenidas por quienes residen en el extranjero y no tienen establecimiento permanente. Los que realizan pagos al exterior -en este caso-, deben efectuar una retención fija que va, según los casos, del 5% al 55%, sin que quepa admitir deducción alguna, debiendo tenerse el pago como definitivo.

Según el Artículo 58 del Código Tributario, el criterio general del domicilio tributario de las personas naturales, es su residencia. La residencia es el elemento de mayor importancia del domicilio fiscal, pero no se confunde con él. En efecto el domicilio es un lugar preciso dentro del territorio nacional, la residencia no, pues, se la mantiene dentro o afuera del país. Hay casos en los cuales la ley obliga a señalar domicilio, lo cual no ocurre con la residencia. El domicilio es el lugar desde el cual se mantendrá las relaciones con la administración,



respecto de sus actividades determinadora y recaudadora; la residencia, según lo dicho, sirve para el tratamiento impositivo diferenciado, de acuerdo a que se tenga dentro o fuera del país.

El Artículo 10 del CFF se refiere al domicilio de las personas físicas y de las personas morales. Para las primeras establece los siguientes criterios de atribución: el lugar donde presten sus servicios independientes y el asiento principal de sus actividades, en subsidio de los criterios anteriores.

Los criterios que gobiernan la materia civil son diferentes. En efecto, el Artículo 29 del Código Civil de la Federación dice que el domicilio de la persona física es el lugar donde reside con el propósito de establecer en él, en su falta el asiento principal de sus negocios, y por último, de no poder aplicar los criterios anteriores, el lugar donde se encuentre. En principio, toda persona debe tener un domicilio civil o general; no debe tener lo necesariamente uno fiscal o de negocios. Respecto de las personas morales, el domicilio de las residentes en el país, es el local donde se encuentra la administración principal del negocio. El domicilio de las residentes en el extranjero se fija con igual criterio, a menos que existan varios establecimientos, en cuyo caso se observará el lugar donde se encuentra la administración principal, o en su defecto, el que designen. El domicilio declarado en el acta constitutiva no trasciende al campo fiscal, sin perjuicio de ello, puede coincidir con el lugar donde se encuentra la administración principal del negocio.

El Modelo, Art. 38 prevé la posibilidad que el sujeto pasivo fije un lugar como domicilio, el cual será tenido como tal, previa aceptación de la administración. Dentro de la misma línea se encuentra para las personas morales, la facultad de las que tengan varios establecimientos, para escoger en cual de ellos se radica su domicilio. (Art. 10 II b del CFF).

El Modelo Art. 36, el Código Tributario del Uruguay, Art. 27, y el de Bolivia, Art. 36, imponen a los sujetos pasivos la obligación de fijar domicilio y hacer conocer del particular a la administración. El Modelo y el Boliviano incluyen el deber adicional de hacer referencia al domicilio en todas las actuaciones. Se trata de una obligación formal de carácter general, y no referida únicamente a determinados tributos, lo que en la práctica no es aplicable de modo total, dadas las particularidades de los diferentes gravámenes, que pueden cobrarse permanentemente u ocasionalmente.

RUPTURA

El Artículo 27 del CFF, con mayor realismo, restringe la obligación de obtener inscripción en el Registro Federal de Contribuyentes, y fijar domicilio, a los sujetos pasivos que deben presentar declaraciones periódicas. El Reglamento del CFF, norma in-extenso lo relativo al Registro Federal de Contribuyentes, entre los Artículos 14 y 25.

El Artículo 18 fracción II del CFF, manda que en toda promoción ante las autoridades fiscales, se hará constar entre otros requisitos, el domicilio fiscal, a fin de establecer la competencia. El Artículo 27 párrafo penúltimo, dispone que en los trámites ante las autoridades administrativas y jurisdiccionales, se deberá citar la clave asignada, lo que se obtiene luego de la inscripción en el Registro, previa la denuncia del domicilio fiscal, junto a otros datos requeridos. Los Artículos 79 y 80 del CFF prevén sanciones ante el incumplimiento de estos deberes. Sanciona inclusive el no citar la clave del registro o citarlo erróneamente.

Los Artículos 18 IV, 122 y 208 del CFF, se refieren al domicilio para recibir notificaciones, que deben señalar los particulares en sus actuaciones ante la administración y ante el Tribunal Fiscal. Este es un domicilio procesal fiscal, que no se confunde con el domicilio fiscal, aunque pueda coincidir. No de otro modo se puede entender que el Artículo 18 mencionado, en las fracciones II y IV, se exijan señalar el domicilio fiscal y el para oír y recibir notificaciones, en su orden.

Los Arts. 114 y 245 del Código Tributario, para las reclamaciones y para las demandas, en su orden, mandan que se señalará domicilio tributario y domicilio procesal tributario.

6.- EL HECHO GENERADOR DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA.

Respecto de este instituto la doctrina presenta gran elaboración, pues, es el punto de partida la construcción de la teoría tributaria. Puede afirmarse que el tema ha sido excesivamente tratado y que en ocasiones se ha llegado a disquisiciones y sutilezas exageradas, que antes que una explicación del fenómeno, han constituido una muestra de la pura ejercitación mental. Existe, precisamente como consecuencia de lo anterior una proliferación terminológica que llama a confusión y que es necesario someterla a criba.

Sobre el hecho generador de la obligación tributaria, existe una doctrina que hoy es tenida como clásica y que fue posiblemente novedosa en sus tiempos, la cual ya ha producido sus frutos. Ha servido

de base para varias construcciones legislativas y de sustento para explicar las normativas vigentes. Decididamente a partir de los años setenta, se han movido los rescoldos de la crítica que siempre suscitó la doctrina clásica, y se han hecho aportes de innegable valía, que han puesto en tela de juicio algunas de las piezas maestras de la construcción anterior.

Los autores que se escriben en la nueva corriente son principalmente Geraldo Ataliba, Profesor de San Pablo, Brasil, quien con su Hipótesis de Incidencia Tributaria, ha causado gran revuelo, a tal punto que ya se nota su influencia en algunos estudiosos, y José Luis Pérez de Ayala, Profesor de Madrid, quien con Eusebio González, dieron a luz su curso que introduce innovaciones de trascendencia. Los referidos, pueden considerarse trabajos tipos. Existen otros, que con matices propios, van en dirección similar y que también forman parte de la nueva corriente. Ejemplos notables son la obra Curso de Derecho Tributario, del Profesor Gian Antonio Micheli, quien fuera ordinario de la Universidad de Roma, hasta su fallecimiento ocurrido hace pocos años, Fantozzi, con su obra la Solidaridad, Montero Traibel de Uruguay, autor del Derecho Tributario Moderno, el Profesor de la Garza, quien en las últimas ediciones de su Obra Derecho Financiero Mexicano, hace alusión frecuente a las teorizaciones de Ataliba.

Es conveniente, sin perderse en detalles irrelevantes, establecer el estado de la cuestión. A este efecto es necesario tomar algunos autores y procurar la síntesis de su pensamiento. Por la doctrina clásica analizamos, la parte correspondiente de la obra Diritto Tributario de Albert Hensel, quien fue Profesor de Königsberg, traducida al italiano por el profesor Dino Jarach, italiano afincado en Argentina, y muy conocido por su tesis sobre el hecho generador. Por ser representativos de las nuevas corrientes nos defendremos en las proposiciones de Ataliba y de Pérez de Ayala y González.

6.1.- Hensel distingue entre la actividad por la cual el Estado expide normas con las cuales establece el presupuesto de hecho del tributo, y la actividad mediante la cual recauda el importe de los mismos, para lo cual es necesario que en la vida económica, se realice jurídicamente el presupuesto, el mismo que respecto de la obligación tributaria, realiza la función que en el derecho privado, corresponde a la voluntad de las partes. En síntesis, la obligación tributaria nace al realizarse el presupuesto del tributo.

RUPTURA

El autor define el presupuesto de hecho o "*fattispecie dell'imposta*", como el conjunto de circunstancias contenidas en forma abstracta en la norma de derecho tributario material, de cuya concreta realización, se derivan determinadas consecuencias jurídicas. El presupuesto de hecho, es la imagen abstracta de la concreción de la vida real.

Tiene capital importancia en esta tesis, el conceptuar que con la simple realización del presupuesto, nace la obligación tributaria. La determinación del tributo fija el monto, pero de ninguna manera pospone el nacimiento de la obligación.

El presupuesto de hecho tiene un aspecto objetivo, pues, para que surja la obligación es necesario que existan los bienes, se haya perfeccionado un negocio jurídico o se verifique un hecho económico, que la ley considera base de un crédito tributario. Además es necesario que el sujeto pasivo tenga el grado de atribución previsto por la norma, con relación a ese aspecto objetivo.

El aspecto objetivo del presupuesto de hecho, describe los acontecimientos jurídicos y económicos que sirven de base al tributo, y no se lo debe confundir con el objeto de la imposición, que es una noción de la ciencia de las finanzas, para indicar el objeto que debe ser económicamente gravado. El presupuesto del tributo es siempre un hecho jurídico, descrito por el legislador en la norma, según los móviles políticos-financieros que le han servido de guía. Los conceptos de la ciencia de las finanzas, especialmente los de renta y patrimonio, sirven de materia prima al derecho tributario, aunque con frecuencia la recepción de los mismos en su ámbito, sufra modificaciones. La interpretación de las normas, debe tener presente los fines perseguidos al dictárselas, debe referirse a esas motivaciones político financieras, base de las conceptuaciones jurídicas, pues, la finalidad última de las leyes tributarias particulares es la de gravar el objeto imponible, de acuerdo a la intención del legislador.

La obligación tributaria existe únicamente, cuando el objeto del presupuesto puede atribuirse a una persona, respecto de la cual la administración puede ejercitar su pretensión. El modo o manera de esta atribución se encuentra en el contenido del presupuesto de cada ley tributaria singular.

Hensel se refiere además a los presupuestos subrogatorios, que consisten en normas complementarias a fin de atacar la elusión con la cual los particulares, orquestan conductas y actuaciones tendientes a no verse

incluidos en la descripción fáctica del presupuesto. Consisten estos presupuestos en cláusulas generales que tratan de cubrir el mayor número de casos particulares.

6.2.- La construcción de Ataliba se basa en la hipótesis de incidencia, según la cual la norma jurídica, y también la tributaria contiene tres elementos: la hipótesis, el mandato y la sanción. La hipótesis es el supuesto descrito en la norma, la previsión de hechos que pueden ocurrir. El mandato es la orden de observar una conducta determinada para el evento de que se cumpla la hipótesis. La sanción se produce ante el incumplimiento del mandato.

Distingue el auto, - y aquí introduce una diferenciación no tan clara en la doctrina clásica -, entre hipótesis de incidencia tributaria o descripción legal del supuesto y el hecho imponible en sí mismo, el efectivamente acontecido, en unos determinado tiempo y lugar.

La hipótesis es la descripción de un hecho, de un estado de hecho, o de un conjunto de circunstancias de hecho, cumplidos los cuales en un caso concreto, da como resultado el hecho imponible.

La ley al describir en estado de hecho u otro de los fenómenos inmediatamente referidos, selecciona los caracteres que estima necesarios para el establecimiento de la hipótesis. Puede ser uno o varios los caracteres seleccionados. La hipótesis es un concepto legal autosuficiente, es decir que se explica por sí misma.

la hipótesis es única e inescindible, por lo que no consta de elementos, sino que respecto de ella, pueden estudiarse sus varios aspectos. Estos son el aspecto personal, el material, el temporal y el espacial. Los diversos aspectos no vienen siempre indicados en la ley en forma explícita, didáctica y ordenada. Constan dispersos, implícitos y es al intérprete a quien corresponde identificarlos, aplicando sus nociones y métodos. El hecho imponible es un hecho concreto, " ocurrido en un mundo fenoménico, como acontecimiento fáctico, sensible, palpable, concreto, material, aprensible y que corresponde a la imagen abstracta " (21). El estudio de las propiedades no jurídicas, fácticas , corresponde a los economistas y financistas. El hecho imponible es un hecho jurídico, no un acto jurídico. El concepto hecho económico es una categoría inexistente en el mundo del derecho.

RUPTURA

El hecho imponible se realiza en unos determinados tiempo y espacio, tiene una forma propia y una mensurabilidad definida y ha de referirse a una persona determinada e individualizada.

Por la subsunción, el hecho imponible coincide con la previsión o hipótesis de la ley. La subsunción debe ser completa y rigurosamente correspondiente a la descripción de la norma. Solo cuando esa subsunción se produce un hecho es imponible. De lo contrario existe un hecho irrelevante para el derecho tributario.

Ataliba, con una forma distinta de proponer los conceptos, llega a igual conclusión que la doctrina clásica, respecto de la existencia de la obligación tributaria, por la realización del hecho imponible. Dice: "La configuración del hecho, (aspecto material), su conexión con alguien, (aspecto personal), su localización, (aspecto espacial), y su consumación en un momento fáctico determinado (aspecto temporal), reunidos unitariamente, determina inexorablemente el efecto jurídico deseado por la ley: creación de una obligación jurídica concreta, a cargo de determinada persona, en un preciso momento" (22).

El aspecto temporal se refiere a la designación implícita o explícita en la norma, de cuando se debe considerar sucedido el hecho. Ordinariamente se considera acontecido cuando efectivamente ocurrió. Ataliba hace expresamente suya, la tesis de Paulo Barros Carvalho, Profesor de la Universidad Católica de San Pablo y apoya el punto de vista, de que, en cuanto al aspecto temporal, se debe diferenciar entre hipótesis que prevén el momento exacto para la ocurrencia del hecho imponible y aquellas otras que no hacen alusión al momento en que debe ocurrir. Critica la teoría clásica que divide a los presupuestos en ejecución instantánea y de tracto sucesivo. Sustenta que en lo último, donde se presenta el problema, lo relevante es el momento de la consumación, sin que importancia previa, el proceso anterior que pertenece al mundo prejurídico.

6.3.- Pérez de Ayala y González desarrollan una teoría sólida y crítica de la doctrina clásica. Comienzan por afirmar que el fenómeno tributario debe examinarse tanto desde el punto de vista estático, según ha ocurrido al estudiar la relación jurídica tributaria, cuanto desde el punto de vista dinámico, debiendo estudiarse la formación y extinción de las situaciones jurídicas que devienen de la realización del hecho

imponible, y no únicamente la obligación tributaria y el derecho de crédito que le corresponde.

En la moderna teoría tiene importancia el procedimiento de imposición que es un conjunto de actos originados en el deber tributario y en el poder de imposición. De este modo se traslada el centro de gravedad de la teoría tributaria, desde el presupuesto de hecho o hecho imponible en sí, a sus efectos jurídicos. Para ello hace falta referirse a los deberes jurídicos obligacionales y a los deberes jurídicos no obligacionales, según exista o no, correlativamente a los mismos, un derecho subjetivo de crédito de la administración. En la teoría general del derecho se presentan -al decir de los autores-, las siguientes situaciones jurídicas: obligatoriedad, o deber jurídico general que entraña un sometimiento y adecuación de conducta al sistema jurídico; deber jurídico particular, que se refiere a quién en concreto, se sitúa dentro de la esfera de actuación de la norma, si que necesariamente aparezca del otro lado, en forma correlativa, un derecho subjetivo; y, obligación una clase de deber jurídico particular, integrado en una relación que da lugar a una deuda y a un derecho subjetivo de crédito, discutiéndose si la patrimonialidad, es o no una de sus notas esenciales.

La idea nueva, revolucionario, según se afirma, radica en sustentar, que la obligación de dar, en que se traduce el pago del tributo, no es siempre objeto y contenido de una obligación tributaria, sino que pueden haber casos, en los que sea objeto únicamente, de un deber jurídico no obligacional.

Del lado de la administración procede referir lo siguiente: la facultad de ejercitar actos de imposición, la de ejercitar potestades frente a una serie de deberes específicos de los administrados, previas o posteriores a la realización del hecho imponible, las que por lo general son regladas, y la de ejercitar una pretensión concreta de cobro.

En conclusión esta nueva doctrina asegura que de la realización del hecho imponible, no surge inmediatamente un derecho de crédito a favor del Estado. Dicen los autores: "De la realización del hecho imponible no nace inmediatamente un derecho de crédito al tributo, a favor del Estado, si no un comportamiento legalmente debido a cargo del contribuyente, impuesto por la ley, y en favor del Estado, si no un comportamiento legalmente debido a cargo del contribuyente impuesto por la ley, y en favor del Estado, que debe calificarse no

RUPTURA

como una obligación propiamente dicha del administrado, sino un deber jurídico particular frente al cual no existe un derecho subjetivo del Estado" (23).

6.4.- Respecto del hecho imponible cabe analizar algunos puntos de interés.

En primer lugar es necesario referirse a su concepto y naturaleza y luego tratar de sus aspectos subjetivo, material y temporal.

La distinción entre la previsión de la ley o hipótesis de incidencia y el hecho mismo ocurrido en la realidad es de suma importancia. Entre los dos extremos media la diferencia que existe entre lo abstracto y lo concreto.

El hecho imponible es un hecho jurídico contemplado por la norma. Puede consistir en cualquier manifestación de capacidad contributiva, que el legislador la tiene en cuenta y que la configura como apta para el surgimiento de la obligación tributaria.

El hecho imponible no es un hecho económico, ni es pertinente la división entre hechos imponibles que son actos jurídicos y otros que no lo son, a los que denomina genéricamente hechos económicos. Unos y otros son hechos jurídicos, al ser consignados como hipótesis de incidencia tributaria. La expresión de voluntad, característica de los hechos negociables, produce sus efectos dentro de su campo, pero no trasciende al ámbito tributario.

El Modelo, Artículo 38, contempla situaciones de hecho y situaciones jurídicas que pueden servir de base al hecho generador. Ello no contraría lo antes expuesto, pues, la diferenciación se la hace para el efecto de conocer el modo como puede ocurrir el hecho generador. La ley Española, Artículo 28, expresamente clasifica el hecho imponible, y dice que pueden ser de naturaleza jurídica y de naturaleza económica. No es apropiada esa clasificación, pues, los hechos imponibles, son siempre hechos jurídicos, según antes se indica. Podrían haber otros hechos que no se encasillen inequívocamente como jurídicos o económicos, a menos que se designe como económicos, a todos aquellos que no son jurídicos, lo que resulta arbitrario y falto de fundamento. Igual observación cabe al Código Ecuatoriano, Artículo 16, el cual se refiere al hecho generador, atendiendo a conceptos económicos. El Código de Uruguay, Artículo 24, el CFF, Artículo 6, y el de Bolivia, Artículo 37, aluden a situaciones de hecho y a situaciones jurídicas y en esta parte siguen al Modelo. Considerar la situación de hecho y las situaciones jurídicas del hecho imponible, es útil para la

interpretación de las normas que lo establecen y poder dilucidar si se ha cumplido o no.

De acuerdo a la legislación común, existen requisitos de los actos negociables, y bajo ese respecto, satisfechos o no los mismos, podremos concluir, que la situación que de ello deriva, da o no como resultado la existencia del hecho imponible.

El hecho imponible sirve para configurar el tributo. Cada hecho imponible es diferente y específico. La norma al describirlo, incluye los aspectos que considera son los relevantes para que produzcan sus efectos peculiares. El hecho imponible es un todo global e inescindible, que se produce o no en realidad. El Modelo, Artículo 39, el del Uruguay, Artículo 25 y el de Bolivia, Artículo 39, prevén la posibilidad de que esté sujeto a condición. Siguiendo los principios del derecho obligacional, disponen que se considerarán perfeccionados, al momento de su realización, si la condición fuese resolutoria y al cumplimiento de la misma, si ésta fuere suspensiva. Sin embargo, el hecho imponible es todo y los problemas referidos a los efectos de las condiciones, son del derecho común, se resuelven dentro de su órbita, y lo que hace la norma tributaria, es tomarlos como hechos ocurridos o no. De allí que los otros Códigos, a los que venimos refiriéndonos, no incluyen en sus disposiciones lo relativo a las condiciones. El Modelo, Artículo 40 va más lejos, trata no solo de los actos jurídicos sujetos a condición, sino inclusive de los hechos generadores condicionados, lo que no es un logro.

El hecho imponible se cumple respecto de un determinado sujeto, que por ese mismo acontecer, tiene la condición de contribuyente. El elemento material constante en la hipótesis, debe encontrarse en una determinada relación con el particular. En cada caso hay que desentrañar esa relación, que no siempre es explícita. Al intérprete toca descubrirla mediante el análisis de la norma y del sistema. Los responsables por deuda ajena, también deben encontrarse en una determinada relación con el elemento material, pero no directamente, sino a través del contribuyente.

El hecho imponible debe ocurrir en el tiempo, como todo suceso. Decir que para que produzca efectos debe haber ocurrido, es demasiado simplista y no refleja las dificultades que se presentan en la práctica. Existen hechos imponibles que se producen en un momento preciso,

RUPTURA

respecto de los cuales no surgen problemas. pero hay otros que requieren de un periodo en el tiempo para su existencia. Entonces cabe la cuestión del valor que aisladamente puedan tener las sucesivas etapas que van decurriendo. Esto especialmente porque durante ese lapso, pueden producirse reformas legales, dentro de las cuales no se regule expresamente respecto de las situaciones ya producidas. Existe un real peligro de que se opere un efecto retroactivo de una ley, lo que está prohibido por la Constitución.

Frente al problema se han adoptado dos soluciones. La primera divide a los hechos imponible en de ejecución instantánea y tracto sucesivo; la segunda, sostenida por Ataliba y Barros Carvalho, divide a los hechos imponible en dos clases: unos respecto de los cuales la norma prevé el momento de su cumplimiento, y otros en los que la norma prevé el momento de su cumplimiento, y otros en los que la norma no lo prevé. La doctrina clásica que propicia la primera de las dos soluciones, supone un proceso de consolidación e ciertos hechos imponible, la de Ataliba y Barros Carvalho, simplemente que haya ocurrido o no el hecho imponible.

Para el nacimiento de la obligación principal, es decir, la de pagar la prestación, es aplicable la tesis de Ataliba y Barros Carvalho, mas, para el cumplimiento de las otras obligaciones, la de carácter formal, tiene importancia la consideración de la doctrina clásica sobre la existencia de hechos generadores de tracto sucesivo. También lo tiene, para el caso de que se produzcan reformas legales durante el proceso de consolidación del hecho imponible, que deriven en una mayor o menor carga tributaria, caso en el cual, al no haberse producido cabalmente el hecho imponible, ni haber nacido la obligación tributaria principal, mal cabría asegurar que se ha dado efecto retroactivo a la norma.

Sobre los efectos que atribuye al hecho imponible la doctrina clásica, asienta Pérez de Ayala su crítica y su construcción tributaria. Según el autor, por el sólo cumplimiento del hecho imponible, no nace siempre la obligación tributaria la que supone necesariamente un correlativo derecho subjetivo de crédito de la administración, sino únicamente un deber particular de pago del tributo, y un poder de la administración, no correlativo, poder que se denomina potestad impositiva, que comprende facultades para determinar y liquidar tributos, ya originariamente, ya en vía de control y corrección de la actividad del administrado.

Es necesario poner de relieve tres planos: el nacimiento de la obligación, su exigibilidad y los consecuentes poderes de la administración. Es verdad que toda obligación supone un derecho subjetivo de crédito que le corresponda, pero no lo es, el que este último se pueda ejercitar instantáneamente a su surgimiento. De allí que quepa diferenciar entre nacimiento de la obligación y su exigibilidad. El conocer el monto al que alcanza la obligación, lo que se obtiene gracias a su determinación y liquidación, efectuadas por el contribuyente o por la administración, es indispensable para ejercitar la pretensión de cobro. Las facultades de la administración que integran la potestad de imposición, para determinar y recaudar tributos, le son propias y las ostenta de modo general, sin referencia a sujeto alguno. Cuando se produce el hecho imponible, se concretizan esas facultades, respecto de un determinado contribuyente y con referencia a un determinado caso impositivo.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1.- De la Garza, Sergio F. *Derecho Financiero Mexicano*, Editorial Porrúa S.A. México 1968 p. 427
- 2.- Margain Monutou, Emilio *Introducción al estudio del Derecho Tributario Mexicano*, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México 1983 p. 294
- 3.- De la Garza, Sergio F. *Ob. Cit.* p. 458.
- 4.- Beltrán Flores, Luis *Lecciones de Derecho Fiscal*, Editora Lex Nova, Valladolid, España 1968 p. 14.
- 5.- Perulles Bassas, Juan José *Manual de Derecho Fiscal*, Librería Bosch, Barcelona, España 1961 p. 221 a 225.
- 6.- Giuliani Fonrouge, Carlos M. *Derecho Financiero Vol. I*, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1976 p. 363.
- 7.- Montero Traibet, JP. *Derecho Tributario Moderno*, Tomo I, Vol. Segundo, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1980 p. 59.
- 8.- Pérez de Ayala, José Luis y González Eusebio, *Curso de Derecho Tributario (I)*, EDERSA, Madrid 1975 p. 287 y siguientes.
- 9.- Micheli, Gian Antonio *Curso de Derecho Tributario*, EDERSA, Madrid 1975 p. 162
- 10.- Giuliani Fonrouge, Carlos M *Obra citada*, Vol. I p. 404
- 11.- De la Garza, Sergio F. *Ob. Cit.* 1985 p. 515.
- 12.- Giuliani Fonrouge, Carlos M. *Ob. Cit.* Vol. I p. 403
- 13.- Pérez de Ayala, José Luis y González Eusebio, *Ob. Cit.* I p. 274.
- 14.- Pérez de Ayala, José Luis y González Eusebio, *Ob. Cit.* I p. 275
- 15.- De la Garza, Sergio F. *Ob. Cit.* 1985 p. 512.
- 16.- Carretero Pérez, Adolfo. *Derecho Financiero*, Santilla S.A. Ediciones, Madrid 1968 p. 436
- 17.- Kruse, H.W. *Derecho Tributario*, EDERSA, Madrid 1978 p. 311.
- 18.- Hensel, Albert. *Diritto Tributario*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1956 p. 89.
- 19.- Montero Traibet, JP. *Ob. Cit.* Tomo I, Volumen segundo p. 73.

RUPTURA

20.- Micheli, Gian Antonio Ob. Cit. p. 218

21.- Ataliba, Geraldo Hipótesis de Incidencia Tributaria, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1977 p.67.

22.- Ataliba, Geraldo Ob. Cit. p. 70

23.- Pérez de Ayala, José Luis y González Eusebio Ob. Cit. (I) p. 144 y 245

✓ ✓

Desde la expedición de normas como la Ley de Modernización del Estado, las recientes reformas introducidas a la Ley de Régimen Tributario Interno y la nueva Ley Orgánica de Aduanas, el silencio administrativo ha cobrado especial interés, especialmente en materia tributaria. Nos ha tocado asistir a una verdadera "revolución jurídica" que ha supuesto el replanteamiento de los fundamentos mismos del derecho administrativo tributario. En el antiguo régimen, el silencio administrativo implicaba denegación tácita. Ahora, la falta de resolución por parte de la Administración dentro de los plazos establecidos por la ley tiene un valor positivo y constituye admisión favorable del pedido o reclamo deducido por el contribuyente. Se trata, pues, de un giro copernicano: el centro del derecho administrativo tributario ya no es el interés del Estado sino el bien de los contribuyentes. Tal giro, aunque parece perjudicar al Estado, vuelve las cosas a su orden natural e, incluso, será muy beneficioso en el proceso de modernización. El autor del artículo que presentamos a continuación actualmente es estudiante de nuestra Facultad.

EL SILENCIO ADMINISTRATIVO Y SU APLICACIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA

Michel Leví Coral

1. SILENCIO ADMINISTRATIVO

Por silencio se entiende jurídicamente la abstención, en cualquier forma negativa, de toda manifestación de voluntad capaz de producir efectos jurídicos. Tiene lugar como manifestación de voluntad en cuanto la Ley le reconozca efectos jurídicos y responda a una obligación de obrar. Silencio Administrativo será entonces, la ausencia de pronunciamiento de la Administración sobre peticiones que se le han hecho y sólo tiene efectos en cuanto legalmente se le atribuya algún valor.⁽¹⁾

¹ SAYAGUIÑÉS LASO, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, T. I, Montevideo, 1963, pag. 435/
Jesús González Pérez, Los Recursos Administrativos Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1969, pag. 124

RUPTURA

El silencio administrativo puede ser positivo o negativo, según se considere resuelta favorable o desfavorablemente la petición. En materia de reclamos o recursos se acepta como principio general el silencio negativo, excepcionalmente se consagra el positivo.⁽²⁾

2. CAUSAS

El fundamento de la consagración del silencio responde a la necesidad de asegurar a los particulares sus derechos, de tal modo que no quede indefinidamente pendiente la resolución de sus peticiones en perjuicio de sus intereses, de la seguridad jurídica, e inclusive la regularidad administrativa.⁽³⁾

Con ello se garantiza más ampliamente los derechos de petición y de obtener pronta resolución, que se hallan consagrados en nuestra Constitución. Con el silencio negativo se logra la apertura de la vía contenciosa, que es una importante garantía de los administrados.

La Administración no puede omitir o demorar el dictar una resolución expresa sobre las cuestiones que debe decidir, porque siempre prevalece la obligación de dictar un pronunciamiento rápido y eficaz, esa obligación se encuentra reconocida por un fundamento superior al de una parcial o aparente conveniencia del órgano administrativo que debe dictar una resolución.

El silencio administrativo no es en realidad una verdadera forma de terminación de los trámites administrativos, sino que es una presunción que ha sido establecida en garantía de los propios administrados, que de otro modo se verían afectados en sus derechos y posibilidades jurídicas por la mera inactividad de la Administración⁽⁴⁾ Escola nos indica claramente que la presunción negativa o positiva formulada por la Ley, es la que da validez al silencio administrativo, ya que impone las condiciones y procedimientos por los que llegará a tener efectiva trascendencia jurídica.⁽⁵⁾ La forma más común en los reclamos o en los recursos administrativos es la denegación, pues su significación da origen a la procedencia de nuevos recursos o de la apertura de la

2 GOMEZ MEJIA, Guillermo, Los Recursos Administrativos, Ed. Kelly, Bogotá, 1976, pág. 88

3 ESCOLA, Héctor, Tratado General de Procedimiento Administrativo, Depalma, Buenos Aires, 1973, pág. 228

4 González Pérez, Jesús, Los Recursos Administrativos Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1969, pág. 25.

5 ESCOLA, Héctor, ob. cit., pág. 230

instancia contencioso administrativa. En nuestra legislación el silencio administrativo se manifestó durante mucho tiempo de ese modo; el mismo Código Tributario establece la figura de la denegación tácita en su Art. 102, por lo cual la petición hecha por un contribuyente, que no fuera resuelta en el plazo establecido por la Ley, se entiende denegada por la Administración. Sin embargo, la normativa actual busca transformar este principio por el del silencio administrativo positivo.

Escola da una conclusión muy importante en torno a este tema al decir que, en sí mismo, el silencio administrativo no constituye una verdadera resolución tácita de la Administración, sino que esa significación la adquiere por imperio del mandato de la Ley, que le otorga relevancia jurídica y le asigna ese carácter, de acuerdo a lo establecido en cada ordenamiento.⁽⁶⁾

Casi toda la normativa del silencio administrativo comienza por establecer un plazo dentro del cual la Administración debe dictar la resolución expresa. En nuestra legislación se producen sus efectos en forma inmediata, por el transcurso del plazo legal establecido y en el caso de resoluciones que no cumplan con los requisitos señalados por la Ley. Los Arts. 125, 136 y 143 establecen que las resoluciones deben expedirse en el plazo de noventa días, contados desde el día hábil siguiente al de la presentación del reclamo; para el caso de los recursos de reposición en el plazo de treinta días posteriores a la presentación del dictamen jurídico o de la conclusión del período de prueba; y en los recursos de revisión en el plazo de noventa días. En caso contrario opera la Denegación Tácita establecida en el Art. 102. Sin embargo, a partir de la publicación de la Ley N° 5 de 10 de marzo de 1994, el principio mencionado y los plazos han variado notablemente; ese hecho al igual que otros de vital importancia serán analizados con la debida profundidad más adelante.

3. EFECTOS

El efecto principal del silencio administrativo negativo es abrir la posibilidad de demandar el acto ante la jurisdicción contenciosa, porque el agotamiento de la vía administrativa es indispensable para el ejercicio de las acciones contenciosas, ya que tiene el carácter de un presupuesto procesal. Si la vía administrativa se agota una vez resueltos los recursos interpuestos, el contribuyente debería esperar

6 ESCOLA, Héctor, ob. cit., pág. 231.

indefinidamente por la decisión expresa sin poder accionar; sin embargo, como se encuentra consagrada la denegación tácita, el transcurso del plazo sin que exista una decisión por parte de la Administración tiene el valor de agotar la vía administrativa.

Sin embargo, la Administración se encuentra obligada a resolver, porque la operancia del silencio no significa que el acto sea tácito y que por ello pierda su competencia para resolver, pues la norma que consagra la denegación tácita no tiene ese espíritu. El Silencio hace presumir la denegación del recurso únicamente para los efectos del agotamiento de la vía administrativa, es decir, para que el acto sea demandable ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal, en materia de tributos, por ello se da una situación de hecho producida por el transcurso de un plazo sin que la Administración resuelva el recurso y no ante una manifestación no formal de la voluntad, como se podría creer. Para Sayagués Laso, esa situación de hecho implica el que se puedan dar ciertas consecuencias jurídicas para el contribuyente que reclama, pero no permite inferir la existencia de actos administrativos tácitos.⁽⁷⁾

La Administración tiene que resolver la solicitud del contribuyente, ya que el pronunciamiento expreso es una obligación que emana de la Ley y del principio que establece el derecho de petición como una garantía de las personas frente al Estado, mientras no sea sustituido por una Ley que dé origen al silencio positivo de la Administración.⁽⁸⁾

Uno de los efectos de la interposición de los reclamos y recursos es el de aplazar el momento en que los términos empiezan a correr; por ello, hasta que el acto no se encuentre firme, estado que sólo lo adquiere cuando se hayan resuelto esas actuaciones administrativas, el plazo para demandar ante lo contencioso no comienza a contarse, y sólo notificada la resolución expresa empiezan a correr para ejercitar las acciones respectivas. Por este motivo, los términos para ejercer la acción no corren sino a partir de la resolución expresa.

La finalidad del silencio administrativo es considerar agotada la vía administrativa, sin embargo la Administración conserva la obligación de decidir expresamente, por lo que su competencia no se pierde sino cuando se dicta la sentencia que, al poner punto final a la cuestión y declarar en forma definitiva el derecho, adquiere fuerza de cosa

7 SAYAGUÉS LASO, Enrique, ob. cit. pág. 440.

8 MARIENHOFF, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Ed. Abeledo Perrot, T. I, Bs.As. pág. 722.

juzgada que no puede ser desconocida por la Administración. Por este motivo, la competencia de la Administración para conocer el reclamo o recurso administrativos y ponerle fin con la resolución, sólo se pierde una vez dictada la sentencia definitiva y no cuando se encuentre conociendo el proceso el Juez de la causa.

El proceso administrativo sólo termina con la resolución, aún después de haber operado el silencio administrativo, o con la decisión judicial. En este último caso, la terminación sería excepcional ya que se produciría por la sustracción de la competencia a la Administración.

Los efectos del silencio positivo son más concretos y determinantes. En este caso, la voluntad del legislador suple definitiva e irrevocablemente a la del organismo administrativo que no expresó su decisión en el tiempo oportuno, por lo que, ante la inactividad de la Administración, se forma un acto administrativo presunto por el que se reconocen las pretensiones del contribuyente en su totalidad.

Otro efecto concluyente de esta clase de silencio es la terminación del proceso administrativo y, en consecuencia, la Administración pierde su competencia para modificar el acto, incompetencia que se extiende a la administración contenciosa.⁽⁹⁾

4. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN NUESTRA LEGISLACIÓN TRIBUTARIA

En nuestra legislación tributaria se encuentra consagrada la Denegación Tácita cuando por falta de resolución por la Autoridad Tributaria, en los plazos fijados por la Ley, no se atiende la petición del contribuyente, lo que puede considerarse como negativa tácita de su solicitud, reclamación o recurso respectivo, y faculta al interesado para el ejercicio de la acción que corresponda. No obstante, si la Resolución de la Administración es necesaria para que se produzcan determinadas circunstancias jurídicas, su silencio no puede suplirla.

En cambio, se da Denegación Presunta por parte del sujeto activo, cuando las resoluciones no cumplen con los requisitos señalados en el Art. 126 del Código Tributario, y se entiende como negativa tácita conforme a lo señalado en el párrafo anterior. Sin embargo, tampoco se excluye la obligación de la Administración para dictar Resolución expresa, aunque el silencio administrativo hubiere provocado que el

9 GOMEZ MEJIA, Guillermo, ob. cit., págs. 90-91

RUPTURA

contribuyente deduzca una acción contencioso tributaria. Es importante resaltar los efectos que produce la Resolución dictada, cuando se produce este caso:

1. Si admite en su totalidad el reclamo, la controversia concluye.
2. Si admite parcialmente las pretensiones del reclamante, sirve de elemento de juicio para la sentencia contencioso tributaria.
3. Si la resolución es negativa en su totalidad, no surte ningún efecto para el contribuyente.

Artículos 102, 126 y 127 del Código Tributario.

No obstante, la Denegación Presunta" consagrada en el Código Tributario es una figura difícil de llevarla a la práctica.

La Ley de Modernización del Estado, publicada en el R.O. N° 349 de 31 de diciembre de 1993, en su artículo 28 se refiere al Derecho de Petición y establece que: "Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto". Y a continuación aclara que ningún órgano debe suspender trámites y menos aún negarse a expedir una decisión administrativa sobre las peticiones o reclamos de los administrados. En la parte que nos interesa, cuando se refiere al silencio administrativo, concluye que se lo entenderá como que la solicitud, pedido o reclamación hecha por el administrado, ha sido aprobada o resuelta favorablemente por la Administración. Esta ley da un cambio trascendental a la forma en la que debe entenderse al silencio de la Administración, pues lo transforma de la tradicional negativa en la que muchas veces se escudaba el sujeto activo, refiriéndome exclusivamente a la materia tributaria, para no pronunciarse sobre los pedidos hechos por los contribuyentes, al positivo que procura una solución favorable a las innumerables controversias que se producen por los actos y resoluciones administrativas emitidas por el Fisco.

Sin embargo debe destacarse en la norma mencionada, la salvedad que establece en el plazo, cuando dice:"..., salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto". Para aclarar este punto es necesario acudir a lo que determina el Código Tributario, cuando se refiere al plazo que tiene la Administración para expedir resoluciones en las peticiones, reclamos, recursos o consultas. El Art. 125 señala que las resoluciones deben expedirse en un plazo de noventa días, que debe contarse a partir del día hábil siguiente al de la presentación del reclamo, o al de aclaración o ampliación que disponga la Autoridad Administrativa, y a continuación enumera algunas excepciones

referentes a los plazos cuando existe falta de informes, cuando se abren los periodos de prueba y se practican actos de Determinación Complementaria, y en el caso de reclamaciones aduaneras. Cabe destacar que es un deber sustancial de la Administración la expedición de resoluciones motivadas, de acuerdo a lo mencionado en el numeral 5 del Art. 101.

De la relación anterior, se puede concluir que el Código Tributario establece un plazo distinto al de la Ley de Modernización del Estado para que se pronuncie el sujeto activo, por lo tanto el plazo señalado en esa Ley no tendría valor para esta materia, por lo que se debería exigir un pronunciamiento en el plazo de noventa días hábiles, en caso contrario el silencio de la Administración sería favorable para el contribuyente. Hasta este momento no existiría ningún inconveniente con la norma citada, sin embargo, es necesario verificar lo que sucedió en el mismo Registro Oficial en el que se publicó esta Ley, con las reformas que se introdujeron en la normativa tributaria.

En el R.O. N° 349 de 31 de diciembre de 1993, también se publicó la Ley Reformatoria de Régimen Tributario Interno, que entre los cambios que introduce, es necesario destacar la que se encuentra en la disposición final primera, que en su segundo inciso dice: "Salvo que las pertinentes normas tributarias prevean expresamente otro efecto, el silencio administrativo en el ámbito tributario siempre será considerado como negativa tácita de la petición, reclamación o recurso respectivo, y facultará al interesado el ejercicio de la acción que corresponda". Esta ley contradice en forma expresa lo que había manifestado en el párrafo anterior, cuando me refería a los efectos relativos al silencio administrativo establecidos en el Ley de Modernización del Estado, pues no se acoge al establecimiento del silencio positivo en favor del administrado y mantiene radicalmente el sistema determinado por el principio de la Denegación Tácita. Pero, a la vez, confirma el criterio vertido sobre el plazo de noventa días que tiene la Administración Fiscal para pronunciarse respecto de las solicitudes hechas por los contribuyentes.

Con invalorable acierto, en el R.O. N° 396 de 10 de marzo de 1994, fue publicada la Ley N° 05 que contiene las reformas de la Ley N° 51 Reformatoria de la Ley de Régimen Tributario Interno. La pretensión de esta nueva normativa en materia tributaria fue enmendar una serie de errores e imprecisiones contenidas en la Ley N° 51, entre ellas la relativa a la norma que se encontraba en la disposición final primera, citada y

RUPTURA

analizada previamente, que no tuvo larga duración porque fue sustituida con otra mucho más acertada desde mi punto de vista, que guarda armonía con administrados todo el panorama legal que se había creado en torno al silencio administrativo.

La norma sustitutiva que se encuentra en el Art. 21 de la Ley N° 05 establece que a partir del 1 de enero de 1995 la Administración tendrá un plazo de ciento veinte días para resolver o atender las reclamaciones, peticiones o recursos de los contribuyentes, en todos los casos en los que el Código Tributario y las demás Leyes Tributarias prevean o no plazos específicos. En caso de que vencido ese plazo, la Administración no se pronunciara expresamente sobre las reclamaciones, peticiones o recursos de los contribuyentes, el silencio administrativo se considera como aceptación tácita de éstos y el funcionario que haya sido su causante puede ser removido de su cargo sin perjuicio de otras acciones que puedan tomarse en su contra.

Esta reforma, insisto, tiene trascendental importancia porque transforma el tradicional principio de la denegación tácita que daba origen al silencio administrativo negativo, en el de la aceptación tácita por el que se toma el silencio administrativo positivo como nuevo principio rector en esta materia. De esta manera se busca agilizar el proceso que realiza la Administración Fiscal para tomar decisiones de una forma más rápida, que le resulta beneficiosa tanto a ésta como al contribuyente que ha reclamado sus derechos. Se disminuye la presión de causas ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal, pues si se produce el silencio administrativo son aceptadas tácitamente las pretensiones del solicitante y ya no es necesario acudir por la vía contenciosa a reclamarlas.

En relación al aumento de plazo que se da de noventa a ciento días para que la Administración resuelva las solicitudes de los contribuyentes, me parece que es una forma de compensar el haber invertido los efectos del silencio administrativo negativo por los del positivo. Así, se pretende dar una oportunidad mayor al Fisco para que tenga el tiempo suficiente para resolver todos los asuntos pendientes, evitando una falta de pronunciamiento cuyos resultados le pueden ser desfavorables. Personalmente creo que no era necesario aumentar el plazo, porque noventa días hábiles es un tiempo razonable para poder resolver cualquier petición, reclamo o recurso que el sujeto pasivo de la obligación tributaria tenga en contra del sujeto activo. Considero muy importante la innovación referente a la remoción del cargo del

funcionario por cuya negligencia se haya producido el silencio administrativo favorable al contribuyente, pues es una forma para que los empleados públicos encargados del área tributaria valoren sus funciones y no permitan que los intereses del fisco se vean perjudicados por un manejo negligente de las solicitudes de los administrados. Sin embargo se corre un riesgo al implantar este sistema, ya que en muchos casos es probable que el funcionario encargado de resolver la petición hecha se encuentre en apuros el momento que transcurrió gran parte del plazo legal para hacerlo y decida tomar la vía más sencilla que es la de negar sin argumentos la solicitud planteada. Espero que esto sea simplemente una probabilidad, porque en caso contrario se volvería a la lentitud que parece característica en la solución de las reclamaciones hechas por los contribuyentes.

También es importante recalcar que esta norma deroga tácitamente a todas aquellas que prevean plazos específicos para resolver o atender peticiones, reclamos o recursos planteados por los contribuyentes y establece un plazo único para aquellas en las que no estuviera previsto. Este plazo es de ciento veinte días hábiles, por lo tanto, la Administración está obligada a resolver dentro de ese tiempo, de forma improrrogable. Ateniéndose al tenor de lo establecido en el artículo 38 del Código Civil, queda vigente en la Ley reformada tácitamente todo aquello que no pugna con las disposiciones de la ley anterior, por lo que desde mi punto de vista, no se afectan los demás plazos establecidos en el Código Tributario y otras Leyes de la materia en lo referente a los términos de prueba, presentación de informes y otras diligencias que sean necesarias para la tramitación de las peticiones, reclamos y recursos que se presentaren al partir del 1 de enero de 1995.

En materia aduanera, la Ley Orgánica de Aduanas publicada en R.O. N° 396 de 10 de marzo de 1994, dispone en su artículo 83 que el Administrador de Distrito debe resolver en instancia única y definitiva las reclamaciones en el plazo de treinta días hábiles, contados desde el día hábil siguiente al de la presentación del reclamo. A este plazo debe ser añadido el que se hubiera concedido para la presentación de pruebas, que no puede exceder de quince días hábiles. Es decir, se otorga un plazo de cuarenta y cinco días hábiles para que la Administración Aduanera resuelva las reclamaciones que le fueran presentadas, en el caso de que sea necesario el término de prueba.

RUPTURA

El artículo 84, trata sobre la aceptación tácita de los reclamos administrativos y establece que la falta de resolución de la Administración en el plazo determinado en el artículo 83, produce la aceptación tácita del reclamo, por lo que se ratifica la línea del silencio administrativo positivo en favor del contribuyente, situación que concuerda con lo expresado en los párrafos anteriores. Sin embargo en esta norma se hace una puntualización que creo debió ser mencionada en las reformas introducidas a la Ley N° 51, en lo referente a la exclusión del deber de la Administración de dictar resolución expresa, que serviría para evitar malas interpretaciones del Fisco en lo referente a los efectos del silencio administrativo positivo.

Otra particularidad introducida por esta Ley en el tema tratado, se refiere a la imposición de una multa equivalente a diez salarios mínimos vitales a los funcionarios que sean responsables de la aceptación tácita, sin perjuicio de su responsabilidad personal y pecuniaria. Frente al régimen anterior, es duro el tratamiento que se da a los funcionarios de la Administración que no resuelvan en el tiempo previsto por la Ley, lo que a mi parecer es positivo porque evitará en el futuro que la irresponsabilidad reine en el ámbito de la administración tributaria.

Además, resulta importante el haber determinado con precisión que la aceptación tácita tendrá carácter del acto ejecutoriado, por lo que de acuerdo al artículo 84 del Código Tributario, tiene el carácter de resolución sobre la que no se puede recurrir en la vía administrativa.

Cabe una duda en lo que se refiere a la aplicación del plazo de treinta días establecido por la Ley Orgánica de Aduanas para que sean resueltos los reclamos administrativos, frente al de ciento veinte días determinado por la Ley N° 05.

Efectivamente como quedó anotado, el primer inciso del artículo 21 manifiesta que a partir del 1 de enero de 1995 sólo rige el plazo de ciento veinte días para resolver los reclamos, dejando sin vigencia los plazos previstos por el Código Tributario y las demás Leyes Tributarias para dictar resolución. Creo que el plazo de treinta días previsto en la norma de la Ley Orgánica de Aduanas sólo podrá ser aplicado hasta el 31 de diciembre de 1994, porque la derogatoria es expresa en ese tema y abarca a toda la legislación que se refiere a materia tributaria. Sin embargo, también se ha planteado el criterio que define a la Ley Orgánica de Aduanas como una Ley Especial en esa materia y por lo tanto no se podría aplicar la derogatoria expresada. En lo que a este tema se refiere, me inclino por la primera alternativa, claro está, con el

debido respeto a las personas que discrepen de ese planteamiento y crean que la relativa a la Ley Especial es la correcta.

De mi punto de vista la Ley Orgánica de Aduanas, si bien es cierto es una Ley Especial, pero está enmarcada dentro del panorama de la legislación referente a materia tributaria, por lo tanto, también se vería afectada por la derogatoria establecida en la Ley N° 05, cuya vigencia rige a partir del 1 de enero de 1995. Para complementar a lo anterior, es necesario mencionar que la Disposición Final Segunda de la Ley N° 05 es clara cuando se refiere a que sus normas prevalecerán sobre otras de carácter general o especial que se le opongan; y el artículo 21 de la misma Ley lo es más, cuando dice que a partir del 1 de enero de 1995, en todos aquellos casos en que el Código Tributario y demás Leyes Tributarias prevean o no plazos específicos para resolver o atender las reclamaciones o recursos de los contribuyentes, la Administración Fiscal tendrá el plazo de ciento veinte días hábiles para pronunciarse. No obstante, por la serie de criterios posteriores que pudieran vertirse al respecto, me parece conveniente solicitar a la Legislatura que se pronuncie sobre este tema en particular, para que no se produzcan contradicciones en el futuro que únicamente perjudicarían al Fisco y al Contribuyente.

Este artículo se sujeta a cualquier opinión que examine con más acierto el tema que se propone.

DERECHO MUNICIPAL

La propuesta del autor, Doctor en Jurisprudencia por la PUCE y Jefe de Rentas del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, es la construcción de un nuevo Municipio: un gobierno con plenitud de facultades. En él se recogen planteamientos que trascienden la letra de la Ley de Distrito Metropolitano. Uno de ellos es el relativo al deber ser de las funciones municipales (legislativo, ejecutivo y judicial) sugerido como una necesidad de la comunidad, más allá de las limitaciones doctrinarias. Sin embargo, el autor no ha dudado en cargar las tintas en el tema de la administración municipal, donde la tarea más importante es la investigación. Termina el artículo con algunas consideraciones sobre las tendencias y los problemas de las polis contemporáneas. La tarea es buscar un entorno más humanitario en medio de las dificultades de la expansión urbana de fin de siglo.

HACIA LA NUEVA CONCEPCIÓN DE MUNICIPALISMO

Dr. Miguel Angel Bossano R.

I.- EL DEBER SER DE LAS FUNCIONES MUNICIPALES

Nada nuevo nos aportaría el estudio de las funciones del Municipio desde la perspectiva de su realidad, lo que no ocurre al abordar las temáticas a partir del deber ser, pues a más de sus implicaciones de carácter doctrinal, es presupuesto elemental para la comprensión y mejoramiento de los textos legislativos, en la regulación de la competencia municipal.

Es indudable que el poder municipal es uno pero no es menos cierto que para su ejercicio, requiere de tres funciones prioritarias que se complementan y desarrollan armónicamente en la tarea de gobernar a la comunidad local.

Frente a quienes juzgan con superficialidad lo relativo a este punto y que califican de exagerada y aberrante la aplicación del esquema derivado de los postulados de Montesquieu al gobierno comunal, está una amplia, fuerte y bien cimentada corriente que pugna por el

RUPTURA

establecimiento y reconocimiento de las funciones legislativa, ejecutiva y judicial.

Esto no implica que se soslaye o se pase por alto el considerar la esencia, lo formal y lo material de cada función. Lo ideal sería que nuestra legislación, sin tibiezas adoptara esta directriz, atenta la naturaleza jurídica del municipio que es un nivel de gobierno.

Según el tratadista Bidart Campos "el poder es siempre una capacidad o competencia que denota energía y fuerza, disponer de poder es precisamente contar con los medios y posibilidades para algo. El poder hacer del Estado, denota precisamente la capacidad o competencia típica del poder. Y denota energía. Por eso, el poder es dinámico y el Estado una realidad en devenir, en proceso, en constante hacerse".(1)

"El poder es un mando. El poder del Estado es un mando político, en el que subyace el fenómeno sociológico de la dominación. Sólo que tal dominación se reviste de juridicidad. Los gobernantes mandan en nombre de la Ley y apoyados en ella". (2)

El poder político es entonces aquella expresión ordenadora que plasma su actividad en el orden jurídico mediante las llamadas funciones legislativa, ejecutiva y judicial, también conocidas como funciones del Estado.

Recordemos brevemente a que se refieren cada una de ellas:

- a) Función Legislativa: tiene como contenido a la ley que es una regla imperativa absoluta de carácter innovador, orientada al bien común.
- b) La Función Ejecutiva: Su objeto es la aplicación de una norma o una relación jurídica, creando un derecho, una obligación o una situación subjetiva. Tiene dos funciones importantes la de gobierno y la administrativa, ésta más próxima a un fin particular y aquella tendiente al bien público.
- c) La Función Judicial: Íntimamente ligada a la Función Ejecutiva, de tal suerte que muchos autores niegan toda diferencia entre ellas, sin embargo su fin no es la actuación concreta de los fines sino la actuación y mantenimiento del orden jurídico, es decir, aparece vinculada a la seguridad y sanción del Derecho.

"Las teorías gemelas de la doctrina de la separación de poderes y el control y equilibrio de poderes, fueron popularizadas por el barón de Montesquieu, cada vez que se otorga poder se corre el riesgo de que se abuse de él. Darle a un hombre una autoridad amplia es convertido en un tirano. La única manera, por tanto, de prevenirnos contra el mal uso del poder es dividirlo en varios departamentos gubernamentales". (3)

El Derecho Público Político hace notar con énfasis la importancia de la delimitación de funciones inspirada fundamentalmente en la teoría de la "división de poderes" evidentemente el poder en sí es indivisible y por su propia naturaleza no puede dar lugar a escisiones, sino en todo caso, por su complejidad inminente origina la división de funciones.

FUNCIÓN LEGISLATIVA MUNICIPAL

La legislación propiamente municipal, es decir, aquella que puede expedir el Concejo o Ayuntamiento, recibe diversas denominaciones algunas de ellas se han conservado a través del tiempo e identifican plenamente, entre ellas los documentos llamados ordenanzas, que tienen fuerza reglamentaria y las resoluciones o acuerdos que de conformidad con nuestra Ley de Régimen Municipal son los actos decisorios del Concejo que versan sobre asuntos de interés particular o especial.

"El Concejo Municipal tiene atribuciones para establecer normas generales. Es el legislador seccional por excelencia. Las ordenanzas y reglamentos municipales ocupan, sin embargo un lugar inferior a la ley en la jerarquía normativa. Tal vez esta situación ha contribuido a que se acentúe el carácter casuístico de las regulaciones generales: las ordenanzas suelen ser minuciosas y descienden a detalles ínfimos, acentuando lo formal y dejando muy poco para la apreciación discrecional de las instancias ejecutoras. Este afán de preverlo todo, conduce a la profusión legislativa, alimentada además por esta tradición formalista que a nuestra cultura jurídica legaron los letrados españoles y alimentaron después las escuelas de derecho" (4)

La ordenanza, según lo anotado en el Diccionario Escriche es "La Ley o estatuto que se manda observar y especialmente se da este nombre a las que están hechas para el régimen de los militares, o para el buen gobierno de una ciudad, comunidad, corporación o gremio". (5)

RUPTURA

Hablar de Ordenanzas Municipales, es referirse al conjunto de órdenes sobre materias específicas, que deben ser acatadas por la agrupación comunal, sus aplicaciones no son muy amplias, dado que excluyen de su texto, preceptos sobre facultades y organización, esta es en gran parte la causa de que actualmente no sea usual ni frecuente encontrarnos con ordenanzas propiamente dichas.

Se podrían clasificar las ordenanzas a partir de la materia que regulan, de la siguiente forma:

- 1.- De policía o sancionadoras;
- 2.- Sociales;
- 3.- De Higiene y Saneamiento Ambiental;
- 4.- De Empresas y Servicios Municipales;
- 5.- De Obras Públicas y Planificación Urbana;
- 6.- De Centro Histórico;
- 7.- De Educación y Cultura; y
- 8.- Tributario-Financieras.

En razón de la actividad de la Administración serían de alcance interno y externo.

Dentro de la clasificación de las ordenanzas mencionamos aquellas que se refieren al Centro Histórico, evidentemente, será únicamente en aquellos casos en que ese Centro Histórico haya sido declarado, como en el caso del de Quito, Patrimonio Cultural de la Humanidad, o cuando sea de tal importancia cultural, urbanística o arquitectónica, que merezca una legislación local que le proteja.

Los acuerdos o resoluciones, como anotamos en líneas anteriores son aquellos actos decisorios del Concejo que de acuerdo al Art. 126 de la Ley de Régimen Municipal, versan sobre asuntos de interés particular o especial.

Desde el punto de vista formal la resolución es una decisión ejecutoriada tomada por el Poder Ejecutivo, y, desde el punto de vista material, se caracteriza por contener disposiciones de carácter particular que se oponen por ello a los actos de contenido reglamentario. Por tanto, se puede decir que "desde el punto de vista material la resolución es un acto de naturaleza legislativa y desde el punto de vista formal, de naturaleza administrativa". (6)

HACIA LA NUEVA CONCEPCION DE MUNICIPALISMO

La clasificación de las resoluciones, estaría ligada a la actividad de cada una de las comisiones o grupos asesores del Concejo o Ayuntamiento, esto es, Organización Administrativa, Legislación, Finanzas y Tributación, Expropiaciones Permutas y Adjudicaciones, Higiene y Saneamiento Ambiental, Obras Públicas, Educación, Vivienda, Urbanismo entre las más importantes.

Sin embargo, la ejecución de estas resoluciones, como mencionamos anteriormente, corresponde a la administración de tal suerte que la clasificación por su naturaleza sería en Administrativas de carácter interno, por un lado; y, por otro de carácter externo que implicaría un acto adicional de la Administración en cuanto a la notificación de ese acuerdo o resolución al beneficiario o afectado de la misma.

El procedimiento para la elaboración de una ordenanza o de una resolución debe comprender las siguientes fases:

1) Iniciativa; 2) Discusión; 3) Aprobación; 4) Sanción; 5) Publicación; 6) Iniciación de su vigencia.

Las disposiciones jurídicas tienen además de su propia función normativa, fines de formación y educación, deben ser claras y concisas, evitando ambigüedades, por ello siempre será necesario la conformación de verdaderos grupos asesores de orientación del cuerpo edilicio.

En cuanto a la publicación de la legislación municipal, se justifica por razón de economía, que se haga en el órgano de difusión oficial del Estado, pero es también recomendable que aquellos municipios que cuentan con suficientes recursos económicos, funden su propio diario, gaceta o periódico oficial, que les permita hacer del conocimiento general no sólo sus ordenanzas, sino todos aquellos acuerdos, resoluciones, jurisprudencia o doctrina que necesitan publicarse.

Los actos decisorios del Concejo tienen vigencia en el área territorial del municipio y su importancia es de primer orden, pues regula todo el ejercicio de la competencia municipal.

LA FUNCIÓN EJECUTIVA MUNICIPAL

El ejercicio preponderante de esta función radica en el órgano unipersonal, representativo y ejecutor, llamado Alcaldía o Presidencia del Concejo, cuyo titular es, evidentemente, el Alcalde o el Presidente del Concejo.

La expansión de las ciudades, el crecimiento demográfico y sus consecuentes necesidades a satisfacer nos hace pensar que no sea exclusivamente el alcalde, quien desempeñe las tareas administrativas, por la innegable imposibilidad material y por razones de orden práctico, la alcaldía cuenta con una organización administrativa interna, cuyos quehaceres se diversifican de acuerdo a ramas concretas. El tamaño de la burocracia municipal, depende en gran medida de factores presupuestarios y de la complejidad de los requerimientos de la población. Una gran oportunidad de poner en práctica nuevas fórmulas de gestión político-administrativa constituye el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, que a partir de la promulgación de su Ley establece una organización urbana y territorial novedosa. La Ley permite la creación de zonas metropolitanas centrales y zonas metropolitanas suburbanas cada una de ellas con su propio administrador, lo que implica un positivo proceso de descentralización y desconcentración administrativos. En consecuencia la autoridad municipal puede conocer cercanamente las exigencias y necesidades de los ciudadanos y atenderlas eficazmente.

"El poder ejecutivo, en su acepción funcional, suele adjetivarse también con la denominación de "poder administrativo", es decir, la función administrativa o ejecutiva del Estado como toda función la administrativa se manifiesta en una diversidad cualitativa y cuantitativa de actos de autoridad específicos que corresponden al tipo abstracto de "acto administrativo". Este acto según sus atribuciones esenciales presenta sustanciales diferencias respecto de los actos legislativos o leyes, por su parte, y los actos jurisdiccionales por la otra". (7)

Andrés Serra Rojas en relación a la función administrativa dice "Es la actividad que normalmente corresponde al Poder Ejecutivo, se realiza bajo el orden jurídico y limita sus efectos a los actos jurídicos concretos o particulares y a los actos materiales, que tienen por finalidad la presentación de un servicio público". (8)

El alcalde es el primer responsable de la administración municipal.

En la práctica el ciudadano común no se complica para él, el alcalde es, en primer lugar, "el señor alcalde", es decir, el personaje a quien se interpela, en el pueblo cuando algo no funciona entonces se le considera básicamente como el personaje encargado de las relaciones públicas, así también como el garante de la paz social en el municipio y como administrador de servicios, e incluso en los actuales momentos en que las ciudades crecen inmisericordemente como un empresario.

LA FUNCIÓN JUDICIAL MUNICIPAL

¿Cuál sería la función judicial a nivel municipal?

¿Tal vez los juzgados municipales? ¿Qué órgano tiene en la actualidad la competencia en esta área? ¿O será que no existe una verdadera función judicial?

Quedan aún bastantes preguntas sin aparente solución el hecho es que todas ellas nos conducen a reflexionar seriamente sobre la existencia del poder o función judicial en el Municipio.

Cuando nos referimos a esta función estamos aludiendo al cometido de imponer sanciones administrativas, por infracciones o faltas a las ordenanzas y resoluciones municipales.

La potestad sancionadora está en manos de la Administración, es enteramente necesaria, ya que es un complemento de la potestad de mando o imperativa. Esta sola no sería suficiente para asegurar el cumplimiento de las ordenes y mandatos puesto que siempre será indispensable la coerción, que se traduce en sanción correctiva y disciplinaria. "Privar a la administración de un poder sancionador que la mantenga, es privarla de defensa y condenar al desorden su labor". (9)

La potestad sancionadora está íntimamente vinculada con el "Poder de Policía", pues el carácter de esta según sostiene BIELSA, es esencialmente preventiva, la coerción y la represión policial sólo son ejercitados para establecer el orden material alterado y para disciplina de los infractores en general.

La Policía no tiene verdadera función jurisdiccional sino solamente administrativa.

RUPTURA

Rendón Huerta en su estudio sobre Derecho Municipal nos señala las principales funciones de lo que sería un posible Tribunal Calificador "el conocimiento y sanción de las contravenciones establecidas en las ordenanzas municipales, llegando a las pruebas idóneas para lograr el exacto conocimiento de las infracciones, condiciones de comisión de las mismas y la correspondiente responsabilidad, ordenar la reclusión de quien mereciendo sanción pecuniaria no exhiba el monto de las mismas, realizar la calificación de las infracciones cometidas ajustándose a las normas establecidas, amonestar cuando la contravención no merezca pena pecuniaria, ordenar que se expida los recibos y se envíe a la Tesorería Municipal el monto de las multas impuestas y delimitar su competencia, turnando a la agencia del Ministerio Público, los casos que requieran consignación". (10)

Por encima de divergencias doctrinales, están las necesidades de la comunidad, que para lograr sus objetivos y su satisfacción requieren de instrumentos y mecanismos administrativos y jurídicos, que permitan la construcción de un nuevo municipalismo, que es básicamente lo que estamos planteando en nuestros estudios.

II.- LA NECESIDAD DE UNA ADECUADA ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL

El examen desapasionado de la vida municipal en nuestro medio y de su legislación, nos merma la ilusión de verlo convertido en todo un gobierno con ejercicio de funciones propias y plenitud de facultades. Todo nos indica que no es suficiente el basamento conceptual ni esporádicas buenas administraciones sino que son necesarios complementos y medios para hacer posible el logro de tan amplios postulados.

La necesidad de una adecuada administración municipal, se explica con facilidad por las disímiles condiciones y la complejidad de aspectos a atender. "No basta con querer, es necesario, poder", ello implica evidentemente, una correcta planeación, organización, integración, dirección y control.

En otros términos, la administración pública y la administración general, hoy es importante, entre otros aspectos, por las siguientes consideraciones:

HACIA LA NUEVA CONCEPCION DE MUNICIPALISMO

1. Se da dondequiera que existe un organismo social, aunque lógicamente sea mas necesaria, cuando mayor y más complejo sea éste.
 2. El éxito de un gran organismo social depende, directa e inmediatamente, de su buena administración y solo a través de ésta, de los elementos materiales, técnicos, etc., con que ese organismo cuenta.
 3. Es indudable y obviamente esencial para todo organismo social una administración técnica y/o científica, por su magnitud y complejidad, de lo contrario simplemente no podrían actuar.
 4. Abre la posibilidad de competencia, ya que si se da un mejoramiento administrativo por la existencia de una adecuada coordinación de todos los elementos que intervienen en el proceso, se puede llegar a un aprovechamiento óptimo .
- 5.- La elevación de la productividad.
- 6.- "En especial para países en vías de desarrollo, quizá uno de los requisitos sustanciales es mejorar la calidad de su administración, porque para crear la capitalización, desarrollar la calificación de sus empleados y trabajadores, etc., bases esenciales para su desarrollo, es indispensable la más eficiente técnica de coordinación de todos los elementos, la que viene a ser, por ello, como el punto de partida de ese desarrollo". (11).

EL PROCESO DE ADMINISTRACIÓN

Para que se logre la comprensión del proceso administrativo, se ha dividido el mismo en varias etapas, cuyo número varía según el autor que se consulte. Nosotros nos adherimos a quienes afirman que el proceso administrativo consta de 5 etapas:

- 1.- Planeación
- 2.- Organización
- 3.- Integración
- 4.- Dirección
- 5.- Control

RUPTURA

1.- LA PLANEACIÓN

Es la determinación de lo que va a hacerse, incluye decisiones de importancia, como el establecimiento de políticas y objetivos, redacción de programas y determinación de métodos específicos y procedimientos; además, establecimiento de las células diarias de trabajo.

La planeación se ha hecho cada vez más importante en la administración municipal. El aumento de la población, el incremento de tránsito en las calles y carreteras, la tendencia de crecimiento en los negocios y la industria, las operaciones o técnicas que van mejorando y cambiando constantemente, han aportado un grado elevado de complejidad a los problemas locales que no permiten la improvisación.

Es tan importante la planeación, que la falta de tal, puede dar como resultado el fracaso de una operación. Pero debemos ser conscientes de los límites de dicha importancia, pues hay quienes se pasan su período de gestión, o la vida misma, "planeando", sin llegar jamás a concretar algo.

2.- LA ORGANIZACION

"Consiste en el agrupamiento de las actividades necesarias para llevar a cabo los planes a través de unidades administrativas, definiendo las relaciones jerárquicas entre ejecutivos y estableciendo las comunicaciones en sentido vertical y horizontal dentro de esas unidades".(12)

3.- LA INTEGRACIÓN

Es obtener y articular los elementos materiales y humanos que la organización y la planeación señalan como necesarios para el adecuado funcionamiento en un organismo social.

En definitiva es el punto de contacto entre lo teórico y lo práctico. Aunque se da en mayor amplitud al iniciarse la operación de un organismo social, es una función permanente, porque en forma constante hay que estar integrando el organismo, tanto para proveer a su crecimiento normal, ampliaciones, etc., como para sustituir a quienes han salido o a las maquinarias obsoletas o deterioradas.

4.- LA DIRECCIÓN

Es aquel elemento de la administración en el que se logra la realización efectiva de todo lo planeado, por medio de la autoridad del administrador, ejercida a base de decisiones, ya sean tomadas directamente, ya, con más frecuencia delegando dicha autoridad, y se vigila, simultáneamente que se cumplan en la forma adecuada todas las órdenes emitidas.

La Dirección es la parte esencial y central de la administración a la cual se deben ordenar y subordinar todos los demás elementos.

En efecto, si se planea, organiza, integra y controla, es solo para bien realizar. De nada sirven técnicas adecuadas o sumamente complicadas en cualquiera de los otros cuatro elementos, sino se logra una buena ejecución, la cual depende, inmediatamente y coincide temporalmente con una buena dirección.

5.- EL CONTROL

Es la recolección sistemática de datos para conocer la realización de los planes.

Es de dos tipos:

- a. Control automático (feedback control)
- b. Control sobre resultados (open control)

Como ya hemos señalado todo control implica necesariamente la comparación de lo obtenido con lo esperado. Pero tal comparación puede realizarse al final de cada período prefijado, o sea, cuando se ha visto ya si los resultados obtenidos no alcanzaron, igualaron, superaron o se apartaron de lo esperado; tal procedimiento constituye el control sobre resultados.

El control administrativo es mucho más eficaz y rápido, cuando se concentra en los casos en que no se logró lo previsto, más bien que en los resultados que se obtuvieron como se habían planeado.

CENTRALIZACIÓN Y DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Dentro de la Administración Pública pueden concebirse dos importantes ramificaciones que se determinan por la estructura de poder vigente en nuestro país, es así como tenemos: Administración Central o de Gobierno y Administración Seccional. De la primera mucho se ha escrito con motivo de las múltiples "reformas administrativas" que se han puesto en práctica con un inconfundible sello demagógico, que han determinado en pocas palabras el desprestigio de la función pública.

Pero tal vez el caso de los municipios sea peor porque en gran parte de ellos se carece del suficiente nivel técnico para comprender y aplicar las complejas mecánicas que vienen desde el centro, mecánicas que parten de una realidad construida ficticiamente, de esquemas uniformes que pretenden ser válidos en cualquier latitud.

En síntesis, podemos decir que el caso de las comunidades menores no hay duda de que la creciente centralización ha afectado su ámbito de discrecionalidad en forma negativa, esta afectación no solo comprende el terreno político, sino el jurídico, el sociológico, el cultural, el administrativo; y, tantos cuantos abarque la imaginación.

LA ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL

La administración municipal puede definirse de modo general como una organización pública investida de autoridad para decidir y administrar un conjunto limitado de asuntos públicos dentro de un territorio relativamente pequeño que constituye una subdivisión del gobierno estatal. Normalmente el gobierno local goza de jurisdicción general y no se limita a desempeñar una función o servicio específico.

La realidad y carácter de una administración local vienen determinados por múltiples factores, entre ellos, por ejemplo: las tradiciones nacionales y locales, los usos vigentes, las presiones políticas, la influencia y disciplina de partidos, el control de recursos económicos, las creencias religiosas, la organización social etc.

Inusualmente los gobiernos seccionales y los propiamente locales han ido cediendo el paso a los centrales (gubernaciones) cuya constitucionalidad no ha sido prevista.

HACIA LA NUEVA CONCEPCION DE MUNICIPALISMO

Las ciudades contemporáneas exigen la aplicación de una moderna administración. Hoy día los pequeños municipios deben abrirse al mundo moderno, al desarrollo económico, la participación de los jóvenes, el amenagement rural, el establecimiento de estructuras receptoras del turismo etc., son funciones que no pueden cumplirse bien más que contando con un buen cuadro de funciones cuya formación, papel a desempeñar y métodos de trabajo hayan sido recompensados.

Solo entonces podremos mostrarnos más exigentes, a este respecto, sobre la calificación de dichos funcionarios.

A sabiendas de que la buena voluntad en este campo no es suficiente, debemos pugnar por la capacitación que implique formación y serio compromiso. En esa medida el papel que ha jugado el Instituto de Capacitación del Municipio de Quito en sus seis años de existencia ha sido fundamental para los municipios del país. (12)

Por otro lado, se requiere innovaciones en la estructura interna de los municipios, se requiere un tratamiento laboral más justo para los trabajos municipales, es necesario una adecuación integral entre recursos y funciones, así como una legislación y reglamentación más acorde con la realidad. Ahora bien, tales innovaciones tropezarían probablemente con la suspicaz desconfianza de numerosos funcionarios locales y, al mismo tiempo, con la desfavorable reputación de que goza la "carrera municipal", a menudo en forma injustificada.

Los principales funcionarios municipales son designados cada cuatro años. En casi la totalidad de los municipios del país estos funcionarios carecen en varios casos de orientación o instrucción administrativa, pues no existen en muchas dependencias, ni siquiera reglamentos, mucho menos manuales o cualquier otra herramienta administrativa que los auxilie en el cumplimiento de sus labores ordinarias.

Cuando estos funcionarios, a través de la experiencia y la práctica han empezado a resolver más expeditamente los problemas y se sienten más familiarizados con la estructura, es porque ha concluido el breve lapso de sus cuatro años y deben dejar la administración a nuevos elementos que volverán a pasar por las mismas dificultades.

Es por esto, que se hace cada día más necesario el establecimiento de una verdadera continuidad institucional, que pasando por las barreras del egoísmo y el absurdo afán de notoriedad de unos cuantos, permita

conocer con exactitud del procedimiento y el resultado de la actuación de los funcionarios de períodos anteriores.

Sin duda este aspecto es de suma importancia, pues el día que se comprenda que lo importante es la institución y no perpetuar un nombre, se superarán muchas deficiencias y se desperdiciarán menos recursos

INVESTIGACIÓN MUNICIPAL

El desarrollo de la investigación es una orientación completamente nueva en la administración municipal, hasta el presente esa cuestión ha correspondido exclusivamente a ciertos centros de investigación y algunos organismos creados por el gobierno central para el efecto y sin mayor éxito. Es evidente que la mayor parte de las ciudades no han descubierto aún su importancia, o si la han hecho, carecen de recursos para evocarse a través de algún organismo municipal, a tan importante tarea. Es cierto que la dificultad de dominar la imaginación y el vocabulario de los investigadores son factores que han generado sospechas, a veces fundadas, sobre el interés de sus trabajos; no hace falta más para persuadir definitivamente a ciertos alcaldes acerca de la inanidad de la investigación teórica o incluso aplicada.

No superar esta reticencia constituiría una grave amenaza para el desarrollo dinámico de los municipios. Es indudable que la orientación de la política financiera y de equipamiento de los municipios soportará cada vez menos la espontaneidad o la improvisación.

"El reciente desarrollo de la función de previsión no parece menos importante, por el hecho de encontrarse más directamente orientada hacia la acción. La organización municipal está obligada a trazar para los próximos años, muchos planes, proyectos y programas y para ello, es imprescindible la previsión (14).

Es fácil adivinar las dificultades de esta empresa de previsión, porque la realidad no es inmóvil y las resistencias humanas, los inconvenientes físicos, así como la incertidumbre de los datos obligan a un continuo reajuste de los programas y a una permanente actualización de los proyectos. Sin embargo, el alcance de esos esfuerzos y el partido que de ellos pueda sacar una voluntad democrática, aconsejan proseguirlos.

Se ha afirmado que solo queda al Municipio una verdadera función: pedir, y saber pedir, indudablemente es una de las tareas más penosas y difíciles, pero las reformas atenuarán esto y se hará más imperiosa la necesidad de una buena administración.

Sin apartarnos de la realidad municipal, se hace obvio el auxilio de una guía que enseñe a lograr un mejor aprovechamiento de los recursos comunales, a través del señalamiento preciso de una estructura, sus jerarquías y funciones.

Esta administración debe concebirse en forma muy sencilla para que pueda reportar alguna utilidad. Sabemos que la administración tuvo un origen empírico, nació como una necesidad en el trabajo cotidiano, pero hoy se perfila como una disciplina autónoma, es necesario estudiarla y aplicarla pues en gran medida de esto dependerá el adecuado cumplimiento de los fines institucionales; y mientras éstos estén consciente y racionalmente elegidos, inteligentemente dirigidos y adecuadamente aplicados, la administración municipal será más eficiente y eficaz en sus acciones.

III.- EL MUNICIPIO, LA CIUDAD CONTEMPORÁNEA Y SUS PROYECCIONES

Al estudiar el Municipio no podemos soslayar lo relativo a sus posibilidades y probabilidades de permanencia como institución jurídico-política, pues así como su pasado histórico parece en ocasiones, un sueño inverosímil, su impredecible futuro da origen a esfuerzos de la imaginación desbordada.

El hombre, en tanto ser actuante, modifica consciente y voluntariamente, las situaciones en las que se encuentra. Su actuar consiste en transformar una situación en otra.

Toynbee en el último capítulo de su libro "Ciudades de Destino", expresa: "es difícil prever el futuro. No creo que nos hallemos en posesión de esa capacidad, ni siquiera que no sea fácil adquirirla algún día por lo que respecta a muchas cosas. Es menos arriesgado hablar de la ciudad del pasado, incluso de la ciudad del presente. Ni qué decir tiene que no lo sabemos todo acerca de las ciudades pretéritas. Sin embargo, se ha desbrozado lo bastante el camino y se nos ha transmitido suficiente información sobre la forma en que se desarrollaba

RUPTURA

la vida en épocas pasadas como para permitirnos que intentemos describir la ciudad de ayer. Mas no lo que concierne al porvenir. A pesar de todo, tenemos la imperiosa necesidad de prever el futuro". (15)

La ciudad contemporánea ya no es pequeña, estática o abarcable para el hombre corriente. Las contemporáneas son ciudades dinámicas, son las llamadas dinápolis y con frecuencia constituyen sistemas de ciudades en crecimiento dinámico, es decir, dinametrópolis con tendencia a convertirse en dinamegalópolis. De modo que las ciudades que siguen siendo pequeñas y estáticas no son ya contemporáneas. Puede entenderse este aserto si recordamos que, aunque el hombre ha creado las ciudades y vivido en ellas a lo largo de milenios, todavía existen aldeas, éstas sobreviven en plena era de las ciudades. De modo semejante, hay ciudades que sobreviven en la era de la dinápolis.

Los nuevos tipos de colonia humana no eliminan a los anteriores, sino que sencillamente, absorben la mayor parte de la población adicional.

La ciudad dinámica que hemos creado en nuestros días no funciona adecuadamente. Cada día que transcurre causamos perjuicios a la naturaleza. El hombre se encuentra en un ambiente que escapa a su control directo. La sociedad destruye hoy los valores que había establecido en tiempos pasados, sin que haya creado aún nuevos valores que sustituyan a aquellos y proporcionen análoga satisfacción al hombre.

"Las funciones ciudadanas no operan en forma adecuada; sólo con comprobar que el mayor volumen de tránsito se da en centro de la ciudad, donde son más estrechas las calles, comprendemos de qué manera tan irracional estamos tratando de resolver los problemas de funciones específicas. Por último, el aspecto urbano de la ciudad se está desintegrando; carecemos de ciudades contemporáneas hermosas. Cuando nos referimos a ellas no es sino para encubrir el hecho de que la estamos estropeando cada vez más.

Esta situación irracional puede captarse mejor si pensamos en nuestros centros urbanos. Permitimos a nuestras ciudades crecer en todos sentidos al rededor de sus centros; éstos van quedando estrangulados y terminarán por colapsarse. Es razonable esperar que un niño sobreviva si le rodeamos el corazón con una coraza de acero? morirá. Lo mismo sucede en nuestras urbes, cuyos centros están rodeados de zonas

edificadas, con cuantiosas inversiones realizadas en los mayores edificios; y seguimos dejando crecer nuestras ciudades".(16).

Efectivamente, las distancias se van haciendo irracionales, paradójicamente el hombre crea vehículos capaces de desplazarse a mayores velocidades y sin embargo se encuentran cada vez más alejados del centro urbano. Cuanto más rápidos son esos vehículos, más tiempo le cuesta al hombre desplazarse al centro ciudadano, el simple hecho de que hoy atravesemos las grandes zonas metropolitanas a una velocidad media de 15 Km. por hora en automóvil, es decir, a la misma a que se hacia a principios de siglo utilizando caballos y carruajes, demuestra lo irracional de los sistemas que estamos desarrollando. Nuestra falla se debe a que todo se halla en transformación continua y pese a que las ciudades son dinámicas, tratamos de resolver sus problemas como si fuesen estáticas, como no podemos tener éxito de ese modo, nos vemos obligados a variar una y otra vez objetivos.

El crecimiento de la población no es el único aumento dinámico al que se enfrentará la ciudad del futuro, ya que necesariamente este vendrá acompañado a un aumento continuo de la renta per cápita. Este tendrá lugar *pari passu* con el aumento del numero de automóviles y otras maquinarias que hoy se usan; y, por otro lado, las inversiones en las zonas urbanas serán superiores a la producción de alimentos.

"Hemos de pensar también que, además de esta superior razón de cambio dinámico urbano debido al crecimiento de las ciudades, tendremos que contar con funciones superpuestas a causa del incremento sufrido por el núcleo central de la urbe. En una ciudad pequeña en cuyo centro se desarrollan pocas funciones, el crecimiento exigirá que tales funciones se propaguen al resto de la ciudad y, por tanto, habrán de multiplicarse los centros de ese orden. Pero, además, necesitaremos nuevos centros que brinden servicios de orden superior, tales como centros administrativos de los centros inferiores pre-existentes. Y así, no sólo se producirá un aumento dinámico de la ciudad, sino también a la vez, un cambio en su propia estructura, al añadirse orden superior".(17).

"La fuerza concéntrica agrupará a la gente cerca de los centros urbanos actuales, proceso de atracción que a de continuar. Si la expansión de algunos de ellos se detiene por causas de tipo topográfico o geográfico, como sucede en Río de Janeiro, entonces la

RUPTURA

ciudad se desparramará por los valles y llanuras más cercanos. La fuerza lineal hará rotar ramificaciones urbanas a lo largo de las principales vías de comunicación: carreteras, canales y ferrocarriles. La tercera fuerza será de tipo estético: grandes sectores de la ciudad futura se dirigirán hacia regiones costeras, lagos, riberas y otras zonas de belleza natural. Lo que era imposible en épocas pasadas, puede realizarse hoy gracias al automóvil". (18).

La tendencia actual de la urbanización mundial ha despertado gran inquietud, pero todavía no constituye motivo para desesperarse, ya que es posible modificar dicha tendencia. Si se presta la suficiente atención a las lecciones que enseña la experiencia urbana del hombre, las modificaciones que ocurran podrán mejorar notablemente, la calidad de la vida humana en la era urbana que se avecina.

"Al buscar ejemplos de las condiciones de vida urbana llaman la atención los casos más notorios y aparentes: la populosa Calcuta, el núcleo urbano en decadencia de Nueva York, el experimento arquitectónico espectacular de Brasilia. Naturalmente, la experiencia urbana es muchísimo más extensa. Mucho es lo que puede aprender el especialista en el medio urbano estudiando la política de colonización y de migración interior de Australia e Israel; la administración de ciudades de industria única como Ciudad Guayana en Venezuela; las realizaciones en materia de vivienda de Singapur o los éxitos de Suiza en lograr el equilibrio urbano entre ciudades de dimensiones distintas; la reconstrucción de Skopje y de Varsovia en la posguerra; las ciudades especializadas para la ciencia y la educación creadas en la Unión Soviética; las capitales planeadas de Cambera o Chandigarh". (19)

Los países que disfrutan de una tecnología adelantada están construyendo centros urbanos totalmente nuevos planeados con miras a conservar el agua reaprovechar los desechos sólidos; organizar el transporte con un mínimo de ruido, de contaminación del aire y de consumo de energía; aprovechar de mejor manera el espacio limitado disponible; y garantizar la eficiencia de los servicios públicos.

Pocas ciudades del mundo han sido planeadas deliberadamente y pocas también las que actualmente son administradas de manera que se combinen con los sistemas naturales o que ofrezcan ambiente humano satisfactorio. Las consecuencias pueden verse por doquier, en las extensas colonias de usurpadores de tierra y terrenos o barrios marginales, que erigen en terrenos, que en la mayoría de casos no son

adecuados para la edificación; en las ciudades mal ubicadas; en las carreteras deficientemente planeadas o en los servicios municipales muy poco eficientes. Hoy día, una parte excesiva del crecimiento urbano está dictado por la desesperación humana y no por decisiones razonadas.

En cambio, los países en desarrollo además de límites evidentes en preparación técnica y profesional de sus recursos humanos se ven enfrentados a presiones políticas que tiene fundamentalmente su origen en la necesidad económica, la herencia colonial o la independencia lograda recientemente. Sin embargo, de lo anotado anteriormente las nuevas ciudades de los países en desarrollo se hallan probablemente en mejores condiciones que otras para establecer normas de vida urbana que aprovechen eficientemente los recursos naturales y ofrezcan un medio satisfactorio a la población urbana. A dichos países les resulta relativamente fácil beneficiarse de los errores y de los éxitos de los países desarrollados.

En este punto del análisis bien valdría la pena introducirnos brevemente en el estudio de las causas que fundamentalmente han ido originando el deterioro de la institución municipal.

Con frecuencia suele confundirse todo ese cúmulo de situaciones interdependientes, que están provocando la crisis de los gobiernos locales, se han aislado ciertos factores para explicar sus deficiencias e ineficiencias, pero ahora es conveniente proponer un panorama que las visualice conexamente.

Habiendo casi desaparecido en algunas latitudes los problemas demográficos atribuibles a la guerra y a la escasez o ausencia de medicamentos y alimento; se nos presenta hoy día, localidades y ciudades superpobladas que exigen estructuras de poder cada vez más complejas y eficaces en la solución, alivio y respuesta a sus prioritarios requerimientos, que muy a menudo quedan insatisfechos o parcialmente cubiertos por los municipios, a causa de la compleja realidad que encaran.

De esa realidad fluyen causas concretas que a veces provocan que esto se vea a través de enfoques emocionales, más que técnicos y si a esto sumamos el agudo desconocimiento de lo que ha sido y de lo que

RUPTURA

debe ser el ente municipal, los resultados serán todavía más desoladores.

"Efectivamente la indiferencia y desdén hacia el conocimiento del pasado histórico de tal corporación, dan por resultado la ignorancia de formas, mecanismos y soluciones que otrora funcionaron y que costaron mucho en experiencia, pero que nosotros estamos desperdiciando. La investigación y análisis de experiencias pretéritas debieran ser un punto de partida y un requisito sine qua non en la disciplina municipalista." (20)

Brevemente expondremos algunas de las conclusiones en las que coinciden la mayoría de los tratadistas de los últimos tiempos como reconocimiento de realidades insoslayables, con relación al Municipio:

1. La tendencia a una centralización, cada día más acentuada, como consecuencia de la necesidad de crear una voluntad política unificada para llevar a cabo las realizaciones generales operando sobre sectores desconectados entre sí, sino que es preciso que abarquen a toda la sociedad. Ello determina una aguda crisis de las fracciones territoriales, cuya autonomía ha sido calificada de perturbadora, habiéndose afirmado que es letra muerta en las legislaciones que la establecen y simple concepción teórica, inaplicable en las actuales circunstancias.
2. La tendencia a los grandes espacios económicos con la consiguiente crisis de las áreas tradicionales, determinadas de modo irracional y como consecuencia de ello una unánime orientación hacia fórmulas regionalistas que solo coinciden nominalmente con los criterios de igual denominación imperantes en el siglo pasado.
3. La categórica afirmación de que el municipio no es más que un órgano administrativo del Estado, creación legal del mismo. (21)
4. La endeblez de la estructura familiar. Este factor de tipo sociológico es también determinante, puesto que si la familia como base de la estructura social, está debilitada, lógico es que en los demás niveles que en ella se sustentan, reflejen tal situación.
5. La falta de un aceptable nivel educativo y cultural.
6. La carencia o deficiencia de una adecuada planeación.

7. La improvisación de funcionarios municipales.
8. La caótica e incontrolable situación económica.
9. En general, la crisis de valores, en que se desenvuelve nuestra sociedad actual.

Nuestros actuales municipios no constituyen el marco adecuado a las exigencias del siglo XX, ni el plano de las previsiones del aménagement, ni en el de la rentabilidad de los equipamientos, ni en el de la eficacia de los servicios, ni tampoco en el de la justicia fiscal.

Nadie podrá contemplar con indiferencia la falta de vivienda, las dificultades de tránsito, la carencia de alimentos, la pobreza, la drogadicción, la inmoralidad (a veces la amoralidad), la contaminación y tantas otras cuestiones que afronta nuestra sociedad contemporánea y es el Municipio, como nivel más cercano de gobierno, el que debiera cuidar en el orden local, la atenuación del impacto de tan compleja problemática.

La ejecución de los grandes programas de urbanización que son tan necesarios significará la dedicación de recursos en cuantías sin precedentes. Mucho es lo que puede hacerse para mejorar la eficacia de los préstamos hipotecarios y el financiamiento de viviendas. Especialmente en los países en desarrollo, es preciso encontrar la manera de elaborar planes de construcción de viviendas urbanas que puedan ejecutarse mediante métodos de ayuda propia.

Lo que es evidente es que el mundo en desarrollo debe encontrar por sí mismo la manera de utilizar sus grandes reservas de recursos humanos para edificar ciudades, y que no estén en condiciones de sufrir el desperdicio de recursos y el costo de corregir el desequilibrio ambiental que han heredado las ciudades afligidas del mundo occidental.

Dado que el mundo en desarrollo se encuentra hoy en un período equivalente de gran expansión urbana, debe hacerle frente con una comprensión mayor de lo que ello supone y con una resolución más firme de lograr un programa más equilibrado de urbanización para crear un medio ambiente más humanitario.

CITAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) BIDART CAMPOS, Germán J., El Derecho Constitucional del Poder EDIAR, BS. AS., 1967, págs. 16 y 55
- (2) Ibid.
- (3) MAC DONALD, Augustín, Gobierno y Administración Municipal, Fondo de Cultura Económica, México, pág. 131.
- (4) WRAY, Alberto, De la Legislación Urbana al Derecho Urbano, GACETA MUNICIPAL, Segunda Época, No.5, I. Municipio de Quito, 1991, pág. 27
- (5) ESCRICHE, Joaquín, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1881, pág. 1303
- (6) DIEZ, Manuel Maria, Derecho Administrativo, OMEBA, BS. AS., 1965 Tomo I, pág. 226
- (7) BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Derecho Constitucional Mexicano, cita tomada del libro Derecho Municipal de Teresa Rendón Huerta, pág. 287
- (8) SERRA ROJAS, Derecho Administrativo, Tomo I, pág. 164
- (9) BIELSA, Rafael, Principios de Derecho Administrativo, Depalma, 1966, BS. AS., Págs. 844 y 850
- (10) RENDON HUERTA, Teresa, Derecho Municipal, Ed. Porrúa S.A. México, 1985, pág. 295
- (11) REYES PONCE, Augustín, Administración de Empresas, Limusa, México, 1975, pág. 29
- (12) VASQUEZ MARTINEZ, Cuauhtemoc, Principios de Administración por objetivos, Diana, México, 1970, págs. 40-43
- (13) PALADINES, Carlos, La Capacitación del Servidor Municipal: Diagnóstico, Perspectivas, Quito, GACETA MUNICIPAL, SEGUNDA ÉPOCA, Año 3, No. 7, 1991, págs. 43-45
- (14) RENDON HUERTA, Ibid
- (15) TOYNBEE, Arnold, Ciudades de destino, Aguilar, Madrid 1968, pág. 336
- (16) RENDON HUERTA, Ibid
- (17) RENDON HUERTA, Ibid
- (18) TOYNBEE, Ibid
- (19) Secretaría de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, serie "La Morada del Hombre", estudio No. 5 "Un Mundo de Ciudades", 1972, pág. 10, cita tomada del libro Derecho Municipal de Teresa Rendón Huerta.
- (20) RENDON HUERTA, Ibid
- (21) ALBI, La Crisis del Municipalismo, Madrid, 1966, pág. 191

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Los cambios políticos de los últimos años han obligado a reordenar las influencias que antes tenían los países más poderosos del mundo. Ahora el antagonismo este-oeste ha terminado. Un nuevo escenario se presenta para el desarrollo de las entidades políticas del planeta. La reestructuración del poderío demanda un lugar de legitimación. La ONU, en este último tiempo, ha servido para la polémica práctica de justificar la acción de los principales ejecutores del "nuevo orden internacional", forma de entender una nueva correlación de fuerzas, propugnada por los Estados Unidos y sus aliados. Debemos participar del nuevo esquema bajo parámetros que nos permitan tener una identidad y una posición equilibrada y conjunta dada la ubicación de nuestro país en el contexto internacional. El Derecho Internacional tiene principios inmutables que pretenden ser trastocados por el pragmatismo que defiende intereses creados y muy bien identificados. A un amplio debate sobre el tema convoca el autor que nos presenta nuevos datos para enriquecer la discusión. El autor, Doctor en Jurisprudencia por la PUCE y Funcionario del Servicio Exterior Ecuatoriano.

LA REESTRUCTURACION DE LA ORGANIZACION DE LAS NACIONES UNIDAS Y UNA MAYOR PARTICIPACION DEMOCRATICA DE LOS PAISES EN DESARROLLO EN SU SENO.

Dr. Mauricio Montalvo Samaniego

1. CRISIS MUNDIAL Y NUEVO ORDEN

Los recién iniciados Años Noventa han sido decisivos en la historia de la humanidad y han marcado una época en las relaciones entre las naciones. Ha sido una época, todavía vigente y cambiante, de muchos trastornos en las estructuras y los balances internacionales, con mutaciones drásticas en muchos países, con el surgimiento de problemas inusitados, de crisis insólitas y hasta en lo que ha sido denominado el derrumbamiento de las ideologías. Varios hechos muy concretos han contribuido a esta caracterización y han fortalecido el

RUPTURA

concepto de un "Nuevo Orden Internacional"⁽¹⁾ , pomposamente proclamado y defendido. Varios acontecimientos, con solidez y convicción, obran en favor de esta postura y promueven su consolidación a través de acciones concretas de los Estados. En efecto, el fin de la Guerra Fría, iniciado con el resquebrajamiento del comunismo de la Europa Oriental, que tuvo su hito decisivo con el derrumbamiento del Muro de Berlín y su consumación con la disgregación inevitable de las repúblicas soviéticas, marca el inicio de un nuevo orden internacional con proyecciones diversas y todavía impredecibles. De hecho, los acontecimientos en sí mismos han desbordado a las predicciones y cada vez adquieren connotaciones más insólitas que, por inhumanas y sangrientas, resultan aún más aberrantes en los albores del Siglo XXI.

La Crisis del Golfo, la guerra fratricida en los Balcanes, la hambruna en Somalia, los problemas aún violentos y sin resolución en el Medio Oriente y Camboya, las penas de nuestro vecino Haití y los innumerables focos convulsivos alrededor del mundo nos ayudan a constatar, diariamente y de muy mala manera, el estado de descomposición del mundo. Sin embargo, se sigue exaltando las bondades y virtudes de este "Nuevo Orden", que lo es únicamente en cuanto a apareamiento cronológico, en el cual ha dejado de participar uno de los interlocutores principales de antaño (Unión Soviética), pero que no tiene mucho de nuevo e innovador en cuanto sigue siendo tan incapaz como antes de contener la guerra, la violencia, el hambre y la autodestrucción de las naciones.

2. LA "NUEVA" ONU

Obviamente esta visión novelera e interesada de la realidad ha sabido utilizar muy hábilmente el máximo foro mundial. Con el fin de la Guerra Fría y el desmoronamiento soviético, "las Naciones Unidas han podido ser, finalmente, lo que siempre debían ser"⁽²⁾. Con ello se pretende decir que al fin, luego de más de cuarenta años de dificultades y altibajos, el país más poderoso del mundo puede gobernar también el organismo mundial por antonomasia. Antes no lo podía hacer porque tenía otro país poderoso que imponía un balance de poder, pero desaparecido aquel, quedaba el camino abierto y expedito para el más sagaz de los

1) Este concepto ha sido especialmente defendido y proclamado por los Estados Unidos, específicamente por el Presidente Bush, y respaldado, con más o menos incondicionalidad, por todos los países de Occidente.

2) Esta concepción está muy vigente y latente en los dirigentes y la opinión pública norteamericanos.

aprovechamientos. No importa tanto la opinión de otros países ni su representatividad ni menos aún un mecanismo de decisión democrático, para imponer lo que los Estados Unidos consideran justo, necesario y válido. Con ello, la ONU se ha convertido en un brazo ejecutor más de la política exterior norteamericana, como lo son el Departamento de Estado, el Pentágono o la CIA. En mucho, se mide la eficacia, validez e inscripción de la ONU en el concepto de un Nuevo Orden Internacional, en la medida que acate y satisfaga los intereses de los Estados Unidos.

Una revisión ligera de las resoluciones del Consejo de Seguridad en los últimos tres años refleja muy claramente la tendencia legislativa de ese órgano y la manera deliberadamente interesada -acorde con los intereses de los Estados Unidos- en que se resuelven los asuntos en ese organismo⁽³⁾. Por supuesto, se enfatiza en su fortalecimiento y en la necesidad, ahora sí obligatoria, de observar sus resoluciones y acatar sus mandatos (aunque todavía se impongan excepciones y postergaciones a las resoluciones sobre Israel y los Territorios Ocupados)⁽⁴⁾.

Esto último refleja el doble juego que aplica los Estados Unidos, en muchas ocasiones con sus aliados occidentales a los cuales se ha incluido Rusia, para evadir dicho cumplimiento y exigir la observancia inmediata e irremediable en otros casos que son de su interés. Para no señalar el caso de Irak ⁽⁵⁾, que es el extremo, basta analizar el caso de Libia ⁽⁶⁾ y constatar la grave violación de normas y principios inmutables del Derecho Internacional con el único afán de satisfacer anhelos, e incluso caprichos cabría decir, de los países grandes, que por no extraña coincidencia son los que poseen el veto en dicho organismo ⁽⁷⁾. Por ello, tampoco es extraño que se pretenda fortalecer las funciones del Consejo de Seguridad en desmedro de la Asamblea General,

3) Por ejemplo la intervención unilateral en Panamá (1989), luego la movilización de tropas para la Guerra del Golfo y, como último, la intervención en Somalia. Nótese, en este punto, que los Estados Unidos no han tomado ni siquiera posición frente a la denominada "limpieza étnica" en la ex-Yugoslavia.

4) En particular a las resoluciones 242 (1967) y 446 (1979), que a pesar de ser sumamente claras en su contenido, han sido sistemáticamente incumplidas, con el beneplácito de los miembros permanentes.

5) Ver las múltiples resoluciones del Consejo de Seguridad sobre el caso a partir de Agosto de 1990 en que Iraq invade Kuwait (Con excepción de la resolución 687 (1991), en que se abstuvo, el Ecuador siempre votó a favor de las resoluciones contra Iraq).

6) Resolución 757 (1992) en que se impone el embargo aéreo a Libia (Ecuador votó a favor).

7) En efecto, la resolución contra Libia fue patrocinada e impulsada por Estados Unidos, Francia y Reino Unido.

RUPTURA

otorgándole competencia en asuntos que jamás antes se ocuparon y que ahora sí pretenden atraerlos hacia sí. Es lógico que antes no se propendiese a ello porque la URSS tenía veto y era imposible pasar alguna resolución que no tenga su aquiescencia. Hoy la realidad es diferente y sin ese contrabalance del veto soviético, existe un camino sin cortapisas para utilizar al Consejo de Seguridad con mucha amplitud⁽⁸⁾. Esto va en perjuicio de la Asamblea, que es supuestamente el organismo mayor de la organización pero que, es preciso reconocerlo, tiene mucha menos eficacia y aplicabilidad que el Consejo de Seguridad.

Además, la figura del veto de los representantes permanentes le otorga al Consejo un sentido restrictivo y discriminatorio, muy poco democrático, que no existe en la Asamblea donde concurren todos los países con un voto, sin vetos. De ahí, tampoco extraña la sutil interpretación que tienden a dar los representantes de los países occidentales de que las resoluciones de la Asamblea son solamente meras recomendaciones y no tienen el efecto vinculante y obligatorio que tienen las del Consejo de Seguridad. Esta controvertida interpretación no ha sido aceptada generalmente, pero los Estados Unidos y sus aliados la usan reiteradamente para hacer valer sus posiciones e imponer actitudes entre los Estados.

Esta doble actitud frente a los principales órganos de la ONU no es nueva pero sí es diversa; anteriormente, ante el temor del veto soviético -y en menor escala del chino- se procuraba no acudir al Consejo de Seguridad en los asuntos de importancia y se tendía a asegurar una mayoría en la Asamblea, cuestión mucho más complicada, o simplemente se ignoraba al foro mundial, cuestionando su legitimidad moral y criticando su politización⁽⁹⁾. Esos tiempos han cambiado. Hoy

8) Efectivamente, en diciembre de 1989 a propósito de la resolución sobre Panamá, fue la última vez que la Unión Soviética (Rusia ahora) y Estados Unidos votaron de modo diferente. A partir de entonces siempre han votado de modo idéntico. Por otra parte, en los últimos años la posición de China en el Consejo también ha sido ambigua y débil, aunque de mayor dignidad e independencia, que le ha conducido a abstenerse en ciertas resoluciones críticas (Resoluciones 687, 688 y 757, por ejemplo) pero sin atreverse a vetarlas. No es desconocido para nadie que esta actitud es resultado de su deteriorada imagen después del levantamiento en la Plaza Tiananmen (Mayo 1989). Este incidente ha servido de pábulo para un soterrado chantaje de los Estados Unidos contra China, incluyendo su participación en Naciones Unidas.

9) Esta posición extrema, no infrecuente en ciertos círculos de decisión norteamericanos, especialmente de la era Reagan, promovía la desaparición de la ONU. Con el denominado "Nuevo Orden", esta posición ha perdido vigencia y sus representantes promueven ahora un aprovechamiento utilitario del máximo foro mundial.

en día la ONU es un "verdadero organismo representativo y democrático", que puede convertirse en una "auténtica autoridad mundial". Claro está, con ello se está refiriendo casi exclusivamente al Consejo de Seguridad, al cual periodísticamente se hace aparecer como la ONU, ignorando de manera sutil y tergiversada a la Asamblea General. No es extraño que así suceda, pues los países grandes de Occidente -más Rusia ahora-tienen asegurada una mayoría y controlado absolutamente el proceso de toma de decisiones. Actualmente no es solo una cuestión de control pasivo a través del veto, sino que opera muy activamente a través de iniciativas y resoluciones que antes hubiesen sido totalmente insospechadas (10). Efectivamente, la dinámica del Consejo de Seguridad cambió radicalmente en los últimos cuatro años. En la actualidad, a diferencia de los tiempos de la Guerra Fría, no hay prácticamente acontecimiento mundial que no trate de ser ventilado en ese organismo y la proliferación de resoluciones contrasta radicalmente con la parquedad de hace algunos años. De hecho el último veto fue en diciembre de 1989 a propósito de la invasión de Estados Unidos a Panamá. Desde entonces, todos los proyectos de resolución presentados por los grandes han sido adoptados y hay un evidente "activismo" por parte de ellos (Estados Unidos y Reino Unido especialmente) por introducir la mayor cantidad posible de resoluciones en el Consejo.

Para comprobar esa dinámica no hay mejor ejemplo que la crisis del Golfo. No es aventurado sostener que los Estados Unidos y sus aliados hubiesen actuado de la manera que actuaron con la ONU o sin ella. La invasión de Irak a Kuwait ponía en riesgo intereses demasiado vitales para los norteamericanos como para permanecer inmóviles ante la situación (11). Debilitado el frente soviético no tenían un escollo fundamental por el cual temer y del cual cuidarse a nivel mundial. La poderosa industria petrolera y sus grandes capitales estaban en juego. La reacción norteamericana no hubiese sido radicalmente distinta si lo hacían con una resolución del Consejo de Seguridad o sin ella. En cierta manera lo que la política exterior estadounidense realizó fue legitimar, a través de una serie de resoluciones del Consejo de Seguridad, lo que hubiese hecho de todas maneras. La coyuntura fue totalmente propicia no solo para dar "legalidad" a sus actos bélicos sino para examinar el ambiente internacional post-Guerra Fría y la manera

10) La serie de resoluciones del Consejo de Seguridad sobre Iraq, Libia, la ex Yugoslavia, Somalia y Haití son una muestra categórica de ello.

11) Las grandes reservas de petróleo existentes en todo el Medio Oriente. Se calculan en un 70% de toda la reserva mundial.

como la ONU podría ser utilizada para sus propósitos. El resultado no podía ser mejor. No solo que pudo desfogar libremente todo su poderío bélico sino que además lo hizo investido de un aura justiciera y de ejecutor fiel de un mandato de las Naciones Unidas.

Esta fue al menos la idea que se proyectó externamente. Internamente la cruzada fue distinta. Es cierto que se mencionaron las resoluciones del Consejo de Seguridad, pero para la generalidad de los norteamericanos la Guerra del Golfo era una guerra de Estados Unidos contra Irak; el jefe de la operación era un general-comandante de la fuerzas norteamericanas, no de un ejército mundial ⁽¹²⁾ y sin duda alguna el triunfo fue estadounidense, de nadie más. El recibimiento a los soldados, las celebraciones montadas y la manipulación de la prensa en ese sentido no pueden dejar la más remota duda al respecto. A la postre, poco importó el "espaldarazo" de Naciones Unidas -aunque si fue bienvenido y bien utilizado- porque en el fondo se trataba de una reivindicación norteamericana y una protección de sus intereses que hubiese tenido que darse con o sin resolución de la ONU.

Esta es la realidad de los hechos y la historia lo confirma. La "Nueva ONU" en realidad no tiene mucho de nueva sino en cuanto sirvió para legitimar lo que en el antiguo orden no hubiese podido serlo. Si los cambios se hubiesen adelantado un poco, no sería extraño que la invasión a Panamá, por ejemplo, no solo que no hubiese requerido un veto sino que talvez tenía un pronunciamiento totalmente contrario y autorizaba el envío de "fuerzas de paz" al istmo.

3. ¿HACIA LA DEMOCRATIZACION DEL CONSEJO DE SEGURIDAD?

Evidentemente, todo esto es posible ahora gracias a la sui-générís estructura del Consejo de Seguridad, que considero es el nudo gordiano del asunto. Su composición y funcionamiento respondió a la situación del mundo luego de la segunda guerra mundial y la posición ideológica de los países más poderosos que garantizaba un cierto balance en la toma de decisiones. El veto, por antidemocrático y sectario que es, era un instrumento útil y necesario. Desaparecido ese balance de poder, el veto se convierte en un arma letal, peligrosa y perjudicial para los países pobres y pequeños. Incluso es fuente de malestar para otros países no tan pobres. Además se cuestiona el

12) De hecho jamás se constituyó el Comité de Estado Mayor, determinado en los artículos 46 y 47 de la Carta para todos los casos de empleo de la fuerza armada por parte del Consejo de Seguridad. En cierta manera se podría afirmar que, al menos por este motivo, el ataque contra Irak fue ilegal.

inmenso poder concedido a países que no tienen la influencia que antaño tenían (Reino Unido y Francia en particular, especialmente ahora que son socios en la Comunidad Europea).⁽¹³⁾

La composición misma del Consejo no deja de ser cuestionable y anacrónica. Su estructura respondió a una situación muy peculiar de la historia que no existe más y que no es válida ni aplicable para los tiempos contemporáneos. En ese sentido las propuestas de enmiendas no dejan de tener sentido. Se invoca la necesidad de dar una representatividad diferente a ese órgano y de reflejar en él la realidad del mundo presente. No son ya las fuerzas bélicas las que prevalecen en el mundo sino los poderes económicos. Por ello no es curioso que los derrotados de la Segunda Guerra Mundial, por hoy dos de los países más ricos y que más contribuyen al sostenimiento de la organización mundial, pretendan un sitio en el Consejo. De hecho Japón y Alemania demandan para sí ese derecho y están dispuestos a "financiar" ese privilegio. Otros países también reivindican para sí un derecho similar, aunque fundados en otros motivos. Se trata de "democratizar" al Consejo y otorgar una representatividad regional más acorde con la estructural mundial actual. Así los países "grandes y ricos entre los pobres y pequeños" aspiran a un status permanente pero sin veto, que también lo tendrían Japón y Alemania. Así se habla de Brasil, India y Nigeria; pero los recelos no tardan en aparecer: si es Brasil, porque no Argentina o México; Indonesia y Paquistán no estarían muy cómodos con la inclusión de la India; Egipto y algún otro árabe o africano se sentirían marginados si no se les incluye en el grupo de privilegio.

En definitiva, cualquier intento de democratización del Consejo de Seguridad no es fácil y tomará largo tiempo antes de cristalizarse en algo concreto, que sea de verdad efectivo y tenga un funcionamiento satisfactorio.

Pero la cuestión no es únicamente de remozamiento formal o externo. Se trata de modificar el procedimiento de toma de decisiones y de la mecánica de trabajo en su interior. Frente al fuerte peso que exhiben los miembros permanentes y sus aliados (que son usualmente los países europeos), los países del Tercer Mundo y en desarrollo deberían adoptar una posición mucho más firme y mancomunada. Lamentablemente ello no siempre sucede y al contrario exhiben fisuras que a la postre se

13) En ese sentido hay varios internacionalistas que en una futura composición del Consejo, creen que uno de los sitios permanentes debiera corresponder a la Comunidad Europea, como un todo, no a varios de sus miembros como ocurre ahora.

tornan irremediables. En ese sentido el Movimiento de los No Alineados, y su Caucus que actúa en el seno del Consejo de Seguridad, no ha sido todo lo efectivo y unido que debía haber sido. Esta posición débil, tanto más que no todos los miembros no permanentes son no alineados, ha contribuido al afianzamiento de la posición de los miembros permanentes y les ha permitido seguir usando el Consejo en beneficio de sus conveniencias. Lamentablemente no existe entre los países más pequeños real conciencia de su poder de influencia y de la realidad práctica que a través de un uso inteligente de su número y votos se puede presionar decisiones o al menos mantener una posición digna frente a los diversos asuntos que se plantean en el Consejo. ⁽¹⁴⁾ Desafortunadamente existen demasiadas presiones y los países pequeños somos fácilmente influenciados por los grandes al momento de adoptar posiciones firmes o decisiones fundamentales. La fragilidad de la posición tercermundista se evidencia en nuestra propia división interna, en la falta de una cohesión ideológica como países en desarrollo y la ausencia de una voluntad política decidida a mantener su dignidad. Al respecto, al carecer de esta cohesión y unidad, la experiencia de un país pobre y pequeño en el Consejo de Seguridad es deprimente, sumamente débil y expuesta a sinnúmero de presiones, que pueden incluso llegar al chantaje y la extorsión ⁽¹⁵⁾. Por ello, no es extraño que varios de nuestros países -precisamente lo más pobres y subdesarrollados- adopten las posiciones más serviles y sumisas, incluso en contra de sus propias convicciones.

En esa perspectiva, el Nuevo Orden Internacional no presenta un ambiente muy alentador para promover una participación más democrática de los países en desarrollo ⁽¹⁶⁾, como insinúa el título de este artículo. Al contrario, tiende precisamente al afianzamiento de una estructura poco democrática y participativa, en que la vigencia del Derecho y la toma de las decisiones importantes y obligatorias siga siendo patrimonio de los grandes porque lo que menos interesa en este nuevo ordenamiento es permitir fisuras en este sistema ideal que "recién empieza a funcionar".

14) Hay que tomar en cuenta que los miembros no permanentes son 10. De ellos, 7 -excluyendo los 2 occidentales y 1 de Europa Oriental- provienen del Tercer Mundo. Si a esos 7 se añade China, se tendrían idealmente 8 votos que constituyen mayoría y sin los cuales no podría aprobarse ninguna resolución, acorde lo dispuesto en el artículo 27 de la Carta (Voto afirmativo de 9 miembros). Si hubiese suficiente unidad entre los países del Tercer Mundo, tendrían un veto tácito en el Consejo. Lamentablemente, este presupuesto teórico nunca ha tenido aplicación en la práctica.

15) La membresía del Ecuador durante 1990-1992 no estuvo exenta de esta realidad.

16) Recuérdese que el concepto del "Nuevo Orden Internacional" nace de los burócratas del "Old Executive Building", adjuntos a la Casa Blanca, en julio de 1990.

Incluso las reformas propuestas por el Secretario General Boutros Boutros Ghali ⁽¹⁷⁾ no se orientan a dar un contenido más democrático al máximo organismo mundial. Contrariamente a lo esperado, como hombre del Tercer Mundo ⁽¹⁸⁾, el nuevo Secretario General no ha sabido representar los intereses de los países menos desarrollados y en su agenda únicamente se mira la interpretación fiel a los postulados impulsados por los países grandes. Su propuesta, aunque válida en muchos aspectos, se reduce a los puntos que son de interés y utilización inmediata de los miembros permanentes: diplomacia preventiva, establecimientos de la paz y mantenimiento de la paz. Sin negar la importancia de estos aspectos, que no por simple azar coinciden con los intereses inmediatos de los líderes de este mundo unipolar, hay otros aspectos de índole político que no han sido revisados por las autoridades de Naciones Unidas y no existe tampoco la voluntad de hacerlo. La reforma a la Carta, una discusión sobre los roles, funcionamiento, membresía y poderes del Consejo de Seguridad, el fortalecimiento de la Asamblea como foro de discusión política y eventual decisión, representatividad y democracia en los diversos órganos de la ONU, son algunos de los tópicos que nutren la vivencia diaria de la Organización pero que al parecer permanecen deliberadamente intocados de las discusiones de la reforma y de las respuestas del Nuevo Orden. Al contrario, este último no pretende involucrarse en ello porque en las condiciones actuales puede usar con mucha ventaja las estructuras establecidas. Por ello no es aventurado decir que no existe, de parte de los países grandes en general y de los miembros permanentes del Consejo en particular, que son los que en última instancia deciden, una predisposición de cambio en las Naciones Unidas. Al contrario les interesa que permanezcan como están para seguir utilizando y tomando ventaja del sistema, y es más, si algún cambio se pretende introducir no será ciertamente para promover una participación más democrática de la mayoría de países -en el sentido que lo sugiere el tema de la monografía propuesta- sino precisamente para coartar aquella y apuntalar las facultades y prerrogativas políticas de quienes dominan ahora el foro mundial.

4. EL PODERIO ECONOMICO-SOCIAL Y EL ROSTRO DE LO HUMANO

La cuestión no es desalentadora únicamente en el plano político. En la estructura económico social de la ONU igualmente se perciben

17)"Un Programa de Paz", Naciones Unidas, Nueva York, 1992.

18)Al menos esa fue una de las plataformas exhibidas previa a su elección como Secretario General y que ha sido fuente de más de una decepción, entre los países árabes y africanos especialmente.

similares síntomas. El nuevo contexto internacional ha influido también en el manejo y la concepción de los asuntos sociales y económicos dentro de la Organización Mundial. Como lo es también respecto a los resultados inciertos de la Ronda Uruguay y la definición del rol que cumplirá el GATT en la nueva estructura. Los cambios operados en el orden mundial global afectan directamente aspectos específicos de la política internacional.

En el ámbito de Naciones Unidas hay varios hechos concretos que reflejan dichos cambios: el proceso de reestructuración del área social (que se vio disminuida con los cambios administrativos introducidos por el nuevo Secretario General), la revocatoria de la resolución que equiparaba sionismo con racismo, la tendencia creciente a someter los programas sociales a la voluntad de los contribuyentes, la orientación ideológica prevaleciente y casi incontrovertida de ajustar los aspectos sociales a las economías de libre mercado, el acentuado manejo político y parcializado de los derechos humanos y las intenciones de algunos miembros permanentes de expandir la competencia del Consejo de Seguridad a materias sociales y humanitarias.

En casi todos estos aspectos se han producido o se han intentado acciones que reñían con concepciones del pasado, gracias especialmente al giro manifiesto de los países de Europa Oriental y de la ex Unión Soviética.

Superada la controversia este-oeste se han acentuado los polos de enfrentamiento entre norte y sur. Sin embargo en estos últimos no existe la coherencia ni la unidad suficiente para mantener una posición de negociación sólida frente a los grandes. La posición del sur se debilita aún más cuando confronta el delicado e insuperable aspecto del financiamiento, del cual tanto dependen los programas sociales. En ese sentido, la situación de los países en desarrollo aparece sumamente frágil al encarar varios procesos institucionales muy importantes de Naciones Unidas. El actual fracaso frente a la Conferencia del Medio Ambiente ⁽¹⁹⁾ es un claro ejemplo de ello. En esa perspectiva las programadas Cumbre sobre el Desarrollo Social y la Conferencia Mundial de la Mujer no alientan mejores perspectivas para los países del Tercer Mundo, a pesar de la validez y trascendencia de las temáticas⁽²⁰⁾.

19) Río de Janeiro, Mayo 1992.

20) Ambos eventos han sido cuestionados y dilatados en su tratamiento por parte de Estados Unidos.

El Ecuador ha procurado mantener una posición principista en su política internacional, aunque a veces le haya significado separarse de la posición regional o alinearse con causas perdidas, como fueron las abstenciones en el tema de Elecciones y la situación de los derechos humanos en Cuba, respectivamente. En otros aspectos, como la revocatoria de la resolución sobre sionismo, se sumó al grupo renovador. En lo demás, ha seguido su línea tradicional de conducta ante temas como racismo, discriminación racial, derechos humanos, narcotráfico, poblaciones indígenas, situación de la mujer, infancia, incapacitados, etc.

Los cambios del ordenamiento mundial y el aparecimiento de un denominado nuevo orden internacional aceleraron un proceso de reestructuración de las Naciones Unidas. Uno de los objetivos específicos de este proceso fue racionalizar las actividades sociales de la Organización Mundial y redefinir su rol frente a los graves problemas de la humanidad. Sin embargo, aunque hay consenso en la necesidad de una reestructuración, existen profundas divergencias respecto al tipo de cambios que se quieren introducir y las soluciones son muchas veces contradictorias.

En ese marco, la Asamblea General ha podido aprobar cambios en material formal, relativos a la periodicidad y tipo de reuniones o incluso a la composición de ciertos órganos, que se puede ver traducida en la resolución 45/264 y la reunión unificada del ECOSOC, que se inauguró en 1992, pero no en aspectos sustantivos respecto a las políticas, prioridades y enfoques que debiera emprender la ONU en sus cometidos sociales, económicos y humanitarios.

En este proceso los cambios burocráticos introducidos por el nuevo Secretario General Boutros Ghali no han sido tampoco auspiciosos. (21) Lejos de favorecer a una postura tercer mundista que exhorta por una mayor atención y prioridad a las problemas sociales, el señor Ghali recortó las competencias de los departamentos sociales y los fusionó en una sola dependencia. A modo de compensación, removió de su dirección a un francés y puso en su lugar a un experto chino.

Pero los atentados mayores para restar participación de la ONU a los problemas sociales han surgido de los países desarrollados que

21) Sin embargo, es importante destacar que el diplomático egipcio tiene que confrontar la reticencia interna a los cambios, que es prevaleciente entre los funcionarios del sistema.

RUPTURA

promueven una dirección cada vez más elitista y restringida de los programas sociales y humanitarios. La tendencia preferente de los países del norte es favorecer las políticas y orientaciones que impongan los países contribuyentes. De esa manera pretenden otorgar cada vez mayor autonomía a los programas, en desmedro de las facultades que corresponden al ECOSOC y la Asamblea General. En otras palabras pretenden evitar el debate pluralista y democrático en los foros donde toda la comunidad internacional está representada y alojar la toma de decisiones en los círculos reducidos donde, por lo general, únicamente los países donantes y más ricos tienen adecuada representación y participación. Esto se observa muy claramente en aquellos programas que dependen directamente de las contribuciones voluntarias de los miembros. En esa línea tenemos el PNUD, UNICEF, FNUDP y la tendencia es ampliarla a otros renglones de actividad como el medio ambiente, el narcotráfico y la asistencia electoral. En todos estos organismos el objetivo es, y así se lo han expuesto claramente en los debates, condicionar cualquier colaboración internacional o asistencia técnica a programas que se orienten o tiendan a reforzar las economías de libre mercado.

Esta postura de los países ricos y desarrollados, enfrentada a la de los países en desarrollo que prefieren una discusión más democrática e igualitaria dentro de los organismos previstos en la Carta, busca en realidad un debilitamiento de las funciones de la Asamblea General y el ECOSOC. Por ello no han faltado intentos de algunos de los miembros para asumir en el Consejo de Seguridad alguna de estas competencias, con el fin de reducir el nivel de discusión y garantizar una decisión acorde con los postulados de los países dominantes dentro de la nueva situación unipolar del mundo. Afortunadamente esta situación no ha sido materializada y en su participación dentro del Consejo de Seguridad el Ecuador se ha caracterizado por un apego irrestricto a la postura de los países en desarrollo.

Con esta perspectiva cobra especial significación la planificada Cumbre Mundial del Desarrollo Social, que ha sido públicamente respaldada por el Ecuador tanto en la Asamblea General como en el Consejo de Seguridad. Esta reunión al más alto nivel servirá para reflexionar sobre los principales problemas de la humanidad, proponer soluciones adecuadas y con responsabilidades compartidas y repensar en el rol de las Naciones Unidas frente esta panorámica. Una Cumbre de esta naturaleza otorgará importancia y atención suficiente a la problemática social dentro de la ONU.

En cuanto a los aspectos específicos de la agenda social de la ONU, no ha existido variación con respecto a los años anteriores. Sin embargo, si se observan ciertos cambios en las votaciones, que reflejan principalmente las transformaciones de la ex Unión Soviética y Europa Oriental. Entre ellas, la más notable fue la revocatoria de la resolución que equiparaba sionismo con racismo. Ecuador, que se había abstenido en la resolución original, copatrocinó y votó a favor en esta ocasión. Con respecto a Sudáfrica y la condena al régimen del apartheid se había acentuado la tendencia de los últimos años a suavizar las presiones y abrió puentes de diálogo con el gobierno de Pretoria, hasta la elección del Presidente Mandela. La mayoría de países del Grupo Africano, sin embargo, era todavía renuente a una apertura manifiesta y el lenguaje de las resoluciones en esta materia era fuerte y condenatoria hasta no materializarse las elecciones plenamente libres y democráticas. De todas maneras, los votos en contra y las abstenciones en dichas resoluciones eran cada año mayores. El Ecuador consecuente con su política tradicional y a pesar de los cambios de votación operados en otros países latinoamericanos, votó siempre a favor de la propuesta africana.

En materia de derechos humanos se ha acentuado el manejo político y selectivo. Sin el conflicto este-oeste la cuestión de derechos humanos ha quedado a discreción de los países hegemónicos que imponen sus criterios sobre derechos humanos de acuerdo a los intereses y conveniencias de sus gobiernos. Aunque el debate se cierne sobre una serie de países claramente identificables, las acciones que se emprenden o dejan de emprender hacia ellos responden a motivaciones particulares de los países más influyentes, en particular Estados Unidos. En esta óptica, dada la orientación unipolar del ordenamiento mundial contemporáneo, la Conferencia Mundial de la Mujer, prevista para 1994 en Beijing, aunque será una buena ocasión de reflexión teórica no alienta perspectivas muy positivas en aspectos prácticos del tratamiento universal de los derechos humanos.

En otros renglones, aunque es muy auspiciosa la adopción del Programa para el Narcotráfico, como mecanismo para dotar de eficiencia a los esfuerzos de la ONU en la materia y racionalizar los esfuerzos dispersos en varios organismos, sus logros en la práctica han sido reducidos. En mucho ha gravitado la tendencia obstinada de los países grandes a someter los proyectos y la asistencia técnica del Programa a las directrices y la aprobación de los donantes. Impasse similar se ha presentado en materia de medio ambiente y la utilización

RUPTURA

del Fondo que es administrado por el Banco Mundial en la materia. En otras palabras, donde está el dinero y el financiamiento está la decisión política.

Otros aspectos conservan una atención constante y poco variada, con relación a otros años. Aunque no ocupan un sitio estelar dentro de las preocupaciones sociales de la ONU, son importantes de resaltar: la asistencia en materia electoral; la cuestión de la niñez, la juventud, la familia y los desvalidos; la situación de la mujer y su igualdad social y jurídica; la administración de justicia y el derecho penal; la asistencia humanitaria y el papel del ACNUR; los problemas de las minorías, los trabajadores migrantes y las poblaciones indígenas.

El nuevo ordenamiento mundial y los cambios profundos en la política internacional contemporánea influyen innegablemente en la situación social del mundo e imponen una reflexión sobre ella. Como en pocas ocasiones en la historia, el planeta confronta un período de transformaciones esenciales. En estas circunstancias, los temas sociales deben ocupar un sitio prioritario de atención, en particular en las Naciones Unidas que es el foro universal por excelencia.

Como el Presidente del Ecuador lo expresó en la Asamblea General:

"Las nuevas condiciones imperantes en el mundo demandan un nuevo rol a la Organización Mundial. La guerra fría terminó, hay que afrontar la guerra contra la pobreza, financiar la paz y no la guerra, trabajar para la vida y no para la muerte y crear un mundo más ético y racional. Los retos económicos y sociales están en el primer plano, el mejoramiento de la calidad de vida de los pueblos debe ser la principal preocupación y el establecimiento de la justicia social internacional se presenta como un imperativo de la hora". (22)

Para nosotros, la cuestión del desarrollo social ante todo implica y es inseparable de un examen desde la perspectiva del ser humano, es decir de la dimensión humana del desarrollo. Por ello, en el contexto de una "Nueva ONU", la Cumbre sobre el Desarrollo Social es una de las pocas avenidas que se vislumbra para cambiar las actitudes de nuestros países y encontrar caminos efectivos de hacer valer nuestras aspiraciones. (23) A más de oportuna, es sumamente urgente en los

22) Asamblea General de la ONU, Septiembre de 1991.

23) Los países en desarrollo se han abanderado de esta causa a pesar de la oposición y resistencia de los países desarrollados e industrializados.

actuales momentos para repensar los conceptos caducos del desarrollismo y redefinir en términos más sensibles lo que la humanidad espera del progreso, la ciencia y la tecnología. Para ello es necesario superar concepciones agotadas e insuficientes y adoptar respuestas diferentes a la problemática social. Precisamente por esta razón tiene la oposición de varios de los países más ricos y desarrollados, que no extrañamente conservan el veto en el Consejo de Seguridad. Sin embargo, los países del Tercer Mundo debemos seguir apoyándola, convencidos de que la Cumbre será el mecanismo propicio para que las Naciones Unidas y la humanidad toda reflexionen sobre sí mismas y encuentren mecanismos y propuestas válidas que promuevan un desarrollo cualitativo con un rostro verdaderamente humano, especialmente en este Nuevo Orden tan carente de él, y como uno de los pocos mecanismos que alientan una mayor participación democrática de nuestros países.

5. CONCLUSIONES:

1. Una serie de acontecimientos han determinado el surgimiento de una etapa sin precedentes en la historia reciente. Esos acontecimientos, aunque dispersos, se han respaldado unos en los otros para determinar el fin de una era y afianzar un mundo unipolar.
2. Esta nueva era ha conducido a un reordenamiento de las relaciones internacionales y la hegemonía de un sistema, sin balance de poder efectivo, que prevalece y ejerce su dominio en la esfera internacional.
3. Esta situación especialísima, desconocida en mucho tiempo, ha llevado a diseñar el concepto de un "Nuevo Orden Internacional", caracterizado precisamente por la ausencia de un balance de poder y la hegemonía de un solo país. Por ello, no es extraño que este concepto haya sido acuñado y entusiastamente divulgado, especialmente, por internacionalistas y representantes de ese país.
4. Bajo la protección de este incipiente concepto se han adecuado, con justificación o sin ella, nuevas formas de entendimiento e intercambio entre las naciones, las relaciones internacionales van adquiriendo fisonomías y prácticas impensadas y el Derecho Internacional es objeto de múltiples mutaciones. En general, se puede afirmar que no hay situación o desenvolvimiento a nivel mundial que no haya sido, o pretenda ser, afectado por el nuevo concepto.

RUPTURA

5. Las Naciones Unidas, como elemento importante del convivir internacional, no han estado al margen de esta influencia. Es más, ha sido el foro principal para exponer y examinar los alcances de esta nueva relación entre los Estados y probar los límites de su aplicación. La actividad y dinámica del Consejo de Seguridad, y en particular la proliferación de resoluciones sobre todos los aspectos de mayor atención para el mundo, lo demuestran categóricamente.

6. La reestructuración de la ONU se inscribe y debe ser entendida necesariamente en el contexto de este "Nuevo Orden Internacional". A pesar de los largos debates de años y décadas anteriores, no es sino con el surgimiento de esta nueva concepción que se otorga prioridad y real atención al proceso de reestructura.

7. Se lo hace, no precisamente para atender una reivindicación democrática de los países más pequeños y pobres, sino contrariamente para afianzar las bondades de un sistema que favorece la hegemonía de los grandes ("Finalmente la ONU es lo que debe ser", es una frase muy recurrida y defendida en dichos países).

8. Por ello no es de extrañar que la reestructura, al menos hasta el momento, se haya reducido a meras reformas burocráticas y a superficiales afinamientos de prácticas anteriores. En la parte sustantiva, la única iniciativa seria del Secretario General se reduce a responder a un interés de los países hegemónicos, sin atender ninguna necesidad básica de los menos desarrollados ("Un Programa de Paz", 1992).

9. En el enfoque del Nuevo Orden, la reestructura de la ONU debe orientarse al fortalecimiento y ampliación de competencias del Consejo de Seguridad. Lo demuestran, la actividad dicho órgano durante los últimos tres años y la inclinación creciente de los miembros permanentes para introducir mayores temas en su agenda, con desmedro de las facultades de la Asamblea General. El poder del veto y la garantía de alcanzar resoluciones siempre favorables, negociadas en muy reducido nivel, promueven decididamente esta posición.

10. En esa perspectiva, una reestructura del Consejo de Seguridad no es conveniente para los miembros permanentes y no se aceptará jamás una que promueva un cambio en el proceso de toma de decisiones. Eventualmente, gracias a la presión y peso económico de ciertos países, se consideraría una ampliación de su membresía, no sin salvar muchos obstáculos e intereses creados.

11. La primacía al Consejo de Seguridad otorga, per se, una categorización secundaria a la Asamblea. De hecho, a pesar de las largas discusiones, resoluciones, conversaciones y debates, no hay ninguna propuesta seria de reforma y reestructura, menos aún la voluntad política de llevarla adelante. Apenas ligeros atisbos en los campos social y económico permitirían un enfoque diferente y más útil de este órgano, que supuestamente es el máximo y que representa a todos los miembros. Reformas en el campo político y de decisión efectiva, imposible.

12. Por ello, el énfasis de países pequeños como el Ecuador sería priorizar la reestructura de las áreas social y económica. Primero porque son las más factibles de realizarse en la práctica, negociándolas eficazmente con los países industrializados, segundo porque se dirigen a la Asamblea General, que es un foro más democrático y representativo, y tercero porque de ellas el país obtendría muchos mayores réditos.

13. La Cumbre de Desarrollo Social es el primer paso en ese sentido y debe servir de escenario para promover un proceso serio y factible de reestructura, al menos en las áreas social y económica de la ONU, para que sean de verdadero servicio y beneficio para nuestros pueblos. Apoyar decididamente esa Cumbre y participar en ella con una propuesta clara es, a mi juicio, el primer paso concreto, efectivo y positivo para respaldar una reestructura de la ONU en términos reales de participación democrática.

—

UNIVERSIDAD

La Historia ha esclarecido la cívica conducta de Julio Tobar Donoso en la suscripción del Protocolo de Río de Janeiro. Infeliz momento en la vida republicana del Ecuador. El comportamiento nacional, caracterizado por la deshonesta intención de evadir culpas colectivas e individuales, y la ineptitud de nuestros gobernantes para mantener una política interna y externa de unidad acordes a las expectativas sociales de un país en desarrollo, permitieron responsabilizar a un solo hombre por los hechos acaecidos en la época. Es momento de distinguir entre la lealtad y la traición, entre la necesidad y la negligencia.

Julio Tobar Donoso: VÍCTIMA EXPIATORIA (*)

Dr. Osvaldo Hurtado Larrea

En este acto académico, en el que se presenta la cuarta edición del libro de Julio Tobar Donoso y Alfredo Luna Tobar titulado *Derecho Territorial Ecuatoriano*, antes que comentar una obra bien conocida por todos ustedes, deseo reflexionar sobre un episodio oscuro de nuestra historia, en el que fue destacado actor un vilipendiado ecuatoriano en quien el país, injustamente, ha buscado descargar sus ancestrales culpas.

Cuando se recuerda la invasión peruana, la guerra del año 1941 y la posterior firma del Protocolo de Río de Janeiro de 1942, se incurre en dos falacias que no corresponden a la verdad histórica. Se suele afirmar que por dicho tratado, Ecuador perdió centenares de miles de kilómetros de su territorio oriental y la condición de estado ribereño del Amazonas, y que los responsables de la derrota militar y diplomática que sufrió el país fueron el gobierno de aquella época y particularmente su canciller.

* Este texto, que para la presente publicación ha sido revisado y ampliado por su autor, corresponde a un discurso que pronunció el ex-presidente en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador el 29 de junio de 1994, en la presentación del libro de *Derecho Territorial Ecuatoriano*.

RUPTURA

Durante los ciento once años que transcurrieron desde la fundación de la República hasta el Protocolo de Río, mientras Perú avanzó regular y sistemáticamente en los territorios amazónicos en disputa, Ecuador no realizó actos de posesión efectiva, mediante el establecimiento de puestos militares y el poblamiento colonizador de civiles, y más bien hizo renunciamentos expresos a su soberanía.

Cuatro hechos ilustran la incuria gubernamental y la incompetencia del Estado para preservar el patrimonio territorial de la nación. El siglo pasado Ecuador designó cónsul en Iquitos, nombramiento que implicaba aceptar que aquella población no formaba parte del patrimonio nacional ⁽¹⁾. En 1910, cuando Ecuador y Perú se aprestaban a enfrentarse militarmente, se coreó el grito de Tumbes, Marañón o la guerra olvidándose que, años antes, al nombrar el gobierno ecuatoriano cónsul en dicho puerto había reconocido la soberanía peruana. Más tarde, en 1917, a su regreso de Galápagos el presidente Alfredo Baquerizo Moreno visitó la población de Tumbes, donde fue recibido por las autoridades peruanas ⁽²⁾. La primera carretera de penetración a la región oriental comenzó a construirse luego de la guerra de 1941; hasta entonces los ecuatorianos no contaron con un solo camino que les permitiera atravesar los Andes y llegar a la Amazonía, que no fueran los senderos de montaña.

Los gobiernos ecuatorianos realizaron progresivas cesiones territoriales en favor del Perú en los siglos XIX y XX. El Tratado Herrera García acordado en 1890, aprobado por el Congreso Nacional del Ecuador y rechazado por el de Perú, fijó el río Pastaza como la línea limítrofe entre los dos estados, con lo cual hace más de cien años el país renunció a vastos territorios amazónicos y se alejó del río que había descubierto. Mayores concesiones se hicieron al aceptarse el *statu-quo* de Lima de 1936 y durante las negociaciones de Washington en 1938, en las que Ecuador propuso una línea geográfica transaccional que otorgaba al Perú extensos territorios al norte del Marañón ⁽³⁾. El Protocolo de Río consagró, formal y contractualmente, las mencionadas cesiones territoriales hechas a lo largo de décadas y las amplió en cierta medida.

Estos hechos hacen que carezca de sustento histórico la afirmación, convertida en un lugar común, de que Ecuador por el Protocolo perdió la mayor parte de sus territorios amazónicos y el acceso al gran río.

No es justo hacer del gobierno del presidente Carlos Arroyo del Río y de su canciller Julio Tobar Donoso, los únicos responsables del **año trágico del 41** y del **infausto dictado de Río**. La derrota militar y diplomática sufrida por Ecuador fue la consecuencia desventurada, pero inevitable, del desorden político y del deterioro económico del país, fenómenos cotidianos que impidieron su progreso en campo alguno, especialmente en los años que precedieron al conflicto.

La economía, que ya sufría una aguda crisis desde 1921 por la caída de la producción y de las ventas de cacao, en la década siguiente se contrajo aún más cuando el valor anual de las exportaciones ecuatorianas, en promedio, llegó a ser inferior al obtenido cuarenta años atrás, a fines del siglo XIX ⁽⁴⁾. Como el comercio exterior era la principal fuente de recursos de la economía y del fisco, al caer en montos tan significativos el Estado y los particulares carecieron de los medios necesarios para financiar sus actividades, y así atender las necesidades del desarrollo nacional. Los viajeros extranjeros que en aquellos años visitaron Ecuador lo describen como un país pobre y atrasado, con muchas de las características de la indigente sociedad colonial relatadas por Jorge Juan, Antonio Ulloa y Alexander von Humboldt ⁽⁵⁾.

En la década anterior a 1941 la vida pública del Ecuador se agotó en erosionantes luchas intestinas que consumieron las energías de la nación, llevándola en ocasiones a un estado de anarquía. En apenas diez años ejercieron el poder dieciséis presidentes, dictadores o encargados de la primera magistratura y, en 1933, en el corto lapso de sesenta y cinco días doce ciudadanos ocuparon la cartera de Relaciones Exteriores, como titulares o interinos ⁽⁶⁾. En estas condiciones extremas de inestabilidad política, fue imposible contar con gobiernos responsables que superaran la crisis económica, multiplicaran la obra pública, organizaran un ejército y dieran rumbo a la política exterior del Ecuador.

El año de la guerra con el Perú el presupuesto del Estado fue de apenas ocho millones de dólares y el de la defensa nacional sólo de dos, paupérrimo estado de las finanzas públicas que impidió estructurar y equipar cuerpos militares preparados para enfrentar solventemente la defensa de la integridad territorial del Ecuador. La fuerza aérea como arma de guerra no existía pues carecía de naves de combate y los tres barcos que conformaban la marina no eran de guerra sino embarcaciones comunes adaptadas precariamente para operaciones

RUPTURA

bélicas. En cuanto al ejército, los pocos destacamentos fronterizos eran pobres chabolas inadecuadas para propósitos militares, que únicamente servían para que los soldados pudieran guarecerse. Los mandos no tenían oficiales graduados en academias de estado mayor y la tropa carecía de los pertrechos indispensables para la defensa de la frontera; ni siquiera contaba con los alimentos, el vestido y el calzado necesarios para la vida diaria ⁽⁷⁾.

Durante el conflicto afloró una inveterada práctica que ha llevado, especialmente a ciertos políticos, a valerse del problema territorial para alcanzar ventajas personales o partidistas, sin importarles el daño que podían causar a los intereses permanentes de la Patria. Tan irresponsable conducta en 1941 y 1942 llegó a límites extremos. Nada menos que un ex-presidente hizo pública una carta en la que insinuaba que su país había provocado la guerra, documento que el Perú presentó en las cancillerías americanas como la mejor y más autorizada prueba de que Ecuador había desencadenado el conflicto bélico, y no el vecino del sur que planeó y ejecutó la aleve agresión ⁽⁸⁾. En la trágica historia territorial del Ecuador, esta ausencia de unidad interna siempre ha sido un elemento negativo que ha perturbado la defensa de la integridad nacional.

Estas debilidades económicas, políticas y militares del Ecuador, que dejaron inerte a la delegación que concurrió a Río de Janeiro, no fueron las únicas. La ascendencia del Perú y de sus diplomáticos en los países mediadores -Estados Unidos, Brasil, Argentina y Chile- contrastaba con la escasa o ninguna influencia de nuestra nación y de sus plenipotenciarios. Durante las tediosas negociaciones celebradas en la capital del Brasil, ningún país latinoamericano expresó simpatía y peor solidaridad por las tesis y proposiciones ecuatorianas ⁽⁹⁾. Más aún el territorio nacional se encontraba invadido por el Perú que, prevalido de su superioridad militar, amenazaba tomar Guayaquil cuya defensa el ejército ecuatoriano no estaba en capacidad de garantizar. El desamparo de la delegación del Ecuador fue tan grande, que el canciller Tobar ni siquiera pudo consultar su decisión final con el presidente Arroyo del Río, pues en ese entonces Quito no contaba con servicios internacionales directos, telefónicos o telegráficos, que sí los tenía Lima ⁽¹⁰⁾.

Por estas razones, a la hora en que Julio Tobar Donoso se vio obligado a firmar el Protocolo de Río de Janeiro, de poco le sirvieron al país sus derechos amazónicos y los títulos jurídicos; la antigua práctica según la

cual las fronteras son determinadas por el poder de las naciones, también se cumplió en el caso ecuatoriano, designio del que no habría podido escapar ningún otro gobierno. Consciente de esta fatal regla de la política internacional, el Ministro de Defensa de la época coronel Carlos Guerrero, en su carta de renuncia expresó que no estando Ecuador en posibilidad de enfrentar la guerra con el Perú, no le quedaba más remedio que ir a un arreglo en los términos que fueran posibles ⁽¹¹⁾.

Se ha dicho que el canciller Tobar Donoso debió negarse a firmar el Protocolo y, en protesta, abandonar la Conferencia de Río. De haber seguido este camino a su regreso al país probablemente habría sido recibido como un héroe. Pero su gloria y el entusiasmo popular iban a ser efímeros. La integridad territorial del Ecuador hubiera corrido peores riesgos y sufrido mayores perjuicios, seguramente al día siguiente de su arribo a Quito.

La cultura de la irresponsabilidad, tan característica del modo de ser nacional, ha llevado a descargar en el canciller Tobar culpas individuales y colectivas de todos los ecuatorianos, con el secreto propósito de así expiarlas y de este modo no asumir ninguna. Aquí radica la explicación de que en las interpretaciones que se han hecho sobre las causas de nuestra tragedia territorial, no se establezcan las que fueron de exclusiva responsabilidad del Ecuador, de sus ciudadanos y de sus instituciones, acumuladas desaprensivamente por más de una centuria. Julio Tobar Donoso no fue otra cosa que la víctima propiciatoria de un país incapaz de construir un Estado orgánicamente solvente, una economía moderna, una democracia eficiente y unas fuerzas armadas dotadas para la guerra.

Quisiera, finalmente, mencionar un gesto de entereza y elegancia del canciller Tobar Donoso, inusual en la vida pública. No sólo que hizo suya la decisión de firmar el Protocolo, de la que excluyó a la delegación que le acompañaba, sino que al comunicarla al Presidente Arroyo del Río le dejó en libertad para desaprobala ⁽¹²⁾. Pero tanto el Jefe del Ejecutivo como el Congreso Nacional ratificaron lo actuado por el Canciller, con lo cual las dos más altas funciones del Estado ecuatoriano asumieron y compartieron su aciaga responsabilidad.

En el centenario del nacimiento de Julio Tobar Donoso, a quien conocí cuando fue mi maestro de ciencia política en la Facultad de Derecho de esta Pontificia Universidad Católica del Ecuador, con estas

reflexiones he querido contribuir a establecer los límites de su responsabilidad en el Protocolo de Río de Janeiro, además de expresar mi admiración por un ecuatoriano que hizo todo lo que estuvo en sus manos para salvar a la Patria.

BIBLIOGRAFÍA

- (1).- Ministerio de Relaciones Exteriores. Archivo General. Notas Comunes a la Legación en Lima. 1890. Vol. II.
- (2).- Ibid. 1917. Vol. III.
- (3).- Tobar Donoso Julio. La Invasión Peruana y el Protocolo de Río. J. d. Banco Central. Quito 1982. Págs. 80 y sgtes.
- (4).- Carbo Luis Alberto. Historia Monetaria y Cambiaria del Ecuador. Banco Central. Quito 1953. Pag. 447.
- (5).- Franklin Albert. Ecuador: Retrato de un Pueblo. Edit. Claridad. Buenos Aires 1945 y Ludwing Balmelmans: El Burro por Dentro. Edit. Moderna. Quito 1941.
- (6).- Arroyo del Río Carlos. En Plena Vorágine. Ed. El Gráfico. Bogotá 1948. Pags. 36 y 37.
- (7).- Arroyo del Río Carlos. Mensaje al Congreso Nacional. Quito 19 de febrero de 1942.
- (8).- Tobar Donoso Julio. Ob. Cit. Págs. 234 y sgts.
- (9).- Bossano Luis. Discurso sobre Julio Tobar Donoso. En El Drama de Río de Janeiro. Quito 1987.
- (10).- Ibid.
- (11).- Arroyo del Río Carlos. Mensaje. Ob. Cit.
- (12).- Tobar Donoso Julio. Ob. Cit. Pag. 416

Poco se ha escrito de un programa tan valioso y tan propio de nuestra Facultad como el de los Consultorios Jurídicos Gratuitos. Nunca podrán sobrar las palabras en asunto de tal importancia. El compromiso de la Universidad con la sociedad se hace más patente en aquellos sectores en los que es casi imposible proteger los derechos individuales y garantizar el cumplimiento justo de la ley, sobre todo con la gente de escasos recursos para quienes el ideal de justicia resulta paradójico. Tras una relación histórica y una evaluación de la situación actual de los Consultorios Jurídicos Gratuitos, el autor de este artículo, que fue Coordinador del Consultorio en el Ex-Penal García Moreno, propone algunas soluciones inmediatas y a mediano plazo. Pero lo más importante es la convicción de que la tarea universitaria emprendida en este proyecto es un medio para practicar la solidaridad en todo sentido y rescatar la dignidad de la persona.

UNA TAREA UNIVERSITARIA Realidad y Expectativas de Los Consultorios Jurídicos de la PUCE

Vicente Peralta León

1. ACERCAMIENTO

El ímpetu de la juventud por ser el nexo renovador entre los diferentes estratos de la sociedad siempre ha llevado a conseguir metas importantes en el desarrollo de las actividades humanas. Porque hay entrega transparente y se tiene algo de convicción en lo que se cree, aunque no sea producto del propio discernimiento, sino de una actitud abierta al mundo con el ansia de aprender lo que la falta de experiencia no brinda.

Me parece que siempre ha orientado esta forma de ver la vida a los universitarios, unos movidos por su fe, otros por su compromiso con la

RUPTURA

persona humana sin ningún credo que les guíe, en fin las motivaciones son diferentes para transitar por un mismo camino, que nos han dicho siempre como que se codea con nuestra elección de vida, el derecho que construya una justicia para todos.

Me refirieron que desde la fundación de la Universidad, algunos jóvenes ya tenían la inquietud de implementar esta obra, sin embargo hasta 1952 se cristalizó porque debían tomar la materia de Práctica Procesal que indudablemente impulsó esta tarea.

De los años sesenta se tienen documentos que nos indican que había una preocupación de los universitarios por compartir con los desamparados los tortuosos caminos de la realización de la justicia humana en nuestro país; las autoridades también compartían este afán, muestra de ello es una invitación a participar de una celebración eucarística, oficiada por el P. Rector, para dar inicio a las actividades de una oficina que prestaba servicios jurídicos gratuitos, que funcionaba en los corredores de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad.

Luego tenemos referencia históricas de un desarrollo en la organización de los Consultorios Jurídicos Gratuitos a cargo del Dr. Carlos Benítez Arcentales. En los tiempos de las innovaciones en la Universidad parece que se acentuó las coberturas y fueron muchos más sectores los que pudieron contar con el concurso de la Universidad y sus estudiantes de Derecho.

Pasó el tiempo y la Asociación Escuela de Derecho tomó parte en la dirección y ejecución de la idea, con el concurso de los estamentos correspondientes de la Universidad. Sin embargo por problemas que no vienen al caso examinar, en 1987, los Consultorios Jurídicos Gratuitos pasaron a depender del Consejo de Facultad, y se terminaron los cuestionamientos que produjeron el traspaso de competencias al Consejo.

Desde entonces las expectativas de quienes hemos trabajado en los Consultorios han sido muy grandes. El doble carácter académico-social de las prácticas, la implementación material, la necesidad de expresión de un número casi constante de estudiantes de la Facultad que vieron en los Consultorios el sitio idóneo desde donde servir sin ningún compromiso más que el propio, han guiado el devenir de los últimos años.

Me parece que la Universidad y sus estudiantes de Derecho tienen una obligación para con el segmento de la sociedad, que la Iglesia ha identificado como prioridad, y la constatación de la realidad ha puesto en el sentido común de quienes no son parte de ésta última : Quienes viven en la informalidad jurídica en sus relaciones con los demás, y defender a quienes el sistema jurídico-judicial trata de sobrepasarlos por no tener las influencias debidas.

Han sido las grandes motivaciones para tratar de encontrar un espacio donde sin acción política tradicional se pueda servir a quienes necesitan de nuestro aporte.

Así como la motivación es importante, la respuesta de la Universidad y sus estudiantes lo ha sido más. A nadie escapa la constatación de un hecho real, somos una élite, mal o bien pero somos parte de ella; en todo sentido, aunque últimamente el aspecto económico ha primado. Es que somos un pequeño grupo que tenemos acceso a las posibilidades del conocimiento científico, de las relaciones sociales, de los contactos para acuerdos trascendentes en cualquier ámbito de la vida del país. Que no los sepamos aprovechar -en mi criterio- eso es otro asunto. Pero el punto es que podemos transformar el futuro de muchas personas con la dedicación a la tarea que hemos buscado, y que uno de los espacios para desarrollarla está precisamente en los Consultorios Jurídicos.

Nuestra Universidad se denomina Católica, tenemos un lema que debe identificarnos "Seréis mis testigos". Este otro de los fundamentos para desarrollar la acción en la extensión social universitaria. Lamentablemente no se han implementado todas las directrices que estructuren de una mejor forma el movimiento de presencia de la Universidad en la Comunidad. Hay iniciativas y casos aislados que responden a la coyuntura de ofrecer un servicio, de organizarlo y mantenerlo.

2. POR DENTRO

Cuando por primera vez se llega a los Consultorios Jurídicos, se producen una serie de reacciones. De mi experiencia personal rescato dos: la desilusión y el desafío.

Desilusión porque pensé que la Universidad daba un apoyo mucho más eficaz que lo que en realidad brinda. Porque creí que estaban

RUPTURA

suficientemente organizados para ofrecer un mejor trabajo. Porque me enteré de carencias que no se compadecían con el fin por el que existen.

No tenían una estructura orgánica idónea, todo se llevaba por la buena voluntad de los responsables y de los practicantes. Cada uno presentaba una innovación cuando asumió la responsabilidad de dirigir. Cada uno pensaba la forma de organizar mejor el trabajo y consiguientemente servir de mejor manera. Cada uno trataba de conseguir algo con sus amistades o con sus influencias. Cada uno intentó formar un equipo para ofrecer mejor su esfuerzo. Pero del cada uno debemos definitivamente ir a la integridad.

No tenían bien distribuidos los implementos materiales para el trabajo, y se contaba con el apoyo de la AED, del Decanato y de grupos voluntarios de quienes se conseguían los materiales, a pesar de esta ayuda no era suficiente.

Lo importante fue la capacidad para enfrentar las adversidades de quienes estuvieron antes, de los que están ahora y de los que vendrán.

En el orden material, cartas, entrevistas, memorándums, trámites internos, papeleo, peticiones y creo que hasta dinero de quienes buscaban la ayuda de los Consultorios fueron necesarios para cubrir las carencias de materiales.

Se cubría un frente pero otro se abría: si no eran las máquinas de escribir, era la papelería, los archivadores o cualquier otro implemento.

Todo lo anterior se solventaba de alguna manera, pero lo realmente difícil era el explicar o saber cual era el régimen interno de los Consultorios. El Director impartía las instrucciones generales, cada coordinador organizaba su trabajo y el de sus compañeros practicantes de la mejor forma posible. No siempre eran criterios uniformes. Por lo que a pesar del esfuerzo se notaban las diferencias en los resultados.

Inclusive dentro de la propia Facultad, era una cuestión consuetudinaria la administración, el control y hasta la estadística.

Las responsabilidades se asumían pero faltaba una determinación absolutamente plena para organizar el trabajo. No una normativa que sea un dogal sobre la libertad de quienes trabajamos en los

Consultorios, sino una básica indicación sobre controles, sobre administración de recursos tanto materiales como humanos, sobre un archivo, sobre una estadística.

Pero de la desilusión al desafío y reto de intentar cambiar la situación hubo un solo paso. El panorama era desafiante pero respondía a una situación bien concreta, la Universidad debía planificar y ejecutar políticas de extensión social; pero no había.

Es que las actividades de extensión son tan diversas, cada una tiene sus particularidades, me dijeron una vez.

Nos invitaban a participar de foros sobre temas importantes, íbamos y cuando hablábamos improvisábamos. Decíamos algo de nuestra experiencia, de nuestras expectativas y de lo que creíamos que la Universidad podría hacer. Me parece que se perdieron algunas buenas posibilidades porque llegado el momento, la información debía recorrer muchos puntos y la decisión no llegaba. No había un canal definido para hacer conocer la iniciativa, la invitación o el compromiso que se hacía con nosotros; dadas las circunstancias variaba.

Sin embargo, el trabajo tesonero y responsable de muchas personas abonaba el camino para cosechar algo en el futuro, efectivamente, y por experiencia propia lo digo, el esfuerzo de los antiguos lo recogíamos nosotros con pequeñas pero significativas "conquistas", locales, muebles, útiles de oficina, libros, leyes, etc. . De a poco se iban consiguiendo las metas.

3. QUE HACER

Hay que tomar dos puntos para abordar este tema, el marco general de la PUCE, y la organización interna.

3.1. Marco General

La PUCE, debería definir de una vez por todas los criterios de la extensión social universitaria, una cuestión difícil pues creo que debe generarse un consenso respecto de toda la organización necesaria para implementarla, de los criterios que se utilizaran, de los destinatarios, de los límites, de las implicaciones académicas de las prácticas o servicios. Es decir, tomar partido por las reivindicaciones que la Sociedad exige de su Universidad. En cualquier sentido y bajo la

RUPTURA

orientación propia que tiene la Universidad, pero no quedarse en el aire, permitiendo que la buena voluntad trate de suplir la organización, que es básica.

Con ello vendrá todo un régimen para la Extensión Social Universitaria, que sean los parámetros generales que se necesitan para guiar las tareas de ésta área.

Si es que la PUCE, no toma oportunamente los lineamientos de la extensión social, la Facultad con sus órganos competentes debe hacerlo. Han existido muchos proyectos y reglamentos de los Consultorios Jurídicos. Unos realmente constituyen un aporte para la organización, otros han sido la respuesta a la coyuntura que exige un cuerpo normativo para justificar la estructura orgánica, cuando han pedido información al respecto instituciones públicas y privadas, nacionales y extranjeras, para canalizar algún apoyo a los Consultorios.

Muchas son las experiencias que un practicante o coordinador se lleva luego de su paso por los Consultorios, entonces, porque no aprovechar y preparar un proyecto sustentado en la operatividad por un lado, y por otra parte complementar con las exigencias académicas y administrativas que impone la Universidad a cada una de sus labores, a través de sus responsables, claramente determinados.

Además la Universidad debe hacer un esfuerzo para ofrecer una beca completa a los coordinadores de los Consultorios Jurídicos Gratuitos, por lo que se colige que el sistema de designación de los mismos debe ser idóneo.

Del financiamiento se ha hablado tanto, y todos han aportado con ideas y soluciones, me informaron hace poco, que hasta los egresados podrían ayudar en este sentido. El financiamiento debe ser constante y regular. La PUCE, debería tomar a los presupuestos como una herramienta de trabajo y no como un secreto. Los criterios de distribución de los ingresos en las tareas universitarias también deben revisarse.

3.2. Organización Interna

Con el concurso de muchos criterios de quienes han sido coordinadores o practicantes de los Consultorios, y del Asesor sacamos en claro

algunos puntos de relevante importancia a la hora de tomar una normativa que organice los Consultorios:

a) Selección

Desde un profundo análisis que no solo tiene que ver con las actividades de los Consultorios Jurídicos, sino con la forma de enseñar el Derecho en nuestra Facultad, se debe tomar en cuenta el asunto de la selectividad general y específica.

General en cuanto a que los Consultorios no pueden ser otra más de las materias que un estudiante necesita para egresar, sino un compromiso; un compromiso guiado por la fe o la convicción, o por lo menos tener la seriedad de representar a la Facultad y a la Universidad frente a las diferentes instituciones públicas y privadas, con las que hay contacto en el desarrollo de las actividades de los Consultorios.

Específica en cuanto a que una vez seleccionado el gran grupo, se vean las circunstancias de cada practicante para ubicarlos en un consultorio popular o uno que sirva a las cárceles de la ciudad, y cuando se piense en implantar un eficaz sistema de defensa pública de quienes no tienen para recurrir a un abogado, en todas las áreas que seguro necesitaran del contingente de los estudiantes.

Y luego también la de los responsables en todo sentido: profesionales y coordinadores.

b) Capacitación

Es necesaria la capacitación, para ser eficaces, lo que implica un acercamiento preliminar al ambiente general donde se va a realizar la práctica, un barrio popular, una cárcel, en la Universidad. En segundo lugar una vez definidos los sitios de destinación, es indispensable una orientación básica respecto de los aspectos más importantes de una defensa, en el sentido de estrategia de defensa, oportunidad, elementos con los que se cuentan, pruebas, etc. Y Pensar definitivamente, porque ser amigables componedores o defensores, antes que portavoces de las opciones que da e impone el Derecho para regular la vida social. La Divulgación del Derecho, es una alternativa para evitar los males, y acometer en la instrucción de lo que se tiene, ya que por el momento no nos atrevemos a proponer los cambios normativos en el país, que se necesitan. Además es necesaria también una metodología, para llevar un archivo, que sirva para una estadística. Saber expresar un resultado.

RUPTURA

c) Determinación de Responsabilidades

Es decir, quienes se van ocupar de organizar y ejecutar los planes de selección y capacitación, y luego como se van a desarrollar las actividades en cada consultorio. Como será la aprobación o no de un estudiante, que pasará si es que no cumple con la labor encomendada. Y esto es necesario hacer notar, lamentablemente, porque en nuestra Facultad, existen verdaderos sacrificados: los coordinadores, que a veces, de la noche a la mañana tienen que lidiar con cuarenta o más casos, por la coyuntura de vacaciones, o de deserción tácita de los practicantes. Es un asunto, verdaderamente difícil de decir y de tratar.

Un sistema idóneo y claro para emprender conscientemente la tarea, y seguros de los parámetros que se utilizaran para el trabajo desempeñado.

d) Normas peculiares de acuerdo al ámbito de acción de cada consultorio.

Cada consultorio tiene su peculiaridad en cuanto al ámbito de acción: atender asuntos civiles en un barrio popular tiene sus propias identidades y realidades, hacerlo en una cárcel tiene otro matiz, y si es que se organiza en otros sitios también se debe tomar en cuenta el ambiente del que se va a participar.

Esto no tiene porque ser complicado, son pequeñas diferencias de organización, que deben estar avalizadas por los responsables de los Consultorios para que con las reglas claras no se improvise por mucha buena fe que se tenga.

e) Archivo, Estadística y Administración de Recursos.

Este punto es básico, tuvimos experiencias, cuando tratamos de inmiscuir a los Consultorios Jurídicos en grandes proyectos de la Universidad, del Estado o de la Iniciativa Privada. Nos pedían resultados, tratamos de ofrecer una estadística que resulto inexacta y no muy fiable. El discurso romántico de los Consultorios Jurídicos debe tornarse en una realidad expresada en números. Eso hablara más que las emocionadas palabras de alguien a quien le sirvió como una formidable experiencia personal el pasar por ellos.

Debemos ser prácticos y no repetir esfuerzos que deberíamos orientar hacia otros menesteres, debemos hacer investigación jurídica respecto de los fallos de nuestros casos, y saber como la praxis judicial, el criterio de los jueces, las innovaciones de la leyes y obviamente las circunstancias propias de los casos pueden variar el esquema de defensa.

En cuanto a la Administración de Recursos tanto humanos y materiales debemos estar capacitados para hacerlo de la mejor forma posible, para ello hay muchas técnicas, tácticas, estrategias, que se pueden aprender rápidamente, y que pueden servir notablemente, los resultados lo dirán. Es cuestión de organización.

Todas estas ideas no son un descubrimiento novedoso, son las básicas inquietudes de quienes hemos pasado por los Consultorios Jurídicos.

Las autoridades tanto de la Universidad como de la Facultad, perciben estas realidades y me parece que hay la suficiente predisposición de apoyo a la tarea de los Consultorios, que estoy seguro no vacilaran en tratar a profundidad cualquier iniciativa que se les presente.

Únicamente falta un impulso para plasmar en un documento que sea el producto del consenso de todos los implicados en la labor, las ideas para que se estructure un proyecto definitivo.

Luego y para no creer que una normativa es la respuesta única y final para la tarea de los Consultorios, estará el ánimo y el trabajo que los jóvenes que semestre tras semestre ingresan a los Consultorios como aval de mayores expectativas de desarrollo y convicción. No debo dejar de mencionar el permanente apoyo que la Universidad y sus autoridades ofrecen para seguir con esta reivindicación social.

4. ADEMÁS

Cabe resaltar que los Consultorios Jurídicos no se dedican exclusivamente a las defensas jurídicas, sino que son un medio para practicar la solidaridad en todo sentido. Es un oportunidad de brindar nuestro contingente humano, para comprender las penalidades y las injusticias, las limitaciones y desviaciones de una sociedad desigual. Por eso compartimos algunos eventos con las personas que acuden a nuestro ofrecimiento. Especialmente en las cárceles, donde el futuro de muchas personas, depende a veces de nuestra voluntad de ayudar.

RUPTURA

Por eso apoyamos las políticas de no habilitación mayor en el delito y no a la frustración. Uds. los han conocido. El Teatro, la Música y sus manualidades, han venido a nuestra Facultad.

Es por demás justo, nombrar al Dr. Héctor F. Orbe Calvachi, insigne Director de los Consultorios Jurídicos Gratuitos, hombre generoso que ha escogido el compartir con los necesitados antes que su propia comodidad. Ya es tiempo de que la Universidad haga lo suyo respecto de este gran ser humano.

Como vemos los Consultorios Jurídicos se presentan como una serie de oportunidades que día a día llama a los corazones de los jóvenes. Muy buenas experiencias se sacan al pasar por ahí. ***Pero no cabe duda que el rescate de la dignidad humana es la esencia de su trabajo.*** Esta doble misión de formar hombres y mujeres comprometidos con su pueblo y la de luchar contra la estructura injusta que oprime sin razón; merece un mejor apoyo.

Todos los esfuerzos son bienvenidos para construir mejor esta TAREA UNIVERSITARIA.

Debo aclarar que todos los criterios aquí vertidos son de mi exclusiva responsabilidad, sin que implique ningún pronunciamiento de los Consultorios Jurídicos, en época alguna.

La visión retrospectiva de quien fuera Presidente de la Asociación Escuela de Derecho en el período 1990-1991 pone en evidencia la crisis del liderazgo estudiantil de nuestro tiempo, que se reduce a puro activismo sin sentido y sin ganas de consolidar la organización estudiantil. Tal crisis es producto del acomodo que genera la seguridad del prestigio, de haber trastocado los valores y haber desmejorado el producto. Ahora necesitamos trascender con propuestas innovadoras y audaces las pequeñeces domésticas para proyectarnos al futuro y a la sociedad. Después del desencanto de la actividad estudiantil no-política, retorna la necesidad de una fuerza que haga de la AED un organismo de presión en el ejercicio de sus legítimos derechos. Para ello debemos encarar la diversidad mediante el diálogo y el consenso, con responsabilidad y creatividad. Entender y enfrentar los nuevos desafíos exige tener mente y corazón universal.

REFLEXIONES SOBRE EL LIDERAZGO ESTUDIANTIL

Francisco Bonilla Soria

Todo tiempo es tiempo de desafío. Así pensamos quienes creemos en lo positivo de las actitudes humanas.

Al tomar el poder estudiantil nos propusimos algunas metas, las cumplimos con fervor, con pasión, salvamos nuestras inconsistencias con el siempre digno amor a la causa y a lo que pensamos debía ser nuestra Facultad y nuestro paso por ella. Pretendimos ser responsables y nos dimos sin límite a la función que la Facultad nos encargó.

En nuestros discursos de despedida no dejamos de mencionar los errores y omisiones, sin embargo mantuvimos el criterio de haber hecho lo que según nuestro saber y entender era lo correcto y lo justo. Intimamente sentíamos la satisfacción de haber cumplido.

RUPTURA

Al volver la mirada vemos que lo que ayer fue el motivo de lucha ahora no lo es más. No me refiero al hecho puntual de una propuesta, un discurso o una coyuntura, lo que preocupa hondamente es el abandono de lo esencial. Surge entonces la incógnita sobre la responsabilidad en lo que hoy pasa. Acaso nuestra actitud fue de puro activismo, acaso no fuimos visionarios para ver el futuro y consolidar de mejor manera la organización estudiantil.

Hablar de nuevos desafíos supone tener conciencia de que la tarea no concluye. Para nuestro caso, esta tarea debe ser de carácter general. Nuestra Facultad ha perdido liderazgo porque muchos de los estudiantes y profesores hemos permitido el reino de la mediocridad, del formalismo y la prepotencia. El sentir la seguridad y el prestigio que nos brindaba la institución ha generado apatía, acomodo. El líder estudiantil ha dejado de ser el que convoca y lucha, y a pasado a ser más bien el que complace necesidades extrauniversitarias.

Hemos olvidado que nuestra tarea fundamental es servirnos del derecho para mejorar la sociedad en la que vivimos. A cambio de ello rendimos culto a una ley imperfecta y anquilosada, porque su aprovechamiento permite lucrar. Hemos cambiado los valores y obviamente ha desmejorado el producto.

Pero ante todo esto, la respuesta más honesta no es la del lamento sino más bien, la de mirar el futuro con algo más que afecciones positivistas y personalistas. Sin duda, se hace necesario sacar fruto de la reflexión, tomar cuenta de lo útil y encaminarnos a nuevas acciones. Vemos las experiencias, las tendencias, los retos de nuestro tiempo y constatamos que nuestra Facultad sigue necesitando de eficiencia, innovación y servicios.

Ahora más que nunca, el estudiante de derecho debe exigir y reclamar una buena formación. No debe satisfacerse tan solo con la elocuencia o prestigio de quien sustenta la cátedra. Muchas veces los modelos no son suficientes. Debemos ser capaces por nosotros mismos de probar cierta capacidad de trabajo y esfuerzo en la complementación del estudio, en la profundización del conocimiento. Solamente quien se esfuerza y se atreve puede generar expectativas y, a la vez, tan solo quien genera expectativas es capaz de superación.

Los líderes estudiantiles deben contribuir a facilitar la tarea. Dentro de sus deberes ineludibles está el de prestar servicios al estudiante. Éstos

se dirigen de manera primaria al ámbito académico. Las propuestas claras y puntuales deben promocionar la investigación y la praxis ética, la creación de nuevos parámetros y conceptos jurídicos que se adecuen a la evolución social. Es importante la complementación con otras ciencias y técnicas. Por ello, es cada vez más necesario saber sobre informática, administración, planificación, estrategia, etc. Vivimos en un mundo cada día más interdependiente. Necesitamos cambiar el sistema de administración de justicia, pero nos conformamos viendo que el abogado va a la zaga de la innovación y cambio, sintiéndose seguro de las técnicas procesales que aprendió de su profesor, y que éste a su vez las recibió de sus maestros o beneméritos familiares.

Al mirar la realidad de la Facultad, vemos que se repiten las mismas formas de siempre. En lo operativo, existe la tradición de montar seminarios. En muchos de estos eventos, el alumno tan solo asume la condición de receptor. Nos hace falta la retroalimentación, la complementación y el estímulo de una respuesta. Creemos que la implantación de círculos permanentes de estudio, cuyas conclusiones y observaciones sean el punto de reafirmación o contraste de lo que señalan los catedráticos que sustentan exposiciones magistrales, puede revalorizar el papel activo del estudiante. Con esto, estamos hablando no solo de un trabajo de seguimiento sino de la autogestión, de la especialización investigativa por parte del estudiante y en la propia Universidad, de la especialización en la práctica de la profesión. Desde luego, ese esfuerzo debe ser reconocido y las autoridades deben ofrecer estímulos académicos por dicho trabajo.

Un elemento básico que debemos tener en cuenta es el asignarle a cada cosa o acción su valor específico. Estamos hablando de romper ciertas costumbres que nos atan, que no nos permiten hacer lo que es necesario y nos obligan a invertir energía y recursos en cosas que no siempre son útiles. Un caso patético es el de la edición de la Revista Ruptura. En ella se han invertido millones de sucres sin meditar en la calidad del contenido de la publicación. En vez de ser un medio formativo o informativo sobre el derecho y su influencia, sobre las últimas investigaciones y aportes de otras disciplinas a la ciencia jurídica, en los últimos años se ha transformado en un medio de propaganda y de campaña electoral. Se ha caído en el absurdo de calificar una administración de AED por la calidad del papel, la portada o, incluso, el número de tomos de la Revista.

RUPTURA

Es indudable que todo proceso de innovación debe estar regido por parámetros de responsabilidad y eficacia. La dirigencia estudiantil como gestora debe planificar acciones que sean coherentes con los fines que persigue y dentro de un tiempo previamente determinado. Para ello, necesitamos de un buen equipo de trabajo, pero sobre todo de líderes que den lustre a la dirigencia estudiantil. Quienes ejerzan la función deben ser elementos capaces, generar propuestas y, desde luego, confianza en sus compañeros. Deben ser elementos aglutinadores, de mente y corazón abiertos y universales, que piensen en todo y en todos.

Ya el mundo ha cambiado. Ahora todo es más dinámico. Ahora se busca efectividad y eficiencia en el planteamiento de los nuevos problemas universitarios y sus soluciones. Por tanto, el presidente de la AED no debe ser un individuo condenado a repetir mecánicamente actos que realizaron sus antecesores. Debe tomar en cuenta que la prestación de servicios es su única y fundamental tarea y a ello debe contribuir con todos los medios que cuente. Entre esos medios está, sin duda alguna, la actividad política a la que hoy muchos pretenden ocultarla mentirosamente. Lo político es parte de la esencia del compromiso estudiantil. La Asociación de Estudiantes no es un club, es un estamento que tiene derechos y obligaciones y al ejercerlos, al hacerlos vigentes, debe desarrollar una actividad que genere contradicción y diálogo, pero sobre todo la búsqueda de objetivos comunes.

La expresión de la mayoría no puede ser manipulada como un medio de legitimación de arbitrariedades. El estudiante universitario, por el hecho de estar en un lugar donde se genera y desarrolla pensamiento, debe ser amplio, respetuoso de la diversidad e inteligente para ofrecer un espacio de expresión a todos los miembros de la Facultad. Su fuerza debe estar basada en la coherencia y contundencia de su propuesta, de su oferta de servicios, no en argumentos dinerarios o de diversión.

La actividad política no es la mera búsqueda de adversarios que nos sirvan para asumir el rol de víctimas. La verdadera actividad política debe ayudar a la Asociación a seguir siendo un ORGANISMO de PRESION dentro de la Universidad y, desde luego, fuera de ella cuando las circunstancias lo ameriten. Los representantes al Consejo, al Directorio y a la Junta de Facultad son llamados a ser portavoces e intermediarios de sus compañeros, a defender sus causas cuando se niegue un derecho, ante la prepotencia e irrespeto de algún profesor y

funcionario, ante la falta de alternativas para el mejoramiento de la Facultad. Es necesario superar el miedo del dirigente estudiantil. Éste debe ser equilibrado, conciliador y respetuoso, pero a la vez intransigente ante las situaciones de riesgo institucional. Lo que seamos capaces de hacer hoy va a configurar parte de nuestra personalidad tanto individual como institucional. Quien ahora es débil ante la presión, y utilitarista en su condición, tiene asegurado un lugar en el frente de los inmorales, los anónimos o los mediocres.

Al pretender innovar, no perdamos el sentido de las proporciones, no neguemos al pasado cierto valor informativo e inspirador. Hemos olvidado o simplemente ignoramos todas las gestas del movimiento universitario de los años sesenta, o, ¿es que acaso ya no es necesario luchar por la consolidación de la democracia, la libertad y responsabilidad de cátedra, la excelencia académica, por ejemplo?

Hagamos de nuestro paso por la universidad un tiempo de ejecutorias, aprovechemos los cinco años obligatorios para preguntarnos sobre el papel que nos espera en la sociedad, dignifiquemos cada día nuestra organización no solo con discursos, sino poniéndola en un lugar de liderazgo y de avance conforme nos lo pide la realidad.

Siempre es tiempo de retos, para los que fuimos, para los que ahora son y para los que ocuparán la dirigencia estudiantil. La experiencia en este liderazgo imprime el gran sello de fidelidad al ideal, de rebeldía y audacia ante lo anquilosado, de tenacidad en la consecución del objetivo, de agilidad y honestidad en nuestras actitudes de vida pero, por sobre todo, de urgencia por la transformación constante de la sociedad.

**CONSULTORIOS JURIDICOS
GRATUITOS - P U C E
Nilton G. Castillo
COORDINADOR GENERAL**

**ASOCIACION ESCUELA
DE DERECHO
1991-1992**

Presidente: Juan Carlos Solines M.
Vicepresidente: Vicente Peralta Leon.
Secretaria: Carmen Corral Ponce.
Tesorera: Marianela Mosquera A.

**REPRESENTANTES ESTUDIANTILES
AL CONSEJO DE FACULTAD**

Diego Marcelo Sanchez M.
Jorge Gonzalez Tamayo

VOCALES DEL DIRECTORIO

Andrea Sandoval Ferreira
Maria Gabriela Jaramillo Arroyo
Pedro José Freile

COLABORADORES

Lcda. Tomás Arteaga Negrete
Lcda. Santiago Avila Bastidas
Dr. Gil Barragán Romero
Dr. Avaro Bayas Cevallos
Dr. Victor Hugo Bayas Valle
Lcda. Francisco Bonilla Soria
Dr. Miguel Bossano Ribadeneira
Dr. Mariano Rodolfo Fazio Fernández
Dr. Osvaldo Hurtado Larrea
Sr. Michel Levi Coral
Dr. Mauricio Montalvo
Dr. Patricio Peña Romero
Sr. Vicente Peralta Leon
Ab. Efraín Pérez Camacho
Dr. Alejandro Ponce Martínez
Dr. Hernán Salgado Pesantes
Dr. Luis Fernando Torres Torres
Dr. José Vicente Troya Jaramillo
Lcda. Jaime Vintimilla Saldaña
Dr. César Zumarraga Ramirez

La cuestion «¿quien debe gobernar?»
obviamente esta mal formulada
y las respuestas a que da lugar
(tambien son paradójicas).

Propongo sustituir esta cuestion
totalmente diferente y mucho mas
como esta «¿como podemos
nuestras instituciones politicas
de forma que los gobernantes malos
incompetentes nos causen solo el
minimo daño?»

En mi opinion el unico fundamento
la democracia esta en la respuesta
cuestion mucho mas modesta

La respuesta es
las instituciones democraticas
nos permiten liberarnos
de los gobernantes malos o incompetentes o
tiranicos sin un baño de sangre

KARL POPPER. *En busca de un mundo mejor.*

