

RUPTURA

REVISTA ANUAL DE LA
ASOCIACION ESCUELA DE DERECHO



Revista
D340.0509866
R879
Nº 36
Oc-1993

082

Cofinanciada por el Consejo Nacional de Cultura
(Foncultura)

**ASOCIACION
ESCUELA DE DERECHO
1992 - 1993**

Fernando Sansur Ode
PRESIDENTE

Ana Lucía Jaramillo
VICEPRESIDENTA

Carlos Medina
Trajano Lugo
**REPRESENTANTES PRINCIPALES
A CONSEJO DE FACULTAD**

Lucía Cordero
Luis Espinosa
**REPRESENTANTES SUPLENTES
A CONSEJO DE FACULTAD**

Alvaro Galindo
Carmen Corral
Michel Andrade
VOCALES DE DIRECTORIO

Katalina Barreiro
VOCAL FINANCIERA

Mónica Minuche
TESORERA

Luis Fernando Suárez
María Belén Bucheli
SECRETARIOS

**FACULTAD DE
JURISPRUDENCIA**

Dr. Gonzalo Zambrano Palacios
DECANO

Dra. Ximena Moreno de Solines
SUBDECANA

Dr. Rodrigo Jijón
Dr. Arturo Donoso
**REPRESENTANTES A
CONSEJO DE FACULTAD**

P.U.C.E.

RUPTURA

**REVISTA ANUAL DE LA
ASOCIACION ESCUELA DE DERECHO**

AÑO XLIV

NUMERO 36

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL ECUADOR

**QUITO, ECUADOR
OCTUBRE 1993**

RUPTURA

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

Año XLIV, N° 36
Octubre 1993
Registro SENAC: S.P.I. 401

CONSEJO EDITORIAL:

Diego Aliaga
Katalina Barreiro
Lucía Cordero

EDITOR:

Carlos Medina

ASOCIACION ESCUELA DE DERECHO

Av. 12 de Octubre y Av. Patria
Torre N° 2, 8vo. piso
Quito - Ecuador

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

Pueden reproducirse los artículos citando la fuente.
Aceptamos canje.

Portada: Verónica Cruz Sandoval

Diseño Gráfico: Ekua Publicidad

Impresión: Ecuaoffset Cia. Ltda.

PRESENTACION

RUPTURA vuelve a editarse después de dos años, con el fin de restablecer un importante espacio de comunicación para el derecho contemporáneo. Para su realización hemos buscado la calidad del contenido, es decir, que los textos tengan claridad y contundencia, estén al día con las innovaciones jurídicas y ayuden al lector en su desarrollo profesional, a comprender la evolución de las teorías, a la par de las nuevas tendencias y corrientes de los Estados modernos.

La Escisión de Compañías de Comercio, la Casación, Nuevas Tecnologías de Reproducción Humana y su control legal, los lineamientos para un nuevo Código Penal, la Universidad y Desarrollo Nacional son ejemplos de temas que esta revista trata en forma seria.

Dentro de esta edición presentamos los trabajos ganadores del concurso de cuento y poesía Pablo Palacio, el que en este año retoma su importancia por la gran difusión que tuvo y, consecuentemente, una gran acogida estudiantil.

Esperamos que éste, un trabajo desarrollado con el esfuerzo de todo un equipo, sirva a quien tome en sus manos este número, tanto como texto de consulta, como de incentivo para nuevas y profundas investigaciones.

Las críticas y aportes que ustedes hagan –amables lectores– ratificarán la necesidad de haber retomado esta publicación.

ENSAYOS

POTESTAD PUNITIVA DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS

Dr. Carlos Jiménez Salazar*

Como se indica en sus dos Primeros Considerandos, la Ley de Mercado de Valores, promulgada en el registro Oficial N° 199, de 28 de Mayo de 1993, “trata de obtener que una eficiente utilización de los instrumentos financieros en el mercado de valores permita una mejor canalización del ahorro, con miras a fortalecer el sector productivo, con la consiguiente generación de empleo e incremento en la producción de bienes y servicios, para lo cual es necesario precautelar los intereses de los inversionistas, democratizar el capital social de las empresas y velar por un mercado de valores autosostenido, eficiente, organizado, integrado y transparente”, evitando manipulaciones que llamen al engaño a los posibles adquirentes de valores.

Esta Ley contiene nuevas instituciones e importantes reformas y derogatorias de leyes anteriores, aunque algunas de ellas han suscitado críticas desde el punto de vista de su utilidad y conveniencia.

Por todo ello, en su Título XIII, Arts. 51 a 53 la Ley establece una relación de las infracciones y de sus respectivas sanciones que deberán ser impuestas por la Superintendencia de Compañías, “de conformidad con las normas de la Ley y las resoluciones que expida el Consejo Nacional de Valores”.

Estas infracciones de Ley podrán referirse no sólo a sus preceptos, sino a los de sus reglamentos o a los de las demás normas complementarias. En relación con ello, surgen las siguientes interrogantes:

- a) ¿Debe la Superintendencia de Compañías proceder al juzgamiento e imposición de penas en Tratándose de infracciones que a más de serlo, según la Ley de Valores, se encuentran tipificadas como delitos en el Código Penal?
- b) ¿Se puede por medio de Reglamentos de la Superintendencia y de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, tarifar y dosificar las sanciones previstas en el Art. 52 de la Ley de Valores.

* Profesor principal de Derecho Mercantil y vicerrector de la P.U.C.E.

- 1º) Es menester recordar el marco constitucional de la Superintendencia de Compañías que la determina entre los organismos de control establecidos en el Título IV, Sección III de la Carta Política del Estado, en cuyo Art. 118 se dice que esta institución “será el organismo técnico y autónomo que vigilará y controlará la organización, actividades, funcionamiento y disolución y liquidación de las compañías, en las circunstancias y condiciones establecidas en la ley.
- 2º) La Superintendencia no constituye uno de los órganos de la Función Judicial, previstos taxativamente en el Art. 99 de la Constitución, cuyo cometido es la realización de la justicia, (Art. 93, id.), por medio del ejercicio de la jurisdicción, esto es de “la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada.” (Art. 2 del Código de Procedimiento Civil).

Por otra parte, el Art. 97 id., establece que los organismos de la Función Judicial serán independientes en el ejercicio de sus funciones y que “ninguna autoridad, (es decir, tampoco la Superintendencia de Compañías), podrá interferir en los asuntos propios de aquella.”

De lo dicho se infiere que la Función Judicial es independiente y se ejerce sólo por los órganos enumerados en el Art. 99 de la Constitución, entre los cuales evidentemente no se encuentra la Superintendencia de Compañías, que es un organismo técnico de control de estas últimas y que no tiene como cometido específico la administración de justicia, según el Art. 118 de la Constitución.

- 3º) Por consiguiente, hay que interpretar las leyes que establecen las atribuciones de la Superintendencia no en un sentido literal que las desvincule del marco constitucional de esta institución, sino dentro de él, es decir, aplicando para ello los criterios lógico y de armonía, a más del atinente al sentido general de la legislación que se encuentran previstos en el Art. 18, reglas 4a. y 6a. del Código Civil.
- 4º) Si bien algunos artículos de la Ley de Valores, entre los cuales se destacan los Art. 51 a 53, se refieren a las “infracciones”, hay que dar a este vocablo no el sentido a que se refiere el Art. 10 del Código Penal, según el cual “son infracciones los actos imputables sancionados por las leyes penales...”, sino el sentido obvio que tiene el vocablo “infracción” en el campo administrativo, como “violación, trasgresión o quebrantamiento de una ley”.

Por ello, las infracciones de la Ley de Valores son, en cuanto tales, “actos violatorios de esa Ley, actos antijurídicos e ilícitos”, pero no “actos penales, es decir, sometidos a una ley penal”, porque la Ley de Valores no pertenece a la categoría de las leyes penales.

Las infracciones de la Ley de Valores se encuentran en la enumeración establecida en su Art. 52 y en ella hay actos que solamente violan sus preceptos, pero que no se encuentran dentro de los tipos establecidos en el Código Penal, razón por la cual no constituyen "delitos".

Por el contrario, en esa enumeración establecida en el Art. 53 de la Ley de Valores, hay algunas infracciones que, además, están tipificadas como delitos en el Código Penal, es decir, actos en los cuales confluyen los cuatro elementos que conforman la estructura jurídica del delito, a saber actuación humana, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

A estos últimos se refiere el Art. 53, inciso 1º, de la Ley de Valores, que establece que "las infracciones señaladas en los numerales 1º, 2º y 10º del artículo anterior, serán reprimidas de conformidad con el Art. 563 del Código Penal, en el cual se establecen penas privadas de la libertad y multas.

Estas infracciones de Ley de Valores que son además delitos según el citado Art. 363 de Código Penal, deben juzgarse por los órganos competentes de la Función Judicial Penal, establecidos en la Constitución y en la Ley Orgánica de la Función Judicial. (jueces de lo penal, etc.), pero de ningún modo por la Superintendencia de Compañías que no tiene facultades constitucionales ni legales para efectuar ese juzgamiento.

En el mismo Art. 53, 2º inciso, la Ley de Valores, explícitamente establece diferencias entre "sanciones penales" y las demás sanciones, o sea, "las de contenido administrativo" que están relacionadas a continuación en el mismo Art. 53.

Por otra parte, el juzgamiento de las sanciones puramente administrativas, es de competencia de la Superintendencia de Compañías, es decir, la imposición de multas, inhabilitaciones temporales o indefinidas, destituciones de los cargos, etc., suspensiones en los ejercicios de los derechos de acciones, prohibición u obligación de enajenar acciones y suspensión o anulación de valores para operar o participar en el mercado.

Estas sanciones de carácter administrativo podrían, además, ser impuestas en los casos de infracción previstos en los numerales 1º, 2º y 10º del Art. 53, en cuanto que las mismas constituyen violaciones de la Ley de Valores, con independencias de las penas que impongan los órganos judiciales competentes, según el Art. 363 del Código Penal.

Los principios jurídicos que acabamos de establecer tienen también apoyo y fundamento en el Art. 5. numerales 3° y 8° de la Ley de Valores, que se transcriben a continuación:

“La Superintendencia de Compañías tendrá las siguientes funciones:

- ... 3° Investigar las denuncias e infracciones a la presente Ley, a sus reglamentos, a los reglamentos internos y regulaciones de las instituciones reguladas por esta Ley, así como a las infracciones cometidas por cualquier persona que, directa o indirectamente, participe en el mercado de valores; imponer las sanciones pertinentes y, de ser el caso, iniciar las acciones penales y civiles correspondientes.
- 8° Conocer y sancionar las infracciones a la presente Ley, a sus resoluciones y demás normas secundarias...”

En el numeral 3° se contraponen, entre las atribuciones de la Superintendencia, “la facultad de imponer sanciones” a “la facultad, de iniciar las acciones penales y civiles correspondientes”, con lo cual se establece claramente que si una infracción de la Ley no constituye delito, es atribución de la Superintendencia imponer la sanción correspondiente, según el Art. 53 y si la infracción constituye delito, tiene la Superintendencia que emplear uno de los medios establecidos en el Código de Procedimiento Penal para desencadenar la acción penal del órgano jurisdiccional, es decir, debe dirigirse al Ministerio Público, para que éste proceda a la excitación fiscal, o bien presentar una denuncia o acusación particular ante el juez penal competente.

- 5°) En el Art. 51 de la Ley de Valores se establece que las infracciones de la misma podrán estar contenidas en la presente Ley, en sus requisitos o en las normas complementarias y que se impondrán las sanciones en conformidad con las normas de la Ley y las resoluciones que expida el Consejo Nacional de Valores.

De estas normas se deduce que sería posible establecer tarifaciones y dosificaciones en las sanciones administrativas pecuniarias y no pecuniarias establecidas en la Ley de Valores, pero de ninguna manera podría ejercitarse esta facultad en tratándose de las infracciones de la Ley de Valores que son al mismo tiempo delitos tipicados en el Art. 363 del Código Penal.

LA ESCISION DE COMPAÑIAS DE COMERCIO

Dr. Gustavo Ortega Trujillo *
Dr. Víctor Cevallos Vásquez **

I. Antecedentes Históricos

La figura jurídica de la escisión de compañías tiene como primer antecedente la ley francesa de sociedades Nº 66-537 de 24 de julio de 1966, en cuyo título primero del capítulo sexto, se reglamenta la escisión y la fusión.

La jurisprudencia italiana admite la escisión de compañías, no obstante la falta de una norma de derecho positivo que previera tal posibilidad, pues la Corte de Apelación de Génova, el 9 de febrero de 1956, admitió la legalidad de la decisión de la junta general o asamblea de una sociedad de responsabilidad limitada por la que se creó una nueva sociedad atribuyéndole parte de su propio patrimonio, con disminución de la cifra de su capital. En Argentina consta en la Ley 19550/72; en Brasil en la Ley 6404/76; y, en el Ecuador se incorpora la escisión en las reformas a la Ley de Compañías introducidas en la Ley de Mercado de Valores, publicada en el R.O. Nº 199 de 28 de mayo de 1993.

II. Etimología de la palabra escisión

La palabra escisión proviene del latín *scissionis* (cortadura) y significa rompimiento, desavenencia; la palabra *escindir* se deriva del latín *scindere*, que equivale a cortar, dividir, separar.

III. Concepto de escisión

La escisión es un instituto jurídico novedoso en el Derecho Societario ecuatoriano, que por cierto, no ha sido considerado en muchas legislaciones. Como su expresión gramatical lo define, consiste en la división o separación de algo unitario. Aplicado este concepto al campo societario, que es el que nos ocupa, podemos sostener que la escisión implica la división de una compañía o sociedad en una o más, esto es, la fragmentación de una persona jurídica existente, en dos o más que adquieren personalidad jurídica a raíz de la conclusión del proceso. La sociedad se divide, sea

* *Superintendente de Compañías*

** *Secretario general de la Superintendencia de Compañías*

que continúe existiendo (división parcial o *splitt off*) o que desaparezca (*splitt up*) dando lugar a dos o varias sociedades diferentes. Con la escisión se consigue como enseña Gabino Pinzón, la desintegración de una empresa (compañía), para que sus sectores o sus seccionales continúen desarrollándose como empresas separadas, o como proclaman Claret, Durand y Latcha, la redistribución de actividades de una o más empresas.

En el marco del derecho comparado, vemos que en Argentina el inciso Iero. del Art. 88 del Decreto Ley 19.950, establece que: "Hay escisión cuando una sociedad destina parte de su patrimonio a sociedad existente o participa con ella en la creación de una nueva sociedad o cuando destina parte de su patrimonio para crear sociedad nueva. En los dos primeros supuestos se aplicarán las disposiciones de los Arts. 83, 85, 86 y 87. En el tercer supuesto se aplicarán las disposiciones de los Arts. 78, 79 y 83, incs. 1o., 2o., y 4o.," (1)

El Art. 252 de la Ley de Sociedades Anónimas de España tiene el siguiente texto sobre el tema que nos ocupa:

Concepto y requisitos.-

1. Se entiende por escisión:

- a) La extinción de una sociedad anónima, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se traspasa en bloque a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente.
- b) La segregación de una o varias partes del patrimonio de una sociedad anónima sin extinguirse, traspasando en bloque lo segregado a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes.

2. Las acciones o participaciones sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión deberán ser atribuidas en contraprestación a los accionistas de la sociedad que escinde, los cuales recibirán un número de aquellas proporcional a sus respectivas participaciones, reduciendo la sociedad, en su caso y simultáneamente, el capital social en la cuantía necesaria.

En los casos en que existan dos o más sociedades resultantes de la escisión, la atribución a los accionistas de la sociedad que se escinde de acciones o participaciones de una sola de ellas requiere el consentimiento individual de los afectados.

3. Sólo podrá acordarse la escisión si las acciones de la sociedad que se escinde se encuentran íntegramente desembolsadas.

4. Las sociedades beneficiarias de la escisión pueden tener forma mercantil diferente a la de la sociedad que se escinde. (2)

(1) VERON, Víctor Alberto, "Sociedades Comerciales. Ley 19550 y Modificatorias Comentada. Anotada y Concordada, Tomo II, Editorial Astrea, Buenos Aires, pág. 93.

(2) "LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS", Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1992, págs. 101 y 102

En el derecho positivo ecuatoriano encontramos que la figura jurídica de la escisión de compañías de comercio se introduce en las reformas a la Ley de Compañías contenidas en la Ley de Mercado de Valores, en el párrafo añadido luego del Art. 387 de la Ley reformada, en cuyo primer artículo innumerado se estipula que: "La junta general de socios podrá acordar la división de la compañía, en una o más sociedades".

IV. Naturaleza jurídica de la escisión

La escisión es un acto posterior a la constitución que implica siempre la modificación de la estructura jurídica patrimonial y reforma al contrato original de la sociedad o compañía escindida, manteniendo su naturaleza, siempre que esta operación no se efectúe a costa de su desaparición; de otro lado, el capital de las sociedades que nacen como producto de la escisión se integra a cuenta de la reducción del de la escindida y sus socios devienen en consocios de la nueva compañía.

V. Justificación de la operación jurídica de la escisión

Si en el ámbito societario nacional se acepta la fusión de compañías, no hay razón para que el proceso inverso, es decir, la escisión no se justifique. Más todavía si se toma en cuenta que antes de la introducción de este instituto jurídico en la Ley que regula la vida de las compañías mercantiles, se realizaban una serie de operaciones societarias que producían los efectos prácticos de la escisión pero por medio de subterfugios o procedimientos alternos. Efectivamente, el *modus operandi* consistía en "transferir" activos y pasivos de una empresa a otra nueva que se ha tenido que fundar en forma previa a la transferencia o simultáneamente con ella. Por cierto, a través de este mecanismo de transferencia no se logra una escisión real y contable porque no se dividen activos ni pasivos y menos aún patrimonios; lo que se logra es simplemente transferirlos y consecuentemente, en términos contables, hacer agregaciones de activos y pasivos en dos contabilidades diferentes, cuando el proceso de escisión lo que busca es dividir unos activos, pasivos y fundamentalmente el patrimonio o el capital de la compañía fragmentada, entre ésta y la o las resultantes de la fragmentación.

La escisión, a decir de Martín Domínguez, constituye un mecanismo jurídico que posibilita la modificación de las estructuras empresarias en aras a lograr la más adecuada forma para el cumplimiento de los fines de la empresa.

Los mecanismos jurídicos son consecuencia de la dinámica económica contemporánea que hace necesario ampliar, dividir y diversificar las gestiones empresariales.

La escisión hace posible que las compañías se dividan para lograr una mejor administración que les permita sobrevivir. Adicionalmente, puede ser buena herramienta para una mayor especialización en su producción. Es, además, un mecanismo idóneo para sanjar disputas personales o de grupo dentro de la compañía de comercio.

Lo antedicho implica que, la escisión se produce por consideraciones de carácter material, personal y técnicas.

VI. Clases de escisión

En la doctrina encontramos diversidad de modalidades de escisión, tales como las siguientes:

- a) Escisión-incorporación.- Esta se efectúa cuando una compañía aporta parte de su patrimonio a otra sociedad preexistente.
- b) Fusión-escisión.- Se perfecciona, en el hipotético caso en que dos sociedades destinen parte de su patrimonio a la creación de una nueva compañía. Los socios de las sociedades aportantes adquieren igualmente la categoría de socios de la naciente compañía.
- c) Escisión propiamente dicha.- 'Se origina cuando una sociedad destina parte de su patrimonio a crear una compañía nueva.'⁽³⁾

La escisión-incorporación no es factible en el marco de la legislación ecuatoriana.

VII. Casos de escisión en la legislación ecuatoriana

En las reformas a la Ley de Compañías, insertadas en la Ley de Mercado de Valores, se contemplan los siguientes casos de escisión:

- a) La escisión que se cumple con el aporte del patrimonio de una compañía para fundar una o más sociedades, en los términos del primer artículo innumerado de las reformas precitadas.
- b) La escisión ejecutada previo el aumento de capital de la compañía escindida, para que sea viable la división del mismo entre las nuevas sociedades a crearse.
- c) La escisión perfeccionada a costa de la desaparición de la compañía escindida, pero dando lugar a la fundación de una o más compañías.

(3) ZALDIVAR, Enrique y Otros, "Cuadernos de Derecho Societario", Vol. IV, Editorial Obeledo-Perrot S.A., Buenos Aires, 1980, pág. 140.

- d) La escisión que se opera en una compañía que se encuentra en proceso de liquidación.

La escisión-fusión o compartida, en el Ecuador sí es factible aunque, la Ley no lo dice expresamente.

VIII. Trámite de escisión según la Ley de Compañías vigente

- a) El trámite de escisión se inicia con el acuerdo de la junta general de accionistas o socios de la compañía a dividirse, el mismo que se debe adoptar luego de instalada la asamblea en legal forma y con el quórum decisorio previsto en el estatuto social para la disolución voluntaria. Se aclara que la compañía escindida no puede cambiar su naturaleza, verbigracia, si ésta es sociedad anónima, deberá mantenerse como tal, pero si puede generar otras de distinta naturaleza. Por lo demás, la escisión incluso puede ser acordada por una compañía que se encuentre en proceso de liquidación.
- b) “La junta general que acordare la escisión deberá aprobar:
 1. La división del patrimonio de la compañía entre ésta y la nueva o nuevas sociedades que se crearen, y la adjudicación de los correspondientes activos, para cuyo efecto podrán adjudicarse los mismos a valor presente o de mercado, y cualquier exceso en activos sobre el valor del patrimonio adjudicado, podrá compensarse con la asunción de pasivos de la sociedad escindida; y,
 2. El estatuto de la nueva o nuevas sociedades a formarse, el que podrá ser diferente al de la compañía escindida”. (Art. Innumerado Cuarto del Párrafo Tercero de las Reformas).
- c) A continuación se debe celebrar la o las escrituras pública de escisión las que serán aprobadas por el juez de lo civil o por la Superintendencia de Compañías, según el caso.
- d) Una vez ingresadas la o las escrituras pública de escisión a la Superintendencia de Compañías, se remite al Departamento Jurídico de Compañías de la Intendencia de Derecho Societario, para que se abra el expedientillo correspondiente al trámite administrativo de aprobación de este acto jurídico. A continuación, el abogado a cargo del estudio de la predicha escritura, envía una copia de la mis-

ma a la Intendencia de Inspección y Control, con el propósito de que se ordene la inspección de rigor a la compañía escindida para estudiar los libros sociales y en particular su contabilidad. Si no existen observaciones en la parte económica, el Departamento de Inspección emitirá informe favorable para la prosecución del trámite, el mismo que se remitirá al Departamento Jurídico de Compañías. El abogado a cuya responsabilidad se encuentra la sustanciación de la escisión, con los informes favorables de Inspección y Jurídico, suscritos por los Directores de dichas Dependencias, elaborará dos Proyectos de Resoluciones, la una que noticia al público la disminución del capital de la sociedad a escindirse y ordena la publicación de un extracto por tres días consecutivos en uno de los periódicos de mayor circulación en el domicilio de la compañía escindida en tal sentido, con el propósito de que todas aquellas personas que eventualmente puedan sentirse perjudicadas en el proceso de división de la compañía, como por ejemplo: los acreedores de la empresa, sus accionistas o socios minoritarios, sus trabajadores o el fisco, puedan hacer valer sus derechos, oponerse al proceso y exigir que se tomen medidas precautelatorias que eviten la conculcación de los mismos, y la segunda, aprobatoria de la escisión. Por cierto, el abogado también debe preparar el Proyecto de Extracto de llamado a terceros para su eventual oposición y el de la escritura o escrituras continentales del acto de escisión, que siendo complejo, es uno solo, y que deberá publicarse en la misma forma que el extracto antes referido pero por una sola vez.

- e) Una vez emitida la resolución que ordena la publicación del extracto de llamamiento a terceros para que de ser del caso se opongan a la escisión y cumplidas las tres publicaciones con dicho fin, si no se hubiere presentado oposición de terceros, el Secretario General de la Superintendencia del ramo, sentará razón en tal sentido y se procederá a dictar la resolución aprobatoria de la escisión, luego de ello a entregar al abogado auspiciador del trámite una copia de un extracto de la escritura de escisión elaborado por la Superintendencia de Compañías para que cumpla la publicación antes referida.
- f) "Si por la escisión la compañía escindida debiera desaparecer, en la misma resolución aprobatoria de la escisión se dispondrá la cancelación de su inscripción en el registro mercantil." (Art. Innumerado Quinto del Párrafo Tercero de las Reformas).
- g) Cumplidas las anotaciones marginales del o de los Notarios, se procede a la inscripción de la o las escrituras de escisión y de la resolución aprobatoria en el Registro Mercantil respectivo, para que esta novedosa figura jurídico-societaria surta todos los efectos legales, incluido el nacimiento de las nuevas compañías.

- h) Terminando el trámite administrativo de la escisión, es preciso se remita la o las escrituras conjuntamente con la resolución inscritas en el Registro Mercantil a la oficina de Trámites Concluidos de la Superintendencia de Compañías, para que tomen nota del particular.

IX. Consideraciones especiales para el trámite de escisión

- a) En el aspecto tributario es relevante apuntar con vista al Artículo Innumerado Octavo del Párrafo Tercero de las Reformas, que para la transferencia de bienes y pasivos, que se realicen en el proceso o trámite de escisión, las compañías no estarán sujetas a ningún impuesto fiscal, provincial o municipal, incluyendo el de la renta y el de la utilidad por la venta de inmuebles.
- b) “En caso de que la compañía que se va a escindir no tuviere un capital social suficiente como para que éste se divida entre las nuevas compañías a crearse, se deberá proceder a realizar el aumento de capital correspondiente, previa la escisión”. (Art. Innumerado Tercero del Párrafo Tercero de las Reformas).

X. Conclusión

Esta breve exposición sobre varios puntos relativos a la parte dogmática y práctica de la figura jurídica de la escisión, aspiró demuestre que con su inclusión en el derecho positivo ecuatoriano, el país cuenta con mejores recursos técnico-jurídicos para la reorganización y adecuado funcionamiento de las compañías de comercio.

Nota: Este trabajo ha sido elaborado conjuntamente por el Dr. Gustavo Ortega Trujillo, Superintendente de Compañías, y el Secretario General de dicha institución, Dr. Víctor Cevallos Vásquez.

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA JURISDICCION MERCANTIL Y A LA CASACION EN MATERIA MERCANTIL

Dr. Santiago Andrade Ubidia*

El Area de Derecho de la Subsede Quito de la Universidad Andina "Simón Bolívar", con el alto patrocinio de la Corte Suprema de Justicia y el auspicio de la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, llevó a cabo en la ciudad de Quito, entre el 19 y el 23 de julio de 1992, un seminario sobre casación y control constitucional, con la participación de docentes universitarios de Quito y Guayaquil; dentro del mismo, el día 20 de dichos mes y año, me fue honroso tratar acerca de la casación en materia mercantil.

En esta ocasión, desarrollé los siguientes temas:

- 1.- Si es o no necesario que en las reformas a la Ley Orgánica de la Función Judicial se introduzca la especialización en materia mercantil;
- 2.- Si cabe o no casación de las sentencias y autos definitivos dictados en los juicios de ejecución de obligaciones mercantiles; y,
- 3.- Si cabe o no casación de los laudos arbitrales que se dicten al amparo de la Ley de Arbitraje Comercial.

Cabe o no que se separe la Jurisdicción Mercantil de la Jurisdicción Civil?

Desde el año de 1820 en que, por el Reglamento Provisorio de Gobierno de la Provincia Libre de Guayaquil, se creó el Consulado de Guayaquil para que conozca de los litigios en materia mercantil, hasta el 28 de octubre de 1909 en que se derogó el libro V del Código de Comercio, excepto en lo relativo a la suspensión de pagos, existió en nuestra patria una jurisdicción mercantil especial. En consecuencia, por el lapso de 89 años de vida republicana, las controversias mercantiles estuvieron sometidas a judicaturas especializadas, y en los últimos 84 años han sido los jueces de lo civil quienes han conocido de estas materias.

El Dr. Miguel Macías Hurtado, en su Curso de Derecho Mercantil (tomo I, página 76, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1984), pone de relieve la continuidad de la jurisdicción mercantil especial en nuestra patria cuando advierte

* Profesor de Derecho Mercantil y Derecho Civil.

que, si bien en Colombia se suprimieron los tribunales especiales de comercio entre 1821 y 1824 (en que se restablecieron), en Guayaquil siguió funcionando el Consulado creado en 1820.

Apenas el Ecuador se separa de Colombia, por Ley de 4 de noviembre de 1831, se autoriza al ejecutivo para que haga observar el Código de Comercio promulgado en Madrid el 30 de mayo de 1828, con exclusión del libro V, y mándase que el Consulado de Guayaquil siga rigiéndose por la Cédula de 14 de junio de 1795, puesta en ejecución por el Decreto de 1º de agosto de 1829 (145 años de Legislación Ecuatoriana, 1830-1975, Dr. Juan Larrea Holguín, Banco Central del Ecuador-Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1977, vol. A-H, p. 187). En adelante, son varias las disposiciones legales y reglamentarias que se dictan para la organización de los tribunales y juzgados de comercio y de los enjuiciamientos en materia mercantil, hasta que por Ley de 28 de octubre de 1909 se suprimen los juzgados de comercio. La tendencia a la unificación del derecho de las obligaciones y la consideración práctica del pequeño número de asuntos mercantiles sometidos a conocimiento de los jueces de comercio determinaron la supresión de los mismos y que la jurisdicción mercantil se subsuma en la civil.

Sobre el tema de la unificación del derecho de las obligaciones se ha discutido mucho y los argumentos que se han dado en pro y en contra son de lo más variados; es muy ilustrativa la síntesis que sobre los principales argumentos y réplicas exhibidos en la disputa sobre la unidad del derecho privado que nos trae el Dr. Macías Hurtado (obra citada, pág. 33 y ss.). Autores tan notables como Isaac Halperin (Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, 1980, año 13, pág. 161 y ss., Buenos Aires, Ediciones de Palma) anotan que la unificación legislativa es meramente formal, que plantea problemas técnicos de realización, superables, como lo demuestran el Código Federal suizo, el Código Civil italiano de 1942, el sistema angloamericano, etc.; que tampoco tiene repercusión especial sobre la unificación la supresión de los tribunales de comercio con competencia especial, como lo acredita la experiencia italiana, ya que allí dejaron de funcionar desde 1882; que la recepción de la noción de empresa como eje del derecho positivo para la regulación de la actividad económica privada no es óbice para determinar la posibilidad de la unidad científica del derecho mercantil y el civil.

Resulta evidente la interpenetración de las dos ramas del derecho privado, y mientras es mayor la interpenetración, será menor el ámbito de separación o independencia. Este proceso de interpenetración ha producido lo que los autores denominan la "comercialización del derecho civil" y que alcanza un grado tal que, a

juicio del autor citado, quedan como campos reservados al derecho civil únicamente el derecho de las personas, de la familia, de las sucesiones y de la teoría general de los negocios jurídicos.

Manifestaciones de la llamada "comercialización del derecho civil" son la utilización masiva de los títulos-valores, de las cuentas bancarias y de las operaciones de bancos, del surgimiento de empresas agrícolas, industriales, comerciales y de servicios que aunque organizadas como personas sin finalidad de lucro, actúan buscando beneficios y compitiendo con las empresas comerciales; asociaciones mutualistas, cooperativas, etc.; empresas agrícolas con formas mercantiles (sociedades anónimas o de responsabilidad limitada); empresas militares que compiten con las empresas privadas en la producción de bienes y en la prestación de servicios: acerías, camaroneras, ensambladoras de vehículos, hoteles, explotación minera, transportes, etc.; la riqueza mobiliaria en creciente importancia; las cláusulas a la orden en instrumentos nominativos (por ejemplo en certificados de depósito, en pólizas de acumulación, etc.).

Pero esta interpenetración no necesariamente significa que el derecho mercantil se funda en el derecho civil; aun las legislaciones unitarias como la italiana o la suiza, conservan disposiciones especiales para las empresas mercantiles, las operaciones y los actos mercantiles.

De otra parte, la globalización de la economía ha determinado un acelerado proceso de unificación internacional de la normatividad mercantil, proceso en el cual se ha sacrificado la estructura jurídica nacional. Basta revisar la Ley de Mercado de Valores para advertirlo: los fondos de inversión como patrimonios independientes descoyuntan el sistema de patrimonio único consagrado en el Código Civil; la convertibilidad de obligaciones en acciones implica contratos con terceros a designar o por cuenta de quien corresponda; la negociación de acciones por la casa de valores que actúa como agente y la inscripción de la cesión de acciones por el depósito centralizado, modifican profundamente el sistema de representación; la fiducia mercantil que sigue muy de cerca al sistema angloamericano ponen en evidencia que, en lugar de unificarse en nuestro país la legislación civil y la mercantil, siguen caminos divergentes.

Y si se analiza la costumbre mercantil, se advertirá que los usos y las prácticas del comercio internacional han sido aceptadas en el país en forma amplia, creando en realidad un sistema jurídico paralelo. Uno de los mercantilistas ecuatorianos más destacados, el Dr. Miguel Macías Hurtado, desde hace varios años, con gran énfasis ha venido insistiendo en la importancia de la costumbre mercantil como fuente del derecho, por encima de las disposiciones del Código Civil; una amplia y muy fundada explicación de esta tesis, que yo la comparto, nos da en su obra citada (p. 57 y

ss.). Por lo tanto, si en la legislación mercantil hay un vacío y existe una costumbre mercantil que contradiga a la norma del Código Civil, deberá ser preferida la costumbre, ya que ella rige como norma propia del derecho mercantil mientras que el derecho civil es simplemente un derecho supletorio. Este tema deberá ser abordado por la Corte Suprema de Justicia al conocer de los recursos de casación que se interpongan, por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, contra los fallos en que se haya dado preeminencia al derecho civil sobre la costumbre mercantil, cuando hayan sido determinantes de su parte dispositiva, de conformidad con lo que dispone el N° 1 del artículo 3 de la Ley de Casación.

En el desenvolvimiento de la vida nacional, el factor económico ha alcanzado una inusitada importancia, las actividades se han tornado complejas y altamente especializadas; el derecho no puede escapar a esta realidad. Para juzgar adecuadamente sobre las controversias de contenido económico, el juez debe tener una profunda formación sobre el tema; de lo contrario, se corre el riesgo de que las resoluciones no serán acertadas. El desconocimiento de la materia de la controversia impone al juzgador un arduo trabajo de estudio, lo cual ocupa mucho de su tiempo, en perjuicio del rápido despacho de las otras causas que están a su conocimiento; es conocido por todos el axioma de que una justicia que tarda no es justicia. Por lo tanto, ocurre actualmente que por la acumulación de casos y materias en la jurisdicción civil, existe una evidente demora en el despacho de las causas a más de que el riesgo del error por desconocimiento es mayor.

La complejidad de la problemática en campos de tanta importancia económica como el societario, el financiero, los seguros, la propiedad industrial, los títulos valores, el transporte, etc. impone una especialización de los jueces que conocerán de los litigios en estos campos, y, puesto que la Constitución Política en su artículo 101 inciso segundo dispone que las salas de la Corte Suprema de Justicia serán especializadas en las principales materias jurídicas, de acuerdo con lo señalado en la Ley Orgánica de la Función Judicial, y en el inciso cuarto dice que la Ley Orgánica de la Función Judicial señalará los procedimientos para establecer la especialización de los demás tribunales y juzgados de la función judicial, parece oportuno que en las reformas a la Ley Orgánica de la Función Judicial se contemple la posibilidad de separar la jurisdicción mercantil de la civil.

Cabe o no Casación de las Sentencias y Autos Definitivos Dictados en los Juicios de Ejecución de Obligaciones Mercantiles?

La característica de los procesos mercantiles es su rapidez; no se discute el problema de fondo, el cual queda para ser examinado en un juicio declarativo ordinario.

En el sistema procesal ecuatoriano, las controversias mercantiles se tramitan por la vía ejecutiva, cuando el título y la obligación prestan mérito para ello, o están dotadas de procedimiento especial; en caso de que la ley no haya previsto un procedimiento especial ni sea viable la vía ejecutiva, la controversia se sustanciará por la vía verbal sumaria.

El artículo 2 de la Ley de Casación dispone que el recurso procede contra:

- a) Las sentencias y los autos que pongan fin a los procesos dictados por las cortes superiores, los tribunales distritales u otros tribunales de apelación;
- b) Las sentencias y los autos que pongan fin a los procesos que no son susceptibles de impugnación por medio del recurso de apelación; y,
- c) Las providencias que, dictadas para ejecutar sentencias, resuelvan puntos esenciales no controvertidos en el juicio ni decididos en el fallo, o que contradigan lo ejecutoriado. El Dr. Jorge Zavala Egas, en su conferencia del 19 de julio de 1993, dentro del seminario sobre casación y amparo constitucional antes referido, recalcó que el recurso ataca las sentencias y los autos definitivos y finales, ésto es, que en orden de graduación ponen fin a la litis, pero que además definitivamente concluya la posibilidad de volver a litigar porque tengan fuerza de cosa juzgada; el mencionado jurista dejó planteado un problema: cabe casación contra la sentencia dictada en juicio ejecutivo?, y yo me permito ampliar la pregunta: en el ámbito mercantil, procede el recurso contra las sentencias o los autos que pongan fin a los procesos en los procedimientos especiales o en la vía verbal sumaria?

Piero Calamandrei, al realizar el bosquejo general de la casación (La Casación Civil, tomo II, p. 244, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961), señala que este recurso reviste el carácter de remedio extremo tanto en sentido positivo, ya que este remedio se lo puede utilizar cuando los otros no se admiten ya, como en sentido negativo, ya que no se puede utilizar este remedio mientras esté abierto alguno de los otros medios de impugnación, de donde aparece que el recurso procede en las sentencias de mérito, es decir, en las sentencias que tienen carácter declarativo. Fernando de la Rúa (El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino, p. 55, Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1968) dice al respecto: "Elemento esencial del concepto es la limitación de su ámbito a las puras cuestiones de derecho, tanto para la parte que lo promueve como para el tribunal que lo decide: para aquélla será cuestión de admisibilidad invocar un motivo de derecho previsto por la ley; para el Tribunal, se trata de una regulación de su competencia específica. El recurso procede contra la sentencia de mérito, es decir, la que concluye el juicio en sus instancias ordinarias, donde se determinan los hechos que son luego intangibles para el Tribunal de Casación."

Legislaciones como la española (art. 1687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil reformado por la Ley Nº 10/1992 de 30 de abril de 1992) y la colombiana (art. 366 del Código de Procedimiento Civil) exigen que la sentencia definitiva haya sido dictada dentro de los juicios declarativos ordinarios, excluyendo, en consecuencia, las sentencias dictadas en juicios ejecutivos o en procedimientos especiales.

La Ley española dice: Son susceptibles de recurso de casación:

- 1.- Las sentencias definitivas pronunciadas por las Audiencias Provinciales en los juicios declarativos ordinarios de mayor cuantía y en los de menor cuantía siguientes:
 - a) Aquellos a los que se refiere el número 2 del artículo 484;
 - b) Aquellos en que la cuantía sea inestimable o no haya podido determinarse ni aun en forma relativa por las reglas que se establecen en el artículo 489. Se exceptúan los supuestos en que las sentencias de apelación y de primera instancia sean conformes de toda conformidad, teniendo este carácter aunque difieran en lo relativo a la imposición de costas;
 - c) Aquellos en que la cuantía litigiosa exceda de 6 millones de pesetas.
- 2.- Los autos dictados en apelación, en los procedimientos para la ejecución de las sentencias recaídas en los juicios a que se refiere el número anterior, cuando resuelvan puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, no decididos en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado.
- 3.- Las sentencias dictadas por las Audiencias en los juicios de desahucio que no tengan regulación especial y las recaídas en los juicios de retracto, cuando en ambos casos alcancen la cuantía requerida para esta clase de recursos en los declarativos ordinarios. Quedan excluidas las sentencias dictadas en los juicios de desahucio por falta de pago de la renta.
- 4.- Las resoluciones para las que expresamente se admita en las circunstancias y conforme a los requisitos que vengan establecidos. (Augusto Morello, La Casación, un modelo intermedio eficiente, p. 494. Librería Editora Plantense S.R.L., La Plata, 1993).

La Ley colombiana dispone que son susceptibles de impugnación en casación las sentencias siguientes:

- a) Las dictadas en los procesos ordinarios;
- b) Las que aprueban la partición en los procesos divisorios de bienes comunes, de sucesión y de liquidación de cualesquiera sociedades disueltas; y,

- c) Las dictadas en procesos sobre nulidad de sociedades, cualquiera que sea la naturaleza de éstas. (Humberto Murcia Ballén, *Recurso de Casación Civil*, p. 176, 3a edición, Librería El Foro de la Justicia, Bogotá, 1983).

El tratadista español Manuel de la Plaza (*La Casación Civil*, p. 141, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944) al respecto dice: "También está vedada la casación cuando se trata de juicios ejecutivos: lo que se explica, dentro de las ideas rectoras que presiden la materia, por el hecho de que dichas sentencias, al tenor del art. 1479, no producen la excepción de cosa juzgada, y dejan a salvo el derecho de las partes para promover el ordinario sobre la misma cuestión. Y aunque a primera vista parezca que esta norma, de contenido tan tajante, puesto que la discusión subsiguiente al juicio ejecutivo sólo puede versar sobre la certeza y legitimidad del título, la doctrina de las resoluciones (del Tribunal Supremo) contribuye a precisar el acierto del legislador; pues precisamente porque al juicio ordinario, van, a pesar del ejecutivo, las cuestiones de fondo, es entonces sólo cuando precisa establecer doctrina, que, inevitablemente, tendrá su reflejo en el proceso específico; en éste, sólo importa la celeridad, conjugada, es claro, con las necesarias garantías para la defensa".

El autor citado añade que la jurisprudencia también confirma su punto de vista, esto es, que no son definitivas las sentencias que recaen en juicio ejecutivo porque no producen excepción de cosa juzgada y son susceptibles de otro juicio; añade que en el propio sentido, pero refiriéndose al procedimiento especial sumario, que regula la Ley Hipotecaria y su Reglamento, se ha pronunciado la jurisprudencia española al declarar que la naturaleza procesal de este procedimiento, es meramente ejecutoria, o no definitiva, porque deja intactas las cuestiones de fondo y las consecuencias a ellas inherentes, para que, ampliamente, puedan ser discutidas en el correspondiente juicio ordinario.

Me permito recordar lo que disponen los artículos 458 y 459 del Código de Procedimiento Civil patrio, la primera de estas normas dice: El acreedor no podrá ser pagado antes de rendir fianza, de conformidad con la Ley y a satisfacción del juez, por los resultados del juicio ordinario, siempre que lo solicite el deudor, manifestando que tiene que intentar la vía ordinaria. En este caso no se admitirán las excepciones que hubieren sido materia de sentencia en el juicio ejecutivo. En subsidio de la fianza, puede el acreedor pedir que, mientras se tramita el juicio ordinario, el dinero se deposite, de acuerdo con la Ley.

Si el deudor no intentare la vía ordinaria dentro de treinta días, contados desde que se verificó el pago, o lo suspendiere por el mismo término, quedará prescrita la acción y se mandará cancelar la fianza.

El artículo 459 dispone: El artículo precedente no es aplicable cuando se trate del pago de remuneraciones a indemnizaciones de trabajo.

Cabe formular varias preguntas:

1.- El artículo 458 se refiere a la acción de nulidad de sentencia ejecutoriada prevista en el artículo 304 o es una acción que puede intentar por la vía ordinaria el demandado derrotado en el juicio ejecutivo, sobre la misma cuestión, a fin de que se analicen ampliamente las cuestiones de fondo y las consecuencias a ellas inherentes.

El Código de Enjuiciamiento Civil en su artículo 528 declaraba que las sentencias pronunciadas en juicio ejecutivo no producen excepción de cosa juzgada para la vía ordinaria, que podía intentarse dentro del plazo que fijaba esa norma. Como consecuencia de ello, el acreedor no podía ser pagado antes de rendir fianza para responder por los resultados del juicio ordinario, siempre que lo solicitare el deudor, manifestando que tenía que intentar la vía ordinaria. Esta disposición no tenía efecto cuando el juicio ordinario hubiese precedido al ejecutivo. Si el deudor no intentaba la vía ordinaria dentro de treinta días contados desde que se verificó el pago, o la suspendiere por el mismo término, quedaba prescrita la acción y cancelada ipso jure la fianza. Un fallo de la Corte Suprema publicado en la Gaceta Judicial serie IV N° 196, p. 1572 dice "Ejecutoriada el fallo del juicio ejecutivo, como esta sentencia no causa ejecutoria, el ejecutado puede proponer la acción respectiva para que vuelva a discutirse en un juicio ordinario la obligación sobre que versó el juicio ejecutivo; mas es notorio que la acción reconocida por la ley, por la razón expuesta, es distinta de la acción encaminada a obtener la nulidad de la sentencia; aquella tiene como antecedente la validez del fallo ejecutoriada en el juicio ejecutivo, sentencia que no produce efecto alguno, dado el caso de que en el juicio ordinario se aceptará la demanda.

Por lo tanto, considero que el artículo 458 del Código de Procedimiento Civil reconoce que la sentencia dictada en juicio ejecutivo no produce excepción de cosa juzgada y que el demandado puede intentar la vía ordinaria para discutir ampliamente la obligación sobre que versó el ejecutivo. Por lo tanto, si existe un medio para impugnar lo dispuesto en la sentencia ejecutiva, no procede el recurso de casación, por su carácter de remedio extraordinario en sentido positivo y negativo, según el criterio de Calamandrei.

Sin embargo, la realidad precesal ecuatoriana es que el juicio ejecutivo en la práctica se ha desnaturalizado y se ha convertido en un juicio declarativo más, lo cual contradice su naturaleza y está causando enormes perjuicios al desenvolvimiento económico. En efecto, la posibilidad de litigar por largo tiempo dentro del proceso de ejecución, con gran beneficio para el deudor que no se verá obligado a cumplir su

obligación mientras se tramita la litis, ha determinado el que se adopte en forma generalizada una conducta de morosidad que ha desprestigiado grandemente al país. Es necesario que se revise a profundidad el tema y se piense en la conveniencia de reformar al Código de Procedimiento Civil, devolviendo al juicio ejecutivo su carácter de tal.

2.- La segunda pregunta que cabe formular es si lo propio ocurre en los procedimientos especiales, incluido el juicio verbal sumario. Bajo la óptica de Manuel de la Plaza y del criterio del Tribunal Supremo Español, la naturaleza procesal de los procedimientos sumarios, es meramente ejecutoria, o no definitiva, porque deja intactas las cuestiones de fondo y las consecuencias a ellas inherentes, para que, ampliamente, puedan ser discutidas en el correspondiente juicio ordinario.

Si miramos el artículo 459 de nuestro Código de Procedimiento Civil, parecería que se impone esta conclusión: en los procedimientos sumarios la sentencia no tiene fuerza de cosa juzgada salvo en el juicio de trabajo en que se condena al pago de remuneraciones e indemnizaciones de trabajo. Este es el único sentido lógico para la disposición en referencia, ya que de lo contrario la misma carecería de todo sentido. Por lo tanto, si puede volverse a discutir sobre la obligación en la vía ordinaria, no cabría aplicar el remedio extraordinario procesal que constituye la casación.

De allí que, a mi criterio, en las causas mercantiles que se tramitan por la vía ejecutiva o en procedimientos especiales, es muy dudoso que proceda el recurso de casación.

Sin embargo, respecto del juicio verbal sumario, hay que tener presente que se trata de un proceso declarativo de abreviado conocimiento. Así lo ha considerado la doctrina nacional. Al respecto, Jorge Alvear Macías (Estudio de los Recursos en el Proceso Civil Ecuatoriano, ps. 180 y 221, EDINO, Guayaquil, 1991) nos recuerda que en el proyecto de Código de Procedimiento Civil que elaboraron los prestigiosos procesalistas doctores Juan Isaac Lovato, Alfonso Troya Cevallos y Celso Olmedo Vásconez, y que se presentó el 13 de abril de 1970, el recurso estaba abierto a las sentencias y autos definitivos de segunda instancia pasados en autoridad de cosa juzgada, que terminen los juicios ordinarios y los otros declarativos.

Merece analizar este punto con mucha atención e impulsar una reforma de la Ley en el sentido señalado por los destacados procesalistas Lobato, Troya y Vásconez. La actual imprecisión de la Ley indudablemente producirá problemas de interpretación, y la excesiva amplitud en la concesión del recurso será muy perjudicial para la adecuada administración de la justicia a más de ser contraria a la técnica jurídica. Si se concede en forma indiscriminada el recurso, cabe perfectamente que se demore aún más la solución de las controversias mercantiles. Resultaría realmente absurdo que, en época en que se reclama celeridad en la administración de justicia,

ésta se vuelva más lenta y engorrosa, lo que bien puede ocurrir, por ejemplo, si se concede recurso de casación a la sentencia dictada dentro del juicio ejecutivo a falta de pago o excepciones (art. 440 del Código de Procedimiento Civil). La misma consideración cabe para los casos de remate de prenda mercantil ordinaria o especial, agrícola o industrial, de reivindicación o remate del bien vendido con reserva de dominio, de remate de los efectos depositados en la almacenera, etc.

Cabe Casación de los Laudos Arbitrales que se Dicten al Amparo de lo que dispone la Ley de Arbitraje Comercial?

En el Registro Oficial N° 90 de 28 de octubre de 1963 se promulgó el Decreto Supremo N° 735 que contiene la Ley de Arbitraje Comercial.

Existe una tendencia mundial a sustraer las causas mercantiles de la justicia ordinaria para someterlas a conocimiento de los árbitros mercantiles. En definitiva, se está volviendo a transitar por los viejos caminos medioevales que permitieron el nacimiento de la jurisdicción comercial separada de la civil. En Ecuador la institución no ha alcanzado auge, pero es de preveer que en un futuro inmediato tal proceso se producirá. Basta observar lo que ocurre en Colombia, en donde en la actualidad la mayor parte de las controversias mercantiles se someten al juicio de árbitros, los cuales actúan como amigables componedores y fallan según su conciencia, su honrado criterio y su sentido de equidad, pudiendo, por lo tanto, aplicar libremente la ley, la costumbre y los usos mercantiles, así como los principios generales del derecho.

Se ha criticado esta tendencia, calificándola de privatizadora de la administración de la justicia; pero, la verdad es que los comerciantes reclaman que se solucione de un modo rápido y adecuado sus controversias; de una parte, los jueces de lo civil tienen tan enorme carga de trabajo y de problemas sociales y humanos tan acuciantes, que no pueden dar una atención preferente a los litigios de los comerciantes. De otra parte, dichos jueces de lo civil en ocasiones tienen problemas para dar soluciones adecuadas a las controversias mercantiles porque se precisa no solamente de conocimientos especializados dada la complejidad de la materia, la concurrencia del derecho escrito y del consuetudinario, de leyes extranjeras y nacionales, de disposiciones legales y reglamentarias, así como de prácticas, usos y costumbres: sino también de una mentalidad especial, la de los hombres de negocios, en que conceptos fundamentales como de la buena fe, tienen su connotación peculiar, en que todas las actuaciones están inspiradas por el ánimo de lucro y en que las formas tienen un valor muy relativo, a las cuales se antepone la palabra del comerciante, hasta el punto de que para poder fallar acertadamente sobre estas materias sea necesario un conocimiento a profundidad no solamente de los principios sino de las prácticas

operativas. Por estas consideraciones, debemos reconocer que las objeciones de los comerciantes a la actuación de los jueces civiles en la solución de las controversias mercantiles tienen mucho fundamento.

El arbitraje comercial, sin duda alguna, puede constituir un gran auxilio para la función judicial, ya que la descargaría de una buena parte del trabajo, en materias de contenido puramente económico en las cuales prima el interés de las partes.

El artículo primero de la Ley en estudio dispone que, sin perjuicio del juicio de arbitraje establecido en la sección 33a. del Código de Procedimiento Civil, reconócese la validez de las cláusulas compromisorias o de los convenios en que las partes acuerden someter las controversias comerciales existentes o futuras, a los Tribunales de Arbitraje de las Cámaras de Comercio, o a los tribunales o comisiones nacionales o internacionales de arbitraje.

El artículo 15 de esta Ley dice: "Teniendo en cuenta la finalidad del arbitraje comercial, los árbitros están facultados para decidir los asuntos sometidos a su conocimiento de acuerdo con su conciencia, honrado criterio y sentido de equidad. No están obligados por tanto a someterse a otras normas que las que contiene la presente Ley". Es decir, son amigables componedores, que pueden aplicar libremente los usos y las costumbres mercantiles y los principios generales del derecho, guiados siempre por su conciencia, su honrado criterio y su sentido de equidad.

El Dr. Juan Fernando Páez (Revista de Derecho, N° 1, Quito, Enero-Marzo 1964, pág. 69), a poco de haberse promulgado esta Ley, decía del procedimiento arbitral que es "la sumisión de una contienda al laudo de un tercero, para encontrar una solución pacífica —que vale decir extra-judicial—".

El artículo 17 inciso segundo de esta Ley dispone: "Las sentencias arbitrales dictadas por los Tribunales de las Cámaras de Comercio o por las Entidades Nacionales o Internacionales de Arbitraje son inapelables y se ejecutarán desde que fueren notificadas las partes, pero podrán aclararse o ampliarse y corregirse, a petición de parte, antes de que el fallo se ejecutorie, en el término de tres días".

El artículo primero de la Ley de Casación dispone que el recurso de que trata esta Ley es de competencia de la Corte Suprema de Justicia que actúa como tribunal de casación en todas las materias, a través de sus salas especializadas, cualquiera sea el grado del juez o tribunal en que haya quedado ejecutoriada la sentencia o auto recurrido.

El Dr. Jorge Zavala Egas, uno de los autores de la Ley de Casación, en su conferencia del 19 de julio de 1993, antes citada, enfatizó que la casación procede contra las sentencias y los autos judiciales, es decir, dictados por los órganos de la Función Judicial.

Cabe entonces preguntar si procede o no la casación de las sentencias arbitrales dictadas por los Tribunales de las Cámaras de Comercio o por las Entidades Nacionales o Internacionales de Arbitraje, al amparo de la Ley de Arbitraje Comercial. Del tenor literal del artículo primero de la Ley, parecería ser que sí procede la interposición del recurso, pero si se atiende a que los Tribunales mencionados no son parte de la función judicial y que, como se ha señalado antes, en palabras del Dr. Juan Fernando Páez, el laudo comporta una solución pacífica, extra-judicial a la controversia, habría que concluir que no es susceptible de casación la sentencia arbitral dictada al amparo de la Ley de Arbitraje Comercial.

EL RECURSO DE CASACION EN MATERIA TRIBUTARIA

Dr. José Vicente Troya Jaramillo*

La Naturaleza de la Casación

La naturaleza de la casación es asunto de importancia de carácter previo e introductorio. Cabe enfocar la casación como una institución y como un recurso. Lo que difícilmente se discute es que la casación debe referirse únicamente al derecho, a la ley, nunca a los hechos.

1. Una breve y suscita historia sobre la evolución de la casación es de gran importancia para dar luz sobre su naturaleza.

1.1 A esta propósito tomaré como base la obra " El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino" del autor Fernando de la Rúa.

Tres son las etapas que distingue de la Rúa en el desenvolvimiento de la casación: la primera, la idea de origen romano de que "una sentencia injusta por error de derecho debe considerarse más gravemente viciada que la injusta por error de hecho"; la segunda, una concesión a las partes de un remedio diverso de los demás otorgados para el simple caso de injusticia; y, la tercera, la incorporación como motivo de recurso de los errores "in procedendo".

1.2 En el Derecho Romano empieza a distinguirse con claridad las cuestiones de hecho, de las cuestiones de derecho. Respecto de las segundas, primero en el simple orden formal, luego en el orden material o de fondo, se permite atacar las sentencias viciadas, porque se considera que tales vicios son más alarmantes que la "simple injusticia".

Según de la Rúa "el único fundamental aporte del derecho romano que ha sido considerado la idea principal para la estructura de la institución es la distinción de los errores "in iudicando" que permiten reconocer ciertos vicios que superan el interés privado para afectar las relaciones entre la Ley y el juez".(1). La Casación de esta manera tiene una cariz político que supera el mero interés individual.

* Ex-decano de la Facultad de Jurisprudencia de la P.U.C.E.

1.3. El Derecho Intermedio crea un verdadero recurso en contra de la sentencia, a diferencia del Derecho Romano que equipara la sentencia nula con la sentencia inexistente. Se concede la posibilidad de proponer la "querella inequittatis" en contra de la sentencia afectada por error de juicio y la "querella nullitatis" en contra de la sentencia viciada por error de procedimiento. En la evolución de los motivos para proponer la "querella nullitatis", se encuentra la equiparación entre sentencia nula, por efectos de actividad, y sentencia injusta por defecto grave de juicio y dentro de este último caso se diferenciaron entre error in iudicando de derecho y de hecho.

En este punto de la Rúa afirma: "en conclusión, la "querella nullitatis" del derecho estatutario italiano y del derecho común, en cuanto permitía llevar a un juez superior y por medio de una acción de parte, una sentencia viciada por error juris in iudicando, tenía ya, bajo el solo aspecto procesal, la estructura actual de la casación en cuanto a su forma, aunque no se contempla la función política, extraprocesal, de unificación". (2)

Comparando lo sucedido en el Derecho Romano con lo acaecido en el Derecho Intermedio, se encuentran los dos aspectos fundamentales del problema. Mientras el primero enfatiza el carácter político, más como "institución", el segundo relleva el carácter de "recurso". Hasta hoy subsisten las dos orientaciones.

1.4. El origen verdadero de la casación se encuentra en el "Conseil des parties" subdivisión del antiguo "Conseil du Roi". En la lucha entre el poder real y los parlamentos. El soberano anulaba, casaba las sentencias de los parlamentos cuando eran contrarias a sus ordenanzas, edictos y declaraciones. Posteriormente se desarrolló un verdadero medio de impugnación a favor de los particulares en contra de las sentencias dictadas, en contravención a las ordenanzas que adolecían de vicios de forma o de fondo.

Desde entonces cabe afirmar que aparecen los caracteres esenciales de la casación cuales son: competencia de un tribunal superior para conocer de la violación a las ordenanzas, edictos y declaraciones regias, es decir, error en la aplicación del derecho por parte de los parlamentos que cumplían la función judicial y existencia de un recurso de parte. La esencia de la estructura procesal se encuentra en el "Conseil des Parties". Calamandrei así lo reconoce, aunque para él su verdadero origen está en la obra legislativa de la Revolución Francesa.

1.5. La casación en el Antiguo Régimen, anterior a la Revolución Francesa, se explicaba por el deseo del rey de controlar a los parlamentos. El Tribunal de Casación del nuevo régimen se explica para defender la efectiva aplicación del principio de igualdad ante la ley y por la lucha contra el absolutismo. En todo caso la institución tuvo gran importancia antes de la Revolución Francesa. En una memoria presentada por los consejeros July de Fleury y Gilbert de Voisins a petición de Luis XV, sobre la casación y sobre como venía siendo aplicada se puede leer: "En la cima del poder Judicial debe existir un tribunal cuyas luces hagan ver a los demás el respeto de que la ley es digna, y les impida que se separen de ella: que desarrolle su espíritu y sus motivos; que en la movilidad de los usos y costumbres, indique los cambios que deben experimentar la legislación, de suerte que su conjunto y su armonía asegure le veneración del pueblo y garantice su duración"(3).

El Tribunal de casación de la Revolución Francesa (decreto de 27 de noviembre y 1º de diciembre de 1790), nace para prevenir que los jueces se aparten de la ley. Por ello el instituto fue considerado como un órgano de control constitucional, colocado junto al legislativo, a fin de controlar a los jueces. Así Goupil de Prefeln explica: "La casación no es una parte del poder judicial sino una emanación del poder legislativo y el tribunal, una especie de comisión extraordinaria del cuerpo legislativo encargada de reprimir la rebelión contra la voluntad general de la ley".(4)

Se parte entonces de una concepción en extremo legalista pretendiéndose que la "ley agota la integra realidad, es por definición limpia y clara, y como tal no precisa interpretación". La función del Tribunal de Casación se resume en anular las sentencias dictadas en contravención expresa al texto de la ley, ya ante recurso del interesado, ya oficiosamente. La casación cumple una labor puramente negativa, la de reconocer que la sentencia contraviene la ley, mas de ninguna manera la de expresar como debe interpretarse la ley. Por ello el reenvío efectuado al tribunal de origen, ante cuya insistencia no cabía otro camino que la dictación de una ley interpretativa.

Sobre esta singular concepción de la casación de órgano emanado del legislativo son importantes las palabras de Calamandrei cuando señala que "caracteres tales como la prohibición de juzgar sobre el mérito y el consiguiente reenvío en caso de anulación, la limitación del recurso a los casos de expresa contravención del texto legal, la organización del juicio de reenvío con el posible referí del Cuerpo Legislativo (de refiere a la necesidad de la ley interpretativa para el caso de que el tribunal de origen insistiere en la aplicación

equivocada de la ley), son elementos que inclinan a incorporar el instituto en la órbita de los órganos legislativos: (5)

- 1.6. La práctica afirmó la verdadera fisonomía de la institución. El Tribunal se convirtió en Corte de Casación (Senado Consulto de 18 de mayo de 1803). La jurisprudencia afirmó que la sentencia era casable, no solo cuando se hubiese violado el texto de la ley, sino también cuando se hubiere vulnerado su espíritu, lo cual permitía indagar la ratio legis.

El influjo de la casación sobre la jurisprudencia se hace evidente cuando se dispone que el tribunal de origen deberá atender al sentido de la ley declarado por la Corte de Casación en sesiones unidas.

Para algunos, la ley de abril 1º de 1837 establece la eficacia de la interpretación de la Corte y ésta pasa a cumplir una nueva función, la de unificar la jurisprudencia, viniendo a ser la suprema Corte reguladora de la interpretación jurisprudencial. Sin embargo, al decir de la Rúa, " la importancia del Senado Consulto del 28 de floreal año II (18 de mayo de 1803 ya aludido), que dio al Tribunal de Casación la nueva denominación de Corte de Casación, radica en la consagración definitiva del carácter jurisdiccional del órgano, su incorporación al poder jurisdiccional del Estado, y la configuración de la casación como un verdadero medio de impugnación, un recurso otorgado al particular como remedio procesal "(6).

2. La casación como institución política se funda en el objetivo de uniformar la jurisprudencia. Al respecto la casación supone la existencia de una Corte de Casación y de un recurso singularmente concebido.

Calamandrei da los siguientes elementos:

a) Una Corte de Casación:

- que constituya un órgano judicial supremo, único en el Estado;
- funcionando con finalidad diversa de la jurisdiccional, esto es, con la de controlar que los jueces decidan las controversias según la ley;
- con la finalidad de que sea mantenida en todo el Estado la uniformidad de la interpretación jurisdiccional;
- con poder negativo de anulación sobre las sentencias que contengan un error de derecho sobre la decisión de mérito.

b) Un recurso o remedio concebido:

- como acción de impugnación;
- presentada ante un juez superior;
- para obtener la anulación de una sentencia que contenga un error de derecho en la decisión de mérito.(7)

La crítica que hace Satta es que “ el pretendido interés a la interpretación de la ley, así como aquel a la uniformidad del derecho, no existen objetivados y abstractos en el derecho positivo, sino que son siempre subjetivizados, en el sentido que son intereses de un sujeto en relación a un acto del juez que lo grava y que él entiende no correspondiente con la ley”(8)

3. La casación como institución personal se conceptúa que es un recurso inserto en el proceso conocido por un órgano jurisdiccional. Este es el aspecto primordial. La uniformidad de la jurisprudencia está en segundo plano.
4. La consideración de la casación como institución política y como recurso lleva al estudio correspondiente de los fines extraprocerales de la casación y al de su naturaleza procesal.

4.1. La función política de la unificación destaca entre los fines extraprocerales.

La pluralidad de jueces es una necesidad inevitable, que trae como consecuencia el que a casos similares se apliquen criterios distintos, con el grado de injusticia que ello implica. El órgano supremo al que se confíe la casación y de suyo la unificación puede hacer mucho pero no todo, pues su acción está limitada a los casos sujetos a su conocimiento en virtud de recursos que efectivamente se interpongan.

De todas maneras la mejor solución al problema de las diferentes interpretaciones es utilizar el remedio adecuado por su naturaleza y alcances - la casación- otorgando su conocimiento a un órgano único puesto en la cúspide de ordenamiento judicial. Dice al respecto Calamandrei: “De este modo la Corte de Casación, colocándose como vértice y centro del ordenamiento judicial para resolver con jurisprudencia los desacuerdos de la jurisprudencia inferior, trata de alcanzar la finalidad de la unificación jurisprudencial con medios absolutamente diversos de los que, para alcanzar la misma finalidad hemos visto empleados hasta ahora en la práctica”.(9)

La existencia de un solo tribunal de casación en la más alta jerarquía y con competencia en todas las materias produce los mejores efectos. A pesar de ello no es consustancial a la casación tal realidad. Son interesantes al respecto las apreciaciones de la Rúa, particular de importancia en el país, cuando se ha propuesto que la Corte Suprema sea únicamente de casación. Dice de la Rúa: “Y lo logrará en mayor medida - se refiere a la uniformación jurisprudencial-

cuando más alto esté colocada en la jerarquía de los tribunales y más extendida sea su competencia territorial. Por esto se ha proclamado la competencia, desde el punto de vista político, de la unificación de la casación en un tribunal único del Estado; pero este criterio no implica que allí donde la unicidad del tribunal no se haya logrado, la casación no exista.

Esta tendrá siempre, en tanto constituya un medio de impugnación de las sentencias con la característica de estar limitado al derecho, su inconfundible naturaleza procesal y, aunque reducida al ámbito de su competencia territorial, cumplirá también su función unificadora". (10)

La uniformidad no entraña necesariamente la obligatoriedad general de las decisiones expedidas con ocasión de la casación. El que un fallo de casación constituya o no precedente obligatorio depende de cada legislación, pero es deseable. La obligatoriedad de la interpretación de la ley para casos análogos posteriores complementa la uniformidad. Esta no tendría sentido de otra manera. De allí que no concuerdo con lo que la de Rúa afirma con tanto énfasis: "las sentencias a través del recurso de parte, y sus precedentes no son, o no deben ser, obligatorios".(11)

En el derecho sajón el juez necesariamente ha de tomar en cuenta los precedentes. En este sistema el juez no solo interpreta sino que crea el derecho. En los países que siguen los principios del derecho romano germano no sucede igual. Se entiende que todos los casos posibles que han de darse en la realidad se encuentran hipotéticamente dentro de la ley. La labor del juez se resume en aplicar la ley al caso concreto, para lo cual es necesario interpretarla. Para atenuar este rigorismo, bien está el que por lo menos ciertos tribunales máximos, como los de casación, tengan el poder de sentar precedentes obligatorios, tener con ello una función creativa del derecho, obviamente sin perjuicio de que a posteriori el legislador pueda innovar las normas, las que prevalecerían sobre la interpretación de la ley en las sentencias. No cabe, - sería distorsionar la naturaleza de la casación-, creer que es inherente a la casación la obligatoriedad general. Existe casación aunque en un determinado país las sentencias expedidas en este campo no tengan semejante valor general.

- 4.2. Otro de los fines extraprocesales de la casación es el control jerárquico. La corte de casación, órgano superior del ordenamiento judicial, ejerce una función de control jerárquico sobre la actividad de los jueces. En este sentido el control se refiere no a la persona de los jueces, sino a los actos por ellos producidos.

El control comprende la verificación de si el juez actúa según la ley y también se extiende a su conducta procesal, tanto a los actos exteriores in procedendo, cuanto a sus actividades lógicas in iudicando.

5. Calamandrei distingue entre acción de impugnación y medios de gravamen. Se considera medio de gravamen "el reexamen inmediato de la misma controversia en una nueva fase procesal", para juzgar nuevamente la causa y dictar nueva sentencia sustitutiva de la anterior. La acción de impugnación en tanto tiende a rescindir el fallo ya formado, en cuanto puedan comprobarse determinados vicios que lo haga anulable. El juez superior no conoce nuevamente la causa, se limita al examen de la validez: un nuevo juicio puede sobrevenir solo mediatamente.

En base a esta distinción se comprende que la sentencia puede ser considerada bajo un doble aspecto, como acto y como juicio. Como acto debe ajustarse a las normas legales y su no adecuación constituye un vicio que la invalida, como juicio puede ser justa o injusta. Pero la injusticia no es un vicio de la sentencia, ya que a priori no se puede determinar si una sentencia es justa o injusta. De este error proviene la clasificación entre acción de impugnación tendiente a eliminar la sentencia y medio de gravamen que solo procura reemplazarla.

De la Rúa sostiene un concepto unitario de impugnación cuando dice que es "el remedio jurídico para remover una desventaja emergente de una decisión del juez, a través de una nueva decisión". (12)

De acuerdo con el concepto unitario, la casación es un recurso, un medio de impugnación de las sentencias acordadas por la ley a las partes, bajo ciertas condiciones y por motivos específicamente previstos, exclusivamente vinculados con la cuestión jurídica. Para Calamandrei -consecuente con su distinción entre acción e impugnación y medio de gravamen-, "el recurso de casación figura entre las acciones de impugnación: debe concebirse como una acción dirigida no a provocar inmediatamente, ante el juez de casación un nuevo examen de mérito, sino a hacer que se decida por primera vez por él sobre la acción de anulación que el recurrente propone".(13)

El recurso procede contra la sentencia de mérito, es decir la que concluye el juicio en sus instancias ordinarias, donde se determinan los hechos, los que son ajenos al tribunal de casación. La casación supone la expedición de una nueva decisión ya por el mismo tribunal cuando se trata de errores de derecho sustancial, ya en sede de reenvío cuando se trata de errores de procedimiento. La anulación no es siempre el fin de la casación, por ella puede exigirse simplemente la correcta aplicación del derecho. La anulación es imprescindible cuando se trata de errores de procedimiento.

La Casación en el Ecuador

1. El Art. 348 del Código de Procedimiento Penal de anterior vigencia establecía los casos en los que se la puede proponer, todos los cuales tienen un denominador común, "la violación de la ley en la sentencia". Los siete casos previstos en las respectivas causales se refieren a asuntos de derecho sustancial, salvo el contemplado en el numeral 2º que dice literalmente que puede proponer casación, "cuando en la sentencia en que se imponga pena por un hecho, se hubiere omitido hacer constar alguna de las circunstancias específicas constitutivas de la infracción". En este caso existe violación de la ley, pero la misma se refiere no propiamente a un error de juicio sino de forma. Ello no significa necesariamente error de procedimiento. No está considerada en el Código de Procedimiento Penal la posibilidad de casación por errores de carácter procesal. Para ello estableció otro remedio, el recurso de nulidad. El Art. 339 del citado texto legal contemplaba las causales de nulidad, las que fundamentalmente se refieren a la debida composición del tribunal, a la notificación de las partes sobre la reunión del tribunal, al no haberse exigido juramento a peritos, testigos, intérpretes o vocales del tribunal y al no haber estado presentes el acusado, su defensor o fiscal al momento de ser examinados los testigos durante la audiencia.

Son interesantes las expresiones del Dr. Lloré Mosquera quien fuera conocido profesor de la Universidad de Cuenca, en su obra "Compendio de Derecho Procesal Penal". Así, en la pág. 245 al hablar del objeto dice: "El objeto inicial del recurso -se refiere a los antecedentes- fue el de garantizar la absoluta separación de los poderes del Estado, tendiendo a que por medio de la recta interpretación y aplicación de la norma, la Función Judicial no invada el campo de la Función Legislativa".(14)

Sobre la función de la casación dice: "La casación tiene una función pública porque propende a establecer el imperio del derecho, lo que a su vez se traduce en la igualdad de los ciudadanos ante la ley. Esta igualdad se obtiene evitando que dos o más acciones basadas en la misma premisa legal y concurriendo idénticas facultades fácticas, sean resueltas en forma contradictoria". Dentro de las dos orientaciones vistas sobre la casación, el Dr. Lloré Mosquera da gran énfasis a la que considera como una institución que procura la uniformidad de la interpretación y la aplicación de la ley, lo cual obviamente se puede conseguir únicamente cuando los fallos de casación tienen el carácter de precedentes obligatorios para casos análogos posteriores. Continúa el Dr. Lloré Mosquera y dice: "Para el Estado es un remedio que tiene como función conservar la unidad del derecho material y procesal y los límites de competencia de todos los tribunales". (16)

Refiriéndose a la casación como medio de impugnación, cita a Jiménez de Asenjo, quien sostiene: "Es un medio de impugnación sui generis que cumple una función político-judicial que funciona de una manera especial sin alterar los términos del debate, sin modificar los hechos dados o tenidos como probados". (17)

Cita igualmente el Dr. Lloré a Van Kries para establecer el verdadero alcance del recurso de casación, quien sustenta: "Es el recurso en virtud del cual el tribunal de casación habrá de limitarse a dilucidar si la sentencia impugnada se basa en la infracción legal, quedando por el contrario, sustraída a su conocimiento la exactitud de las afirmaciones de hecho". (18)

Sobre lo que se ha de tener por errores de derecho, es importante la alusión que hace de Couture, insigne procesalista uruguayo, quien afirma que: "Existe error de derecho en aplicar una ley inaplicable, en aplicar mal la ley aplicable y en no aplicar la ley aplicable". (19)

Las sentencias dictadas por la Corte Suprema ante recursos de casación tienen gran importancia en el campo penal, pero no existe disposición alguna que les dé un valor mayor que de una simple sentencia vinculante de la voluntad de las partes. No hay asomo siquiera que con la casación la legislación haya pretendido uniformar la interpretación de la ley, ni menos aún dar a tales fallos valor de precedente obligatorio para casos análogos posteriores. Las sentencias dictadas ante el recurso de casación, en contra de sentencias expedidas por el tribunal del crimen, hoy de los tribunales penales, tuvieron valor semejante al de otras sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia.

Con respecto al alcance de la sentencia de casación es interesante lo que preveía el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal. Para la mayor parte de los casos, numerales 1 y 3, 1er. supuesto del 4, 5, 6 y 7 del Art. 348, debía la propia Corte Suprema corregir el error y dictar nueva sentencia. Vale decir que en tales supuestos no cabía el reenvío y la casación cumplía un doble cometido, corregir la interpretación viciosa y expedir la nueva sentencia ajustada a derecho. Para el caso contemplado en el numeral 2 del Art. 348 debía la Corte Suprema únicamente reconocer la omisión y practicar el reenvío al tribunal del crimen a fin de que dictara una nueva sentencia. Este numeral permite casar el fallo: "Cuando en la sentencia que se imponga pena por un hecho, se hubiere omitido hacer constar alguna de las circunstancias específicas constitutivas de la infracción". Para el caso del segundo supuesto del numeral 4o. del Art. 348, de acuerdo a las circunstancias, podía disponer la Corte Suprema el reenvío o en su defecto corregir por sí misma el error jurídico que motivó el recurso.

El recurso de casación en materia penal participó de las características fundamentales exigidas por la doctrina. Así:

- a) Incluyó como causales para proponerla únicamente asuntos relativos al derecho. El Art. 348 no puede ser más claro cuando dice que tiene lugar por "violación de la Ley en la sentencia". Los siete numerales que se detallan en el propio artículo son particularizaciones de ese principio y debieron ser interpretados dentro del criterio "violación de la ley en la sentencia";
- b) Supuso la existencia de un solo tribunal de casación en el país, la Corte Suprema de Justicia;
- c) Previó que la labor de la casación consistía en la corrección del fallo impugnado y en la mayor parte de los casos la dictación de una sentencia, en la sin necesidad de reenvío, se solucionarían los vicios de aplicación del derecho;
- d) No dio a los fallos de casación la proyección de medio para uniformar la interpretación y aplicación de la ley, ni tampoco estableció que los fallos de casación constituirían precedentes obligatorios para casos similares en el futuro;
- e) Instituyó la casación como un recurso propuesto por interés de parte en los casos expresamente previstos por la norma y dejó de lado la concepción de la casación como acción de impugnación; e,
- f) Hizo prevalecer la concepción procesal sobre la concepción como institución política de carácter general.

El recurso de casación en materia penal fue suprimido mediante Decreto Supremo N°. 192 publicado en el Registro Oficial 763 del 17 de marzo de 1975. Posteriormente fue reinstaurado en el Código de Procedimiento Penal publicado en el registro Oficial 511 de 10 de junio de 1983. Los artículos 373 a 384, inclusive, se refieren a la casación. A diferencia de lo que ocurría en el Código anterior, el actual no contiene causales, sino simplemente un artículo, el 373, en el que de modo suscinto se dice cuando cabe el recurso. Dice la norma: "Art. 373.- El recurso de casación será procedente para ante la Corte Suprema de Justicia cuando en la sentencia se hubiera violado la Ley, ya por contravenir expresamente su texto, ya por haberse hecho una falsa aplicación de la misma; ya, en fin, por haberla interpretado erróneamente". Se trata de asuntos de puro derecho como corresponde a la casación. Los artículos 382 y 383 distinguen los casos en que cabe reenvío al Tribunal Penal, de aquellos en que la propia Corte rectifica los errores de derecho.

No existe tampoco en el Código vigente, disposición alguna que confiera a las sentencias de casación el valor de norma de general aplicación.

El Art. 20 de la Ley de casación, a modo de excepción prevé que la casación penal se seguirá rigiendo por el Código de Procedimiento Penal.

2. Es importante referirse a otras instituciones del país que tenga relación con la casación en sus diversos ángulos.

2.1. El Código de Procedimiento Civil establece como una de sus instituciones más trascendentes, pues, ataca inclusive la cosa juzgada, lo que se denomina la nulidad de sentencia ejecutoriada. Esta posibilidad se traduce en una verdadera acción que se ha de proponer ante el juez de primera instancia. No es por lo tanto un simple recurso, cual acontece en tratándose de la casación. Las causales para proponer esta acción se refieren no a la debida aplicación de la norma como en la casación, sino que es una forma extraordinaria de perseguir la nulidad por vicios radicales de procedimiento como son la falta de jurisdicción y competencia, la ilegitimidad de personería y la falta de citación. Tiene similitud con la casación en cuanto ataca exclusivamente a la sentencia y no al proceso.

Cuando se propone esta acción el proceso se ha subsumido en la sentencia que es la única realidad presente.

2.2. El efecto de la casación, de uniformar la debida aplicación e interpretación de la ley y de ser precedente obligatorio para casos posteriores, se logra por otras instituciones. Tiene importancia la que consta en la Carta Política vigente (Art. 105) de vieja raigambre, que permite a la Corte Suprema, dirimir fallos contradictorios y dictar la norma generalmente obligatoria que se ha de observar, hasta que la ley innove tal resolución. Estas resoluciones no son leyes pero tienen valor de tales, y son expedidas por este alto tribunal en ejercicio de una actividad que puede considerarse cuasi legislativa. El propósito de semejante facultad es obtener la certidumbre sobre la interpretación de las normas y la seguridad jurídica que de ella dimana.

2.3. También tiene importancia la facultad de la Corte Suprema de dictar disposiciones de carácter obligatorio en los casos de duda u obscuridad de las leyes, facultad que podrá ejercerla motu proprio o a petición de una corte superior. Tal disposición tiene valor generalmente obligatorio, análogo a las resoluciones expedidas con ocasión de fallos contradictorios. (Art. 15 de la Ley Orgánica de la Función Judicial). Siempre tuvo la Corte Suprema la facultad de

absolver consultas, pero antes no se dijo que sus respuestas tuvieron valor obligatorio. Es evidente que la reforma de la ley Orgánica de 1974 es de interés, pero por tratarse como en el caso anterior de una facultad cuasi legislativa, debió hacérsela constar en la Carta Política.

La Casación Tributaria

1. Se instituye en el país con la expedición del Código Tributario vigente desde diciembre de 1975. Es dentro de este campo una institución nueva que ha venido aplicándose a instancias de la Administración y de los administrados. ¿Cual es la razón de su instauración? En la exposición de motivos redactada por la Comisión Interinstitucional que preparó el Proyecto, existen dos citas breves sobre el punto, las cuales pueden dar respuestas a este interrogante.

Por su importancia se le transcribe. En primer lugar, cuando se trata del "esquema y diseño estructural" del Proyecto, en la parte pertinente se lee: "TITULO II.- Del Recurso de Casación, cuya inserción en el Código de Tributario es innovación que se inspira en el afán de alcanzar la máxima seguridad y certeza en la administración en la justicia contencioso tributaria". Luego al tratar que las innovaciones que se ha introducido en el proyecto se dice: "Por último en la etapa jurisdiccional o en la fase de control jurisdiccional, se ha instituido un recurso también extraordinario de casación, que o podrá promover tanto la Administración como los contribuyentes que estimen lo que una de las sentencias de las salas del Tribunal Fiscal se aparta de la ley, aplica una norma inexistente o derogada o desconoce una norma de exención, recurso éste que en consecuencia busca y pretende el imperio de la legalidad o la existencia estricta de la juridicidad en la relación jurídico tributaria y que se lo tramitará o promoverá ante las otras salas que no han conocido el caso y en tiempo limitado, que se estima el necesario para que los interesados realicen la confrontación del fallo con el ordenamiento jurídico aplicable; y, advirtiéndose, en fin, que la sentencia de casación será inamovible, inalterable y estará llamada a cumplirse estrictamente porque habrá sido el resultado de un análisis y un examen riguroso del Tribunal de Casación". (20)

La finalidad que se persigue es la de obtener la mayor seguridad y certeza en la administración de la justicia tributaria. Nuestro sistema contencioso tributario inició real y efectivamente en 1959 con la expedición de la Ley de lo Contencioso Tributario y la creación del Tribunal Fiscal de la República. Hasta 1975 había existido una sola y definitiva instancia en materia tributaria, a diferencia de la administración de justicia en otros campos que prevé, salvo las excepciones de ley, dos y hasta tres instancias. A fin de atemperar esta realidad de la única instancia y

corregir los posibles errores, al menos en la aplicación de la ley, sino en la calificación de los hechos, se introduce una segunda etapa, no una común y corriente, cual sucede en la justicia ordinaria. Se trata de una instancia extraordinaria en mérito del recurso de la casación. ¿Hasta 1975 la administración de justicia tributaria no había alcanzado la seguridad y certeza suficientes y necesarias? Pregunta difícil de contestar. La respuesta afirmativa parece intuirse de la fundamentación que hace la propia Comisión redactora del proyecto para instaurar dentro del país el recurso de casación. En las líneas transcritas se dice que el recurso busca y pretende el imperio de la legalidad y la vigencia estricta de la juridicidad. Esta afirmación es de carácter general, pues abarca todo tipo de recurso o amparo y singularmente al de casación. Por tanto semejante afirmación, siendo de indudable importancia, no explica en mejor forma el porqué, en un momento determinado, dentro de la vida jurídica del país, se introduce la casación tributaria.

Es de estimar que la razón fundamental para haber propuesto la casación tributaria se encuentra en el hecho de que, la existencia de una sola y definitiva instancia, en una determinada materia, es de todo punto de vista inconveniente. Eso es lo que se quiso remediar, al menos en lo que concierne a la estricta aplicación de la ley. Otra razón de singular importancia es la defensa del principio de legalidad que domina en materia tributaria. En el Código Tributario se encuentra consagrado este principio y obviamente también defendido. Bien se puede aseverar que el recurso de casación es la máxima defensa de la legalidad tributaria.

No debe desestimarse otra razón para haberse introducido esta institución. Me refiero al efecto obligatorio de los fallos de casación, semejante al que en un inicio tuvieron todas las sentencias del Tribunal Fiscal. Este efecto dejó de tener vigencia cuando se creó la Segunda Sala del Tribunal Fiscal.

2. En conformidad con lo preceptuado por el Título III del Libro Tercero del Código Tributario, hoy derogado por el Art. 21 de la Ley de la Materia, la casación tributaria se ciñe a los principios básicos de este medio de impugnación. PRIMERO: persigue la violación de las leyes tributarias, y por lo tanto no debe referirse a asuntos relativos a los hechos. El Art. 329 del Código Tributario dice: "El recurso podrá interponerse por cualquiera de las partes dentro de diez días de notificada la sentencia, y solo tendrá lugar por violación de leyes tributarias", y cita los casos. SEGUNDO: supone la existencia de un tribunal especial para que conozca del recurso. TERCERO: se vierte en un recurso que aduciendo las causales de ley, puede ser propuesto por las partes. CUARTO: El valor del fallo de casación es doble en la medida que vincula las partes contendientes y al mismo tiempo es norma generalmente obligatoria. Esta última característica es de

importancia, y diferencia nitidamente la casación tributaria de la casación penal. Dentro de la doble orientación que puede darse a la casación, cabe afirmar que el Código Tributario ha adoptado una posición ecléctica, pues la institución como está concebida tiene un fin netamente procesal, el de ser remedio al servicio de parte para purgar a la sentencia de los errores de derecho, en los casos permitidos por la ley, mediante la proposición de un recurso, no de una acción ante el tribunal constituido al efecto; y, tiene un fin extraprocesal, uniformar la aplicación e interpretación de la ley y dictar normas generales obligatorias para casos análogos posteriores.

2.1. La expresión del Art. 329 del Código Tributario de que cabe el recurso "por violación de leyes tributarias" difiere de la que análogamente constaba en el Código de Procedimiento Penal en el Art 373, disposición que manda que se puede proponer el recurso "cuando en la sentencia se hubiere violado la ley". La concepción del Código de Procedimiento Penal es preferible, pues impide el examen general de la legalidad del proceso. Del análisis de las causales para proponer la casación tributaria, (Art. 329 del Código Tributario, cinco numerales) tampoco se infiere que única y exclusivamente la casación versa sobre errores de derecho en la sentencia. Esta incerteza se ha pretendido remediar en la resolución expedida en la causa 5239-889 al decir que no se concederá recurso de casación "si la providencia recurrida no fuera sentencia, cualquiera que fuese la violación de la ley o el error que se invoque".

2.2. El Art. 329 habla de violación de leyes tributarias. Cabe preguntar qué se ha de entender por leyes tributarias para el efecto de proponer la casación. Existen en nuestro sistema dos grandes tipos de leyes tributarias. De un lado el Código Tributario, que es al código de los tributos, que regula de modo general los problemas inherentes a la tributación, pero que no crea, suprime ni modifica tributos; de otro, las leyes tributarias particulares que sí crean tributos y se refieren a sus elementos. No está por demás manifestar que existen leyes que son exclusivamente tributarias y otras que no lo son. Ejemplo de las primeras es, la Ley de Régimen Tributario Interno, de las segundas, la Ley de Régimen Municipal. Ante este problema, en la resolución aludida el Tribunal da Casación emite varios pronunciamientos. Resuelve que no cabe casación contra las sentencias dictadas dentro del ilícito tributario; en contra de los fallos que nieguen o confirmen peticiones de compensación o de facilidades de pago; de las sentencias dictadas en acciones de pago por consignación; de las sentencias dictadas en juicios de nulidad de procedimientos coactivos; de las sentencias dictadas en juicios de nulidad de remate o subasta; de las sentencias dictadas en los juicios de excepciones a la coactiva, salvo cuando se

trate de "inexistencia de la obligación por falta de la ley que establezca el tributo o por exención legal" y de "extinción total o parcial de la obligación"; de las sentencias dictadas en juicios de tercería excluyente en dominio; y, de las sentencias dictadas en conflictos de competencia. Con esta resolución se restringe notablemente el campo de la casación tributaria. Se excluye de este remedio lo procesal tributario, lo penal tributario y otras diversas materias. Se pretende en suma, posibilitar la casación, casi exclusivamente, por asuntos relativos al derecho material tributario.

Parece obvio que la casación puede proponerse también en contra de sentencias en que exista violación de normas constitucionales. A guisa de ejemplo cabe aludir el Art. 29, numeral 2º., inciso 5º de la Carta Política que exonera de impuestos a las presentaciones del Seguro Social.

Las violaciones a tratados internacionales, a jurisprudencia obligatoria o a resoluciones dictadas ante fallos contradictorios podrían expurgarse mediante casación. Las ocurridas en normas de carácter reglamentario, únicamente cuando tenga un reflejo en la ley.

Respecto a la forma como puede producirse la violación de leyes tributarias, son muy importantes las apreciaciones del Dr. Alvaro Bayas Cevallos, quien en su tesis doctoral sustenta lo siguiente: "en la violación indirecta, las leyes tributarias resultan vulneradas como consecuencia de la falta de consideración de los hechos que constan en el proceso o por error en la calificación jurídica de tales hechos. En la violación directa, en cambio, las leyes tributarias son violadas, por así decirlo, en sí mismas, es decir no como consecuencia de la mala apreciación del material probatorio, sino como consecuencia de la mala apreciación de la ley.

La violación directa ocurrirá, entonces, cuando la sentencia contraríe el texto de la ley, aplique una ley inexistente, derogada o no vigente, interprete erróneamente la ley, dándole un sentido o alcance diverso al que le dio el legislador, o aplique una ley que no corresponda al caso que se controvierte.

La violación indirecta se producirá en todos aquellos casos en que el tribunal sentenciador haya omitido la consideración de hechos fundamentales de la litis o procediere fundado en error evidente de hecho o cometiere algún error de derecho en la calificación de los hechos del proceso" (21)

- 2.3. Siempre refiriéndome a la legislación derogada, cabe señalar que la nota característica de casación es corregir exclusivamente errores de derecho en la sentencia, se ve por lo menos empobrecida y vacilante por lo que mandan los

Arts. 331 y 334 del Código Tributario. Esta última disposición que trata de los efectos de la sentencia dice en su parte pertinente que: "La sentencia que pronuncie podrá revocar o modificar la sentencia recurrida o corregir el error de derecho que se compruebe". Bien habría estado que en lugar de usar "o" se use "y", porque, ya se revoque o modifique el fallo impugnado, es para corregir el error de derecho, único campo propio de la casación. La duda se presenta más grave sobre el tema en el Art. 331 que trata de la fundamentación del recurso, al prescribirse que determinará "Los hechos que se entiende probados y no considerados para la determinación de la obligación tributaria". Ello da lugar a que el Tribunal de Casación se inmiscuya en asuntos concernientes a los hechos. Esta es una grave distorsión de la institución. El numeral 4º del Art 329 establece una causal para proponer la casación que ciertamente desnaturaliza la institución. Dice esta norma: "El recurso podrá interponerse...4º. Cuando para establecer la existencia de la obligación tributaria, no se hubiese considerado hechos determinantes de la misma o de su exención". Con esto se crea una segunda instancia en materia tributaria. El Tribunal de Casación tiene una clara posibilidad de juzgar sobre los hechos. Con toda razón el Dr. Washington Durango, profesor universitario y exmagistrado del Tribunal Fiscal en su obra, se refiere a esta lamentable realidad y dice: "El permitirse en el recurso de casación la consideración de los hechos determinantes de la obligación o exención tributaria, implica reabrirse la contienda en la totalidad de la contro versia, esto es, sobre hechos y derechos. Por lo dicho, bajo el nombre de recurso de casación, se ha establecido una instancia más en las controversias tributarias, contraviniendo así a la naturaleza del Tribunal Fiscal de ser un organismo de justicia de única y última instancia...". (22)

3. Punto positivo y trascendente es el valor de el Art. 293 da a las sentencias dictadas con motivo del recurso de casación, el mismo desafortunadamente ha quedado profundamente modificado por la Ley de Casación.

Es oportuno hacer un breve síntesis de la historia del valor de la jurisprudencia tributaria. Cuando se expidió el Código Fiscal todas las sentencias que dictaba la única Sala del Tribunal Fiscal tenía el valor de precedente obligatorio. En 1970 al crearse la Segunda Sala y abrirse la posibilidad de que cada una de las salas expida fallos diversos, las sentencias tuvieron un valor simplemente ilustrativo. Para uniformar la jurisprudencia, facultad hoy expresamente derogada al producirse la reforma constitucional, se previó que, al igual de lo que sucede en la Corte Suprema, en caso de fallos contradictorios, debía reunirse el tribunal Tribunal Fiscal en pleno y expedir la norma general y obligatoria que debía regir hasta que la ley disponga otra cosa. Desde 1975 en que se puso en vigencia el

Código Tributario, también las sentencias dictadas por casación tenían un valor general y obligatorio. ¿Como entender este efecto? La sentencia normalmente vincula únicamente a los contendientes. Para ellos es obligatoria. ¿Como fallo puede obligar al propio Tribunal y a la Administración?. La única manera de entender este efecto es sostener que el modo de interpretación y aplicación de la ley, consignados en el fallo, adquiere relevancia y perennidad, se integra a la legislación y ha de observarse necesariamente en lo posterior.

4. La casación supone la existencia de un Tribunal Superior que dicta el fallo que se ha de considerar definitivo. No cabe en materia tributaria otro medio de impugnación en contra de la sentencia dictada con motivo que un recurso de casación. Así lo reconoce el Art. 334 del Código Tributario. Dice la norma: "De la decisión que se pronuncie no habrá recurso alguno y sus efectos será definitivos e inamovibles".

Uno de los puntos más discutidos de la casación tributaria ecuatoriana, hoy modificada, radicaba en la conformación del Tribunal de Casación. El control jerárquico que se procura con la casación, supone la existencia real de un tribunal superior al que dictó el fallo impugnado. Esto hasta que expidió la reforma constitucional en 1992 no se daba en nuestro sistema. Eran las dos salas restantes de la que emitió el fallo, las que se constituían en Tribunal de Casación. No aparecía la línea vertical requerida, sino simplemente la horizontal abultada.

Antes de que produjera la reforma constitucional racioné del siguiente modo: ¿Si no es aconsejable que el propio Tribunal Fiscal haga de Tribunal de Casación, a quién debería corresponder semejante función? Podría pensarse en un tribunal especial para el efecto o en asignar la competencia a la Corte Suprema de Justicia. Lo segundo sería preferible siempre que la administración de justicia en el Ecuador sufriera una modificación profunda que consistiera en establecer únicamente dos instancias, la del juez de origen y la del tribunal de apelación, hoy las cortes Superiores; y la Corte Suprema fuera fundamentalmente de Casación, con salas especializadas para conocer las diferentes materias.

Si se quiere mantener a lo tributario fuera de control de la Corte Suprema, lo lógico sería que el tribunal Fiscal tuviera varias salas distribuidas en Quito, Guayaquil y Cuenca, las que tendrían nivel de corte superior; y que en la Capital se constituyera un Tribunal de Casación tributaria para conocer con un criterio único, el recurso.

A virtud de las reformas constitucionales de fines de 1992, se generalizó el recurso de casación; se suprimió el Tribunal Fiscal; se crearon Tribunales Distritales para conocer del contencioso tributario; y, se determinó que una sala de la Corte Suprema, la Fiscal conocerá de la casación en este ámbito.

5. El Tribunal de Casación reconoce los vicios de la sentencia subida en grado, y en sustitución de ella dicta otra, en la cual la casa o anula, o purificándola de tales vicios la reforma o la modifica. En casos efectúa el reenvío, o sea luego de la anulación, dispone que el tribunal de origen falle sobre lo principal. En el caso 24, el Tribunal de Casación revocó la sentencia de la sala que desechó la demanda por presunta incompetencia y dispuso el reenvío, a fin de que se resuelva sobre el fondo de la controversia.

Quedó advertido, posiblemente para impedir que se produzcan excusas, que no cabía considerar se había producido anticipación de criterio por los Magistrados de la sala. En otro caso, el número 46, igualmente el Tribunal de Casación, dispuso que la Sala, quien consideró que la demanda de impugnación se presentó extemporáneamente, falle sobre lo principal.

Respecto de las sentencias expedidas por las salas ante el reenvío, podrían producirse las causales del Art. 329 del Código Tributario, e intentarse casación.

6. A más de discernir para efectos de la casación, qué debe entenderse por leyes tributarias, es importante analizar si cabe el recurso por violación de normas procesales, o si únicamente la institución atañe al derecho material, o sustantivo, como suele denominárselo. La tesis mantenida por el Tribunal de Casación es la de aceptar que sí se puede proponer casación por violación de "leyes adjetivas" en la sentencia, siempre que influyan en la existencia de la obligación o en la cuantía de la misma. Así consta en el caso 51. En contrario, cuando la violación se refirió a indebida acumulación de acciones o a falta de legítimo contradictor, caso 52, no se aceptó la procedencia de la casación por considerar que no concernía a la obligación tributaria. Se puede colegir que la posición mantenida acepta flexiblemente como motivo de casación, las violaciones del derecho material, y solo excepcionalmente las de procedimiento. Así en el caso 95, el fallo declara expresamente que los vicios de procedimiento no pueden ser considerados en la casación, a menos de que se trate de casos en los que la ley imperiosamente permite hacerlo.
7. La proposición del recurso según el Código Tributario debe hacerse hasta dentro de diez días de notificada la sentencia, o de que se hubiere pronunciado el auto ampliatorio o aclaratorio. En el caso 74, respecto del cual se produjo un voto salvado, el Tribunal resolvió que no era tempestiva la proposición del recurso realizada cuando estaba pendiente de resolución un pedido de ampliación de la sentencia, proposición que la calificó de prematura.

En lo tocante a la adhesión, caso 55, el Tribunal dejó en claro que no cabe adhesión al recurso por quien no lo interpuso en su oportunidad.

8. Otro de los puntos discutibles del sistema anterior, a más del señalado sobre la composición del Tribunal y la falta de control jerárquico, es el referente a la dirimencia en caso de empate. El Art. 333 del Código Tributario prevé que se sumarán al efecto de los votos del fallo recurrido. Existen, de entre los 103 casos, varios fallos en los cuales tres magistrados del Tribunal han optado por una tesis y tres por otra tesis. A uno de los dos pareceres, para formar mayoría, se han sumado los votos del fallo de origen. Este procedimiento debía modificarse, según así ha ocurrido, pues, de este modo se produce una “reviviscencia” de la sentencia recurrida, lo cual es inconveniente. Debería llamarse a los cojueces, en orden de nombramiento, cuantos sean necesarios al intento.
9. Bajo el prisma de la legislación anterior, dos cuestiones trascendentes e íntimamente ligadas entre sí, son la atinente a la obligatoriedad de los fallos de casación y a la publicación en el Registro Oficial.

El que una sentencia constituya “norma obligatoria” es algo extraordinario, aparentemente exorbitante, pero conveniente en sumo grado para al consolidación del derecho. Ha servido mucho y ha sido positivo para el desarrollo del derecho tributario en el país. Sin embargo, es deseable que facultad tan grave, de carácter cuasi-legislativo, debería tener su fundamento en la Constitución Política, como acontece respecto de las resoluciones que la Corte Suprema puede expedir cuando se suscitan fallos contradictorios.

¿Que parte de las sentencias de casación constituye “norma obligatoria”? Es punto sobre el cual el Código Tributario nada decía. El Tribunal de Casación en pocas oportunidades, en forma explícita ha precisado cuáles pronunciamientos se deben tener como “norma obligatoria”, ha redactado su contenido, y dispuesto su publicación en el Registro Oficial. En otros casos, menor en número, simplemente ha señalado que se publique en el Registro Oficial, sin indicar qué parte de la sentencia.

Es evidente que haría falta una explicitación de la ley, que clarifique este aspecto y que lo saque de la penumbra en que hoy yace. También es evidente que para que se hable de “norma obligatoria”, hace falta la publicación en el Registro Oficial, y no únicamente en el Boletín del Tribunal Fiscal, al tenor del Art. 142, numeral c) de la ley de Régimen Administrativo.

Toda sentencia se integra de tres partes, a saber, expositiva, considerativa y resolutive. Las que importan al caso, son las considerativa y resolutive. En la considerativa, se analizan asuntos que tocan a los hechos y al derecho. Al analizarlos, el fallo consigna aquellos hechos que se tiene por probados y aquellos hechos puntos de derecho que quedan aceptados. En esta última parte aparece la interpretación y aplicación que se conceptúa son las apropiadas y en consecuencia las que han de prevalecer para lo posterior. Tal apreciación es la relevante y la que define la casación. La casación no procede únicamente para examinar los hechos, se sustenta por el Tribunal en el caso 65. Para nuestro sistema, que en el Art. 329, numeral 4º. del Código Tributario, en forma no muy ortodoxa, permite considerar los hechos, tal aserto es verdad. A pesar de ello hay que tener presente que tal consideración es excepcional y que se la permite en defensa del principio de legalidad.

El conceptuar que únicamente constituyen “norma obligatoria”, aquellas designadas como tales y mandadas a publicar en el Registro Oficial por el Tribunal de Casación, es limitante del alcance de este efecto tan importante. Qué decir, por ejemplo, de materias tales como la actividad reglada, los actos administrativos, la analogía, las actas de fiscalización, los agentes de retención, la acumulación de acciones, la compensación, las causales de casación, la caducidad, la consulta, la deserción y el desistimiento, la determinación tributaria, las denuncias, las deducciones, las excepciones, las exoneraciones, el error de cálculo, la fundamentación del recurso, los gastos, las glosas, el hecho imponible, los intereses, las multas, las medidas cautelares, las ordenanzas y reglamentos, el pago indebido, la prescripción, las pérdidas por diferencias de cambio, las regalías, la retroactividad, la revalorización, las reservas, el reenvío, la revisión, las tasas, materias que, en muchos casos, sin constar en “designación expresa”, han sido objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal de Casación.

Ha menester que el sistema dé un pronunciamiento expreso sobre asunto de tanta significación.

La Casación en Materia Tributaria y la Ley de Casación de 18 de Mayo de 1993

Según queda manifestado, el Art. 21 de la ley de Casación, deroga de Título III del Libro III del Código Tributario, y somete la casación en materia tributaria a sus disposiciones. Es o no conveniente dicha derogatoria?, No habría sido mejor el dejar que la casación en ese ramo continuase regulada por el Código Tributario.

Estas son cuestiones importantes que merecen atención.

1.- El proceso tributario es un proceso cuasi-oficioso vale decir se encuentra colocado en una situación intermedia entre el proceso civil y el proceso penal de acción pública. En efecto, el juicio tributario comienza siempre con la presentación de una demanda por el particular que se creyere afectado por una resolución administrativa de única o última instancia (Art. 243 del Código Tributario). Bajo este respecto el proceso tributario sigue la tónica del proceso que se inicia por actividad de parte, y no oficiosamente, cual ocurre en el proceso penal de acción pública, el mismo que puede iniciarse, inclusive por el conocimiento propio que tenga el juez sobre el conocimiento de una infracción.

Sin embargo de ello el proceso tributario se ha de proseguir, no únicamente por actividad de parte y sin lugar a dudas, tiene un temperamento particular. Son demostrativos de este acerto las siguientes disposiciones: la del Art. 272 del Código Tributario que prevé se concederá prueba aún oficiosamente; la del Art. 285 que consigna que se podrá ordenar pruebas de oficio y de que prestan mérito pruebas presentadas extemporáneamente; y, la del Art. 288 que manda que la sentencia decidirá el objeto de la litis, e inclusive aquellos otros aspectos que comporten control de la legalidad de los antecedentes o fundamentos de la resolución. De lo mencionado se concluye que el juez tributario no se ha de conformar con lo que las partes le hagan conocer o le demuestren, sino que, de su cuenta, ha de investigar, a fin de realizar la debida composición del acto administrativo, aunque para ello sea necesario alejarse de los estrictos contornos de la litis. Ello se explica en que la determinación y cobro de los tributos es materia que interesa no únicamente a los particulares y a la Administración acreedora, sino al orden público, cosa que no suele ocurrir, o al menos ocurre en menor medida en el proceso civil.

La ley de Casación sin tener en cuenta esta naturaleza cuasi-oficiosa del proceso tributario irrumpe en su ámbito y en el artículo tercero, numeral cuarto ordena que son casables las sentencias o autos en los que se hubiere producido resolución sobre materias que no hayan sido objeto de la litis. Ello es inconsulto y demostrativo de que se desconoce lo que es propio del derecho público tributario, dentro del cual, no importa tanto el que un punto determinado esté dentro o fuera de la litis, cuánto el que se compongan adecuadamente los actos administrativos determinativos de tributos y que se produzcan las recaudaciones en la medida justa prevista por la ley.

Queda una grave duda, de hoy en adelante, podrán o no los Tribunales Distritales componer los actos administrativos, aún sin observar fielmente la litis, como lo dice el Art. 288 cumpliendo el control de legalidad que es talvez una de sus fun-

ciones más trascendentes, o han de abdicar de esa actividad, y se han de atener a la absurda disposición del numeral cuarto del Art. tercero, que es más propia para el derecho privado patrimonial.

- 2.- El Art. 19 de la Ley de Casación se refiere al valor de las sentencias que se dicten en este ámbito, en cuanto puedan servir de precedentes para la aplicación del derecho. Al respecto, seguramente siguiéndose soluciones extrañas a nuestro medio, repitiéndose sin mayor imaginación soluciones implantadas en otros lares, se ordena que la triple reiteración de un fallo de casación constituye precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante para la interpretación y aplicación de las leyes, excepto para la Corte Suprema.

En conformidad a lo que se encuentra consignado dentro de este trabajo, la jurisprudencia de casación, según el Art. 293 de Código Tributario es obligatoria, tanto para la administración cuanto para el tribunal Fiscal.

Se ve un cambio de posición en tema de tanta importancia, sin que medie razón para ello.

En efecto, uno de los elementos que más han influido positivamente para el desarrollo del Derecho Tributario en el país, para su debida inteligencia y aplicación, ha sido el valor obligatorio concedido a la jurisprudencia, que si bien ha salido de los cánones normales, ha permitido fortificar la función del juez y aproximarla a la del derecho anglosajón, en cuyo sistema, el derecho se encuentra principalmente vertido en los pronunciamientos de los tribunales de justicia.

El estatuir que para que un precedente sea obligatorio se requiere tres pronunciamientos similares sobre un mismo punto de derecho por parte del Tribunal de Casación y de que tales precedentes no son obligatorios para la propia Corte Suprema, es dar un golpe de gracia a la jurisprudencia tributaria, debilitarla, retroceder a etapas anteriores y consagrar el inmovilismo.

Aquí también surge un punto jurídico de difícil discernimiento. Cual norma prevalecerá para el fuero tributario la del Art. 19 de la Ley de casación o la del Art. 293 de Código Tributario, la cual no ha sido derogada expresamente. Para profundizar aún más en este aspecto tan puntual, habría que preguntarnos sobre el valor de la sentencia de casación referente a los casos que se propusieren cuando tenía vigencia el Código Tributario y dentro de él, el Título III del Libro III, hoy derogado. Que no se venga a querer sostener que las normas procesales posterior-

res prevalece sobre las anteriores. El valor de un fallo de casación no es algo que pertenezca a un solo derecho procesal, es algo que incumbe, y en el más hondo sentido, al derecho material.

No cabe duda también en este punto, al dictarse la Ley de Casación se ha incurrido en graves errores.

- 3.- En este trabajo se ha señalado el grave inconveniente de que al tenor del Código Tributario, se conozca por casación cuestiones referentes a los hechos. Se habría pensado que al producir reformas debería haberse remediado tales errores. Sin embargo, es lamentable reconocer que se reincide en la equivocación. Cuando en el numeral 3ro. se incluye como causal de casación la aplicación indebida, la falta de aplicación o la errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valorización de la prueba, siempre que haya conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho. Aparentemente se trata solo de preceptos jurídicos, más, de este modo es indudable que se abra un "portillo", permitiéndose, si se quiere, sutilmente, volver sobre los hechos, lo cual no es propio de la casación.

Los que seguramente acontecerá en la práctica es que en base a esta disposición, se habrá revivido la tercera instancia, de cuya supresión tanto se hizo gala.

En conclusión es del caso arbitrar una de dos soluciones, o reformar la ley de Casación, creándose tratamientos diferentes cuando las materias así lo exijan, particularmente considerando lo que es derecho público y derecho privado; o al menos, para la casación tributaria, volver las cosas al estado anterior y derogar el artículo derogante, en la parte pertinente, es decir el Art. 21 de la Ley de Casación; todo ello sin perjuicio de que el Título III del Libro III tantas veces mencionado, se lo vuelva a redactar poniéndolo acorde con las nuevas situaciones y cribándolo de errores e imperfecciones.

BIBLIOGRAFIA

- (1) De la Rúa, Fernando, El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino, Víctor P. de Zavala Editor, Buenos Aires 1968, pág. 30.
- (2) De la Rúa, obra citada, pág. 31.
- (3) De la Rúa, obra citada, pág. 34.

- (4) De la Rúa, obra citada, pág. 35.
- (5) Calamandrei, Piero. La Casación Civil, Omeba.
- (6) De la Rúa, obra citada, pág. 39.
- (7) Calamandrei, obra citada, Vol. II. pág. 369.
- (8) De la Rúa, obra citada, pág. 25.
- (9) Calamandrei, obra citada, Vol. II. pág. 92.
- (10) De la Rúa, obra citada, pág. 44.
- (11) De la Rúa, obra citada, pág. 44.
- (13) De la Rúa, obra citada, pág. 53.
- (14) Lloré Mosquera, Víctor, Compendio de Derecho Procesal Penal, Cuenca 1964, pág. 245.
- (15) Lloré Mosquera, Víctor, obra citada, pág. 246.
- (16) Lloré Mosquera, Víctor, obra citada, pág. 246.
- (17) Lloré Mosquera, Víctor, obra citada, pág. 246.
- (18) Lloré Mosquera, Víctor, obra citada, pág. 247.
- (19) Lloré Mosquera, Víctor, obra citada, pág. 247.
- (20) Código Tributario, exposición de Motivos.
- (21) Bayas Cevallos, Alvaro, El Recurso de Casación en Materia Tributaria en el Derecho Positivo Ecuatoriano, Tesis Doctoral, Facultad de Jurisprudencia de la pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 1983, pág. 43 y 44.
- (22) Durango, Washington, Legislación Tributaria Ecuatoriana, Editorial Universitaria, Quito-Ecuador, pág. 354 y siguientes.

LA UNIVERSIDAD Y EL DESARROLLO NACIONAL**

Dr. Oswaldo Hurtado Larrea*

Antes de hablar de la Universidad voy a referirme a ciertos problemas de Ecuador, América Latina y el mundo, que necesariamente debemos tener en cuenta para entender el papel que debe tener la Universidad ecuatoriana en el futuro.

Con esta charla, voy a referirme a las nuevas condiciones internacionales, a las realidades coyunturales del Ecuador, a la crisis de la Universidad y concluiré con un cuarto tema en el que examinaré lo que podría denominarse la tercera Reforma Universitaria.

Las Nuevas Realidades Internacionales.-

El conflicto ideológico Este-Oeste, cuya expresión política se denominó la Guerra Fría, fue dominante a lo largo del Siglo XX. Los conflictos producidos entre las grandes potencias y aquellos que se denominaron de baja intensidad, generalmente estuvieron determinados por el deseo de los Estados Unidos o de la URSS de hacer triunfar en el mundo, y particularmente en el llamado Tercer Mundo, sus ideas, su organización política y sus objetivos internacionales.

Este conflicto, como es conocido por todos, ha concluido con el triunfo de Occidente, del sistema democrático, de la economía de mercado y con una hegemonía militar, al menos por unos años más, de los EE.UU.

¿Querrá decir que terminaron los conflictos? Me parece que no, y si queremos en el horizonte dibujar algunos conflictos que sucederán al conflicto ideológico Marxismo-Capitalismo, probablemente podremos encontrar tres o cuatro que serán los dominantes en el futuro.

El primero, el de las migraciones que masivamente se están produciendo desde el sur pobre al norte rico de Europa y los EE.UU, además de Canadá y Japón; países que están siendo invadidos por masas depauperadas, desocupadas, que van a ellos en busca de riquezas.

* *Ex-presidente constitucional de la República*

** *Conferencia del 14 de junio de 1993 en la P.U.C.E.*

El segundo es el del Medio Ambiente. Para los idealistas que sin duda todavía existen en el mundo, el problema de la naturaleza, de la conservación y de la protección de este medio en el que vive la humanidad, se está convirtiendo en una nueva cosmo visión. Los problemas de medio ambiente no solo se discuten, al interior de los países sino que también enfrentan al Sur y al Norte, porque el Norte tiene interés en preservar los bosques tropicales, porque el Norte quiere condicionar los proyectos de desarrollo, a que tomen en cuenta las variables ambientales y por varias otras razones más.

Pero el conflicto que nos interesa, desde la perspectiva de lo que se, me ha pedido hablar, es el conflicto económico. Actualmente, y probablemente hasta bien entrado el Siglo XXI, existirán en la tierra cuatro grandes potencias económicas: sin duda EE.UU, formando un mercado ampliado con Canadá y México y posteriormente con el Caribe y América Latina. Europa, dominada por Alemania e integrada por todos los miembros de la CEE y más tarde seguramente países de Europa Oriental. Japón formando una zona económica con los países del sudeste asiático y particularmente con los Dragones: Corea, Taiwán, Singapur y Hong Kong; y la República Popular China. Las previsiones sobre el futuro económico de China, si se cumplen, la llevarán a tener su papel dominante, porque, de acuerdo a ellas, el PIB chino hacia principios del próximo siglo será superior al de los EE.UU.

¿Qué determinará el éxito de este conflicto económico?

¿Qué país va a triunfar en este conflicto económico?

Todos están de acuerdo en que el desarrollo del conocimiento científico y de las tecnologías aplicadas, constituirán la variable que determinará cuál de estos centros hegemónicos de la economía prevalecerá. Obviamente, el desarrollo de la tecnología y del pensamiento científico fundamentalmente se dará en Alemania, EE.UU, Japón y China y éstos serán los centros divulgadores de la ciencia; lo que no quiere decir que otros países no podrán aportar, pero sin duda en aquellos se va a concentrar el 80 o 90% de la creación científica del mundo y del avance tecnológico.

Si esto es así, podríamos concluir que el mundo de fin de siglo y de principios del Siglo XXI va a ser un mundo interdependiente. Ustedes son muy jóvenes y probablemente ni siquiera conocen una teoría que estuvo muy de moda aquí, en América Latina, en los años 60, que se llamó la teoría de la dependencia según la cual los países de América Latina, y entre ellos el Ecuador, tenían que liberarse nacionalmente para luego desarrollarse. Lo que acabo de decir apunta en dirección contraria. Si el Ecuador quiere desarrollarse, tendrá que participar de esta interdependencia econó-

mica mundial e incorporar a su crecimiento económico y a su progreso las tecnologías que están siendo elaboradas en estos grandes centros de producción científica.

A este fenómeno económico, que va a ser determinante en la interdependencia mundial, se va a sumar otro que podría denominarse "estandarización de la cultura", producida por este avance de una ciencia uniforme y en razón del progreso notable de la televisión y de los medios de comunicación internacionales vamos hacia lo que se ha denominado la "aldea global", en la cual las culturas nacionales paulatinamente van a ir adquiriendo características uniformes que van a dar origen a una cultura mundial.

Las Nuevas Realidades Nacionales.-

¿Cuáles serán las nuevas realidades nacionales, que la Universidad tendrá que tener en cuenta? Las realidades nacionales van a estar marcadas por tres crisis: primero, por la crisis económica. Como Ecuador, hasta ahora, luego de haber transcurrido diez años, no ha logrado resolverla y ni siquiera comenzar a superarla; quiere decir que, a lo largo de los años noventa, va a seguir teniendo como tema dominante de la vida nacional la crisis económica expresada en los desequilibrios externos e internos que ustedes conocen, inflación, desempleo, déficit del sector público, déficit de la balanza de pagos. Si el Ecuador quiere salir de la crisis, tendrá primero que acertar en una política económica y en segundo lugar mantener esa política económica en el largo plazo. Esto es lo que ha hecho México y lo que ha hecho Chile, y es lo que a su tiempo hizo Colombia e impidió a este país ingresar en la crisis económica a diferencia de todos los otros países que cayeron en ella. Llevar adelante una política de esa naturaleza, antes definiría y luego restablecer los llamados equilibrios macroeconómicos supone un pensamiento económico, el que está ligado a la producción académica de la Universidad.

La segunda crisis es social y tiene que ver con la inequidad que ha adquirido la sociedad ecuatoriana en los últimos años. No sería justo atribuir a la crisis económica el deterioro de los niveles de vida. -(de hecho el Ecuador ya era una sociedad inequitativa antes del año 1982)- pero la crisis, sin duda la ha agravado según informaciones de prensa recientes, el gasto social entre 1980 y 1990 cayó del 9.5% del Producto Interno Bruto al 4.6%; los salarios reales de los ecuatorianos, ya no tomando en cuenta el año 1979 donde se produjo la duplicación de ellos sino 1980, han ido cayendo, de manera vertiginosa, particularmente en los últimos años, sumen ustedes a todo ello los problemas de desempleo, el deterioro de los servicios sociales, seguridad social, Ministerio de Salud, escuelas, colegios, recolección de basura, agua potable, alcantarillado y encontrarán un cuadro muy ilustrativo, de cómo los niveles de vida de los ecuatorianos se deterioraron en los años ochenta.

Este drama puede convertirse en tragedia si en los años noventa nosotros no podemos resolver la crisis económica y si no somos capaces de formular y ejecutar políticas sociales que permitan enfrentar este problema de empobrecimiento colectivo.

Una tercera crisis del Ecuador es la de gobernabilidad que se expresa en dos órdenes. En primer lugar es la crisis del Estado. El Estado ecuatoriano no puede sobrevivir en su tamaño actualmente existente por varias razones, entre otras por la falta de los recursos económicos que antes tuvo en la época de la prosperidad petrolera, para sustentar el financiamiento de las actividades públicas. Por este motivo me parece correcta la política dirigida a reducir el ámbito del Estado. No voy a entrar a precisar los límites de hasta donde debe ser reducido el Estado, pero es evidente, por ésta y por otras razones, una de las cuales es la ineficiencia de las actividades públicas, que hay que reducir su tamaño, para que de esta manera el Estado pueda destinar sus recursos, por ejemplo, a incrementar su gasto social, a volverlo a los niveles de los años 80, si fuera posible. Pero la reducción del tamaño del Estado no resuelve la crisis porque ella está dada principalmente por un agudo proceso de descomposición de las instituciones públicas, llámense ministerios de Estado, municipios, consejos provinciales, incluso una institución tan respetable como era el Banco Central del Ecuador hasta hace unos 10 años, hoy es un organismo que deja mucho que desear en cuanto a su calificación profesional y técnica.

Si quieren ustedes un ejemplo muy gráfico de lo que estoy señalando observen el caso de los municipios de la Costa, particularmente de lo que fue el Municipio de Guayaquil. Solo cuando no exista el Estado es posible que los tesoreros de este municipio depositen gran parte de los impuestos que cobraban, en sus cuentas personales. Solo si no existe el Estado es posible que ese Concejo Municipal venda calles y avenidas a sus clientes electorales. Solo si no existe el Estado es posible que esa ciudad se inunde de basura. Solo si no existe el Estado es posible que teniendo Guayaquil la cuenca hidrográfica más grande del Pacífico en el Continente americano, no tenga agua potable. Esto que acabo de decirles del Municipio de Guayaquil es absolutamente pertinente para otras instituciones públicas. El Ministerio de Bienestar Social por ejemplo, no es por falta de recursos solamente que no cumple sus funciones, sino por el bajísimo nivel tecnocrático de su burocracia.

El problema financiero del Ecuador, sin duda, tiene que ver con la búsqueda de un mejor sistema impositivo, además con el hecho de que el Estado no está en capacidad de cobrar impuestos, ni de saber quiénes pagan y cuánto deben pagar. Por lo tanto, si queremos resolver la crisis de gobernabilidad del Ecuador, debemos reconstruir el Estado. Privatizar algunas actividades ayudará, pero quedarán el Ministerio de Educación, el Banco Central, el CONADE, los municipios, los consejos provinciales, que no pueden privatizarse.

La crisis de gobernabilidad del Ecuador también se expresa en el orden político. Si ustedes hicieran un análisis de política comparada, encontrarán que existe una correlación directa entre democracia y partidos mayoritarios, y entre estos y modernidad estatal. El sistema de partidos políticos del Ecuador es minoritario, el mejor ejemplo radica en el hecho de que los últimos cinco gobiernos constitucionales del país han correspondido a cinco partidos políticos diferentes, porque ninguno de ellos es capaz de representar una mayoría de ecuatorianos. Ninguno cuenta con lealtades permanentes, sino transitorias, itinerantes, y no es posible dar estabilidad a la política económica ni al sector público, ni es posible definir y ejecutar políticas a largo plazo, si no tenemos un sistema de partidos políticos mayoritarios, que tengan la suficiente autoridad para gobernar con una mayoría legislativa (no hemos tenido un solo gobierno con mayoría legislativa en los doce años), y que tengan capacidad para sucederse a ellos mismos, como por ejemplo ha sucedido en el caso del Municipio de Quito. Porque se requieren ocho o diez años de políticas continuas, regulares, sistemáticas, para producir resultados que le permitan al país salir de la crisis. El problema de los partidos políticos minoritarios se resolvería si tuviéramos aptitud para el diálogo político, para los consensos y para la búsqueda de alianzas, que desafortunadamente no existen.

Como consecuencia, en el orden interno, el Ecuador, un país que para fines de los años 70 había dejado de ser uno de los más atrasados de América Latina, para colocarse en una situación intermedia, hoy progresivamente va camino de convertirse en uno de los más atrasados de América Latina, porque nuestra economía no crece, porque el Estado no se moderniza, porque las injusticias sociales son abrumadoras. Últimos estudios demuestran que la sociedad ecuatoriana es de las más inequitativas de A.L. y en una sociedad inequitativa no es posible que funcione la democracia. Tampoco es posible que podamos tener un crecimiento económico a largo plazo. El secreto de Japón, de los Estados Unidos, Europa e incluso de los Dragones Asiáticos ha sido tener una sociedad más o menos equitativa. Para el año 80 recuerdo que Bolivia era vista aquí en el Ecuador por sobre el hombro; mucho me temería que los bolivianos vean al Ecuador por sobre el hombro, si el desarrollo del país sigue como hasta ahora.

La Realidad Universitaria.-

¿Qué podría decirse sobre la Universidad? Muchos de los problemas que yo acabo de señalar tienen como causa la Universidad ecuatoriana, lo que voy a tratar de demostrar en la segunda parte de la charla. La crisis de la Universidad ecuatoriana es evidente, y se expresa fundamentalmente en su incapacidad para transmitir la ciencia y para investigarla, o para hacerlo a niveles de excelencia, que es lo que le corresponde a la Universidad en todos los países del mundo.

Esta crisis de la Universidad en parte es de responsabilidad del Estado y de la sociedad, en otras palabras es ajena a la Universidad, por ejemplo en cuanto al financiamiento. No puede haber Universidad con profesores cuya remuneración por hora puede representar el 20%, quizá el 30% de lo que gana un camarero en el servicio de cualquier recepción, o no puede ser el doble o el triple de lo que gana un cuidador de vehículos en cualquier calle de Quito, por dos horas de cuidar un vehículo. Con las remuneraciones que se paga en la Universidad ecuatoriana, no se puede tener buenos profesores. Hay entonces un problema de financiamiento, por la crisis económica del Ecuador que ha reducido los salarios reales de los profesores universitarios y, como consecuencia, ha ahuyentado a los mejores e imposibilitado reclutar a los más calificados.

La Crisis de la Universidad.-

Tiene que ver también con las deficiencias de la escuela y del colegio y con las intervenciones militares, de los años 60 y 70. En las Universidades públicas expulsaron a buenos por profesores "comunistas" a pesar de que algunos de ellos eran altamente calificados; luego, cuando los militares se fueron volvieron los "comunistas", no siempre los buenos profesores y se expulsó a los profesores "derechistas", muchos de los cuales también eran buenos.

También hay causas endógenas de la Universidad que quisiera ante este auditorio insistir. La más importante de todas, la supresión del examen de ingreso. La Universidad no estaba preparada por falta de aulas, laboratorios, material didáctico y de maestros, para atender esta demanda extraordinaria, producida como consecuencia de la supresión de los exámenes de ingreso. A partir de ella los profesores exigentes se fueron y los que se quedaron tuvieron que reducir el nivel de su enseñanza al promedio más bajo, si es que querían sobrevivir en la Universidad con sus cátedras. Como consecuencia se produjo un deterioro significativo, científico y académico, de la Universidad siendo las más afectadas la Universidad de Guayaquil y la Universidad de Quito; lo que es muy importante porque las dos recogen la mitad de la matrícula universitaria de todo el Ecuador. Su efecto negativo es enorme, en la medida de que uno de cada dos profesionales que sale de las Universidades, procede de estas dos lamentables instituciones universitarias que son la U. Central y la U. Estatal de Guayaquil.

Una segunda cosa fue la proliferación de universidades, en ciudades donde no existen recursos para su desarrollo; por ejemplo algunas universidades de provincias tienen buena parte de sus profesores domiciliados en Quito o en Guayaquil.

A los dos factores señalados se sumó el dogmatismo. La Universidad pública y también las privadas, fueron dominadas por la ideología marxista: quien no pensaba en término de materialismo histórico y dialéctico, no tenía nada que decir en la Universidad; y la Universidad, por definición, es una institución abierta a todas las ideas, por su esencia no se subordina a ningún dogma, como pensamiento marxista. Entonces, en las universidades públicas se esterilizó la ciencia, el conocimiento, y vulgarizó la vida de la Universidad.

A todo lo cual se sumó el clientelismo populista originando en la eliminación de los exámenes de ingreso, de manera que para obtener un rectorado, o un decanato en las universidades públicas principalmente, pero no solo en ellas, había que seguir una política parecida a las que se seguía en algunos municipios de la Costa y de la ciudad de Guayaquil. Para ganar una candidatura la oferta era reducir el nivel de los estudios, privilegios para los profesores, no exigencia a los docentes, decanos, etc. Todo esto fue degradando la Universidad ecuatoriana.

En estas condiciones, me parece a mí que la Universidad está en incapacidad de enfrentar los desafíos del mundo, a los que hice referencia, y la crisis que vive el Ecuador. Porque, ¿de donde es que vienen los diputados tan criticados? ¿de dónde es que se forma la tecnocracia de los ministerios los administradores de las empresas públicas y privadas y los profesionales y técnicos? ¿Cuál es el origen de los intelectuales y de los periodistas? Todos ellos vienen de la Universidad y de la misma manera que la política ecuatoriana ha perdido nivel, el pensamiento económico también ha perdido nivel, lo mismo que el periodismo: la página editorial de los diarios es un ejemplo. Es que todo el Ecuador se ha deteriorado.

En realidad la Universidad ecuatoriana no cuenta como institución, ¿ustedes han visto en los medios de comunicación la opinión de la Universidad, sustentando su punto vista sobre algún problema nacional?, aportando en este diálogo sobre la privatización, no digo participando con un discurso sino con un aporte sustantivo sobre el problema del Estado ecuatoriano. Sin duda, que no.

La Reforma Universitaria.-

Este análisis me lleva a mí a plantear la necesidad de que en el Ecuador emprendamos en una tercera reforma universitaria. La primera, como probablemente es conocida por ustedes, fue la Revolución de Córdova de los años 10, luego vino la reforma marxista de los 60-70; pienso que hoy es necesaria una tercera reforma para luego de algunos años de esfuerzo y de trabajo tener una Universidad en capacidad de responder a aquellos retos a los que hice referencia, nacionales e internacionales.

¿Cuáles serían las bases de esta reforma? Primero establecer algún sistema de selección de los estudiantes. La Universidad Católica se ha librado de alguna manera de la crisis, porque ha mantenido un sistema de selección de los estudiantes, el que necesariamente no tiene que ser un examen de ingreso. La Politécnica Nacional no tiene un examen de ingreso o si lo tiene, aquellos que no aprueban el examen de ingreso pueden seguir un curso propedéutico, un prepolitécnico.

La democracia tiene que otorgar una garantía para que todo estudiante pueda llegar a la Universidad sin recibir marginaciones económicas y sociales, pero la democracia no tiene que ver nada con el derecho que algunos movimientos políticos exigen para que cualquier estudiante ingrese a la Universidad. La Universidad es exclusivamente para los estudiantes de talento, y no para los que no lo tienen. Aquellos que carecen de talento para estudiar en la Universidad no tienen por qué estar en ella; no lo están en Francia, no lo están en los EE.UU., no lo están en ningún país del mundo. Tiene entonces la Universidad que ser selectiva académicamente y es necesario establecer un mecanismo lo más riguroso posible para conseguir este propósito.

La Universidad se queja de la falta de financiamiento, ¿Como tener dinero si se lo desperdicia en estudiantes que no estan preparados y que abandonan la Universidad, luego de haberle hecho gastar en primero, segundo y tercer curso hasta el momento en que ellos voluntariamente, se retiren de la Universidad?

En segundo lugar debe regularse la creación de universidades. No pueden seguirse dejando a las presiones políticas la fundación de universidades. Una universidad necesita un mecanismo de requisitos, para poder fundarse.

La semana pasada, el diario El Universo de la ciudad de Guayaquil publicaba una noticia enviada no por los enemigos de la Universidad sino por las autoridades de la Universidad de Guayaquil, en la que se decía que traficantes de drogas, ladrones de vehículos y, en definitiva, una pandilla de asaltantes había convertido a la Universidad en su guarida porque, en razón de su autonomía, la fuerza pública no podía ingresar a los predios universitarios para apresarlos. Este es un extremo al que se ha llevado la autonomía, que debe redefinirse

La Universidad si no trabaja en íntima relación con el Estado y en vinculación con las actividades particulares, no podrá cumplir con sus funciones. El Ministerio de Educación, el Gobierno, tiene que encontrar algún mecanismo para participar en decisiones importantes que tome la Universidad, porque los egresados, ¿dónde van a conseguir empleo?, en las empresas particulares y en el Estado. Es necesario que la

Universidad sepa cuáles son las prioridades estudiantiles o profesionales del sector público y del sector privado y que la Universidad investigue para el sector público o para el sector privado como sucede en todos los países del mundo.

Debería pensarse en un nuevo sistema para la designación de las autoridades. Creo que hay que reducir la representación estudiantil y especialmente la de los trabajadores. Digo esto frente a un auditorio que en un 99.9% es de estudiantes. Porque los estudiantes son transitorios en la Universidad. El cuerpo permanente de la Universidad es el de los maestros, ellos son los que viven en la Universidad y para la Universidad; por lo que los maestros pueden ver los intereses de la Universidad más allá de los intereses gremiales del movimiento estudiantil.

Necesitamos como consecuencia una Universidad centrada, fuertemente en los maestros; así son todas las universidades del mundo. Lo cual no quiere decir que no haya una participación del movimiento estudiantil, y que no se escuche la opinión de los estudiantes, la que es distinta de aquella barbaridad que existió antes acá, y que afortunadamente fue suprimida mediante una ley que promoví y que fue expedida en el año 83, eliminando el cogobierno paritario, esto es 50% estudiantes, 50% maestros.

Es necesario mejorar el nivel académico de la Universidad y para ello no existe mejor mecanismo que el incremento de su financiamiento. Solo se puede reclutar buenos profesores con buenas remuneraciones. La Escuela Politécnica Nacional es una excelente universidad ecuatoriana, pero buena parte de sus maestros comienzan a retirarse porque el mejor sueldo que se paga por un profesor a tiempo completo no llega al millón de sucres mensuales. Un profesional con las calificaciones que tienen los maestros de la Politécnica, en el sector privado puede ganar, tres o cuatro veces más. Hay que mejorar el financiamiento de la Universidad, pero él no va a ser posible por parte del sector público al menos en los términos que demanda la Universidad ecuatoriana.

Si la crisis va a continuar, a el Estado, no va a tener recursos para multiplicar significativamente los ingresos de la Universidad: tiene entonces que la Universidad financiarse con sus propios recursos. Aunque no exclusivamente. Ellos solo pueden venir de dos fuentes, que la Universidad trabaje para el sector privado y eventualmente para el sector público, y que la Universidad aumente los emolumentos que se les exige pagar a los estudiantes.

En este momento los estudiantes universitarios en el Ecuador reciben un fuerte subsidio del Estado. En la Universidad Católica, por ejemplo, la pensión es inferior a

la que se paga en un jardín de infantes o en una guardería infantil. Esto es bueno para los estudiantes pobres, para los hijos de trabajadores, para los hijos de empleados, pero no es bueno para los estudiantes ricos, porque están recibiendo un subsidio y el Estado en este momento de crisis no tiene por qué subsidiarlos.

Yo no veo razón para que en la Universidad se pague menos de lo que pagan los estudiantes en el colegio donde se graduaron. La educación universitaria es más costosa que la educación colegial, con lo cual no estoy queriendo decir que aquí en la Universidad Católica y en la Universidad Central hay que cobrar lo mismo que se paga en la Universidad San Francisco; tampoco estoy diciendo que todos los estudiantes tienen que pagar lo mismo, pero es necesario establecer la justicia y la equidad en cuanto a las obligaciones de cada alumno que llega a la Universidad donde va a conseguir un título. Y no hay medio mejor para ascender económica y socialmente, que un título universitario.

Finalmente la Universidad tiene que volver a ser lo que debió ser siempre. En los años 60 y 70 se definió a la Universidad como el bastión de la transformación social; la Universidad no es eso, nunca lo será y tan no lo ha sido que no ha transformado la sociedad ecuatoriana. Los cambios producidos en el Ecuador han venido por otros caminos.

La Universidad debe ser aquí lo que es en todas partes: un centro académico de la mayor excelencia que educa en los más altos niveles de la ciencia, que tiene el más sofisticado conocimiento, que está al día de los progresos que se producen en el mundo, todo lo cual transmite a los estudiantes. Esto fundamentalmente es la Universidad.

Con lo cual, tampoco quiero decir que la Universidad no tiene que ocuparse de los problemas sociales del pueblo y de los problemas económicos del Ecuador y de lo que sucede en el mundo, preocupación que no puede ser la fundamental de la Universidad ecuatoriana.

En alguna ocasión, hace ya muchos años, dije que el Ecuador, irá a donde vaya la Universidad. El desarrollo de los EE.UU., no se explica sin la excelente Universidad que es la Universidad norteamericana. El espectacular desarrollo de China hoy, de la República Popular China, no se explica sin los excelentes profesionales chinos que existen en ese país. Cuando estuve de visita allí y analizamos la apertura económica de China, yo les preguntaba a sus dirigentes si existían restricciones a la contratación de personal extranjero y me sorprendí cuando me contestaron que no existía ninguna; y añadieron, si una empresa extranjera quiere traer todos

sus empleados y todos sus trabajadores del extranjero. lo pueden hacer. ¿Cuál la razón para tanta audacia? Ellos mismos me dieron la respuesta: los profesionales chinos son tan buenos como cualquier profesional extranjero y ganan menos. Por tanto, ninguna compañía extranjera, de las miles que hoy han llegado a China. Llevan trabajadores extranjeros que no sea el gerente y quizá los ayudantes; todos los demás son chinos.

Yo no creo que esto sea posible en el Ecuador en el caso de que tuviéramos un desarrollo espectacular como el de China, porque simplemente no existen en el mercado de trabajo profesionales altamente capacitados.

En resumen, los problemas políticos del país, que son muy graves, los problemas económicos, los problemas culturales, los problemas de la economía privada y de la economía pública, generalmente tienen que ver con la Universidad. Para resolverlos es necesario el transformar la Universidad ecuatoriana, solo así será posible edificar este país que más allá de las diferencias políticas o ideológicas que podamos tener, todos queremos que crezca económicamente, que sea equitativo socialmente, que dé empleo a la mayor parte de la población, que mejore sus niveles de vida y que el Ecuador en su conjunto no sea visto por sobre el hombro por casi todos los países latinoamericanos.

Para lograr ese propósito será necesario reconstruir la Universidad ecuatoriana, y en esa reconstrucción yo no incluyo únicamente a las universidades públicas; pienso que esa reconstrucción también debe darse en las universidades privadas.

EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN EL ECUADOR, EL TRIBUNAL DE GARANTIAS CONSTITUCIONALES Y LAS REFORMAS DE 1992**

Dr. Hernán Salgado Pesantes*

I. Antecedentes Ecuatorianos sobre el Control de la Constitucionalidad

En el constitucionalismo ecuatoriano del siglo pasado el control de la constitucionalidad pasó casi inadvertido. Su incipiente desarrollo tendrá lugar en nuestro siglo, bajo el influjo del Estado social de Derecho o constitucionalismo social de postguerra. Sin embargo, el sistema de control de la constitucionalidad no se consolida en el Ecuador hasta hoy; lo cual puede atribuirse, principalmente a dos razones: 1) el tomar contenidos conceptuales defectuosos o erróneos que se derivan de un desconocimiento de la doctrina y práctica jurídicas sobre esta importante materia; y, 2) por una falta de decisión política.

De todas las Constituciones del siglo pasado únicamente las Cartas Políticas de 1851, de 1869 y de 1878 considerarían determinados aspectos del control constitucional. Así, la efímera Constitución de 1851 -caracterizada por cierta originalidad en no pocas materias- al estructurar al Consejo de Estado, dotándole de mayor independencia, establece como su primera atribución:

"Velar sobre la observancia de la Constitución y de las leyes, dirigiendo al Poder Ejecutivo, bajo su responsabilidad, en caso de omisión, las reclamaciones correspondientes hasta por segunda vez; y, dar cuenta a la Asamblea Nacional en su próxima reunión." (Art.82).

Como se observa, la atribución abarca también el control de la legalidad además del control constitucional. Cuestión que se considera inadecuada, como luego se verá. Asimismo, nótese que el control se dirige exclusivamente al Ejecutivo, no a los otros órganos del Estado, y la potestad para ejercer dicho control se reduce a reclamar por dos ocasiones y en caso de no ser escuchado dar cuenta al Legislativo.

En la Constitución de 1869, García Moreno establece con mas acierto el control llamado preventivo de la constitucionalidad de las leyes. Esto ocurre cuando cuando el Presidente de la República no sanciona un proyecto de ley por considerarlo inconstitucional y hay divergencia con el Legislativo:

* Profesor de Introducción al Derecho y Derecho Constitucional de la P.U.C.E.

** Texto tomado de la 2ª edición actualizada de "Instituciones Políticas y Constitución del Ecuador", que saldrá próximamente

"Si a pesar de la insistencia de ambas Cámaras, el Ejecutivo sostuviere que el proyecto es contrario a la Constitución, lo pasará a la Corte Suprema, la cual se limitará a declarar si es o no contrario. En el último caso se promulgará y tendrá fuerza de ley." (parte final del Art.43).

Aquí, por vez primera, se da al órgano máximo del Poder Judicial una atribución suficiente para decidir sobre la constitucionalidad de un proyecto de ley. Este control es distinto del que se realiza con posterioridad, cuando la ley ha sido sancionada y promulgada. Por este motivo se habla de control previo y reviste importancia ya que la decisión de tachar de inconstitucional a un proyecto de ley no debe quedar en la sola voluntad del Ejecutivo.

La Constitución de 1878 recoge esta norma de la Carta Garciana y la inserta con mayor claridad en el artículo 60 que señala:

"Si el proyecto de ley fuere objetado como contrario a la Constitución, y las Cámaras Legislativas insistieren en él, el Poder Ejecutivo lo remitirá inmediatamente a la Corte Suprema de Justicia, para sólo el efecto de que declare si es o no contrario a la Constitución, y si se resolviere no serlo, se pondrá en ejecución en el acto."

Este control previo se perderá en las Constituciones ecuatorianas hasta el advenimiento de la de 1929; deduciéndose que nuestros constituyentes no le dieron la debida importancia, quizá por desconocimiento.

Habría que esperar la segunda Constitución liberal de 1906 para volver a establecer como atribución del Consejo de Estado el "velar por la observancia de la Constitución y las leyes", como lo dispuso la Carta Política de 1851, pero esta vez se amplió el campo del control constitucional al agregarse que el Consejo de Estado debía:

"...proteger las garantías constitucionales, excitando para su respeto e inviolabilidad al Poder Ejecutivo, a los Tribunales de Justicia y a las demás autoridades a quienes corresponda." (Art.98, numeral 1).

Es decir, se refiere a la protección de los derechos fundamentales reconocidos por la misma Carta Política y que el constitucionalismo latinoamericano, de modo general, confunde con las garantías. También se amplía la esfera de quienes deben respetar la constitucionalidad y la legalidad. Sin embargo, no se determinan las consecuencias jurídicas por incumplir la excitativa.

La Constitución de 1929, que inaugura en el Ecuador la era del constitucionalismo social, mantiene en este punto el mismo espíritu de las Cartas de 1851 y de 1906, con la fórmula ampliada de esta última, otorgando idéntica atribución al Consejo de Estado para velar por el cumplimiento de la Constitución y de las leyes. Pero también se agrega un segundo numeral relativo a los decretos y reglamentos inconstitucionales o ilegales que dictare el Ejecutivo, frente a los cuales el Consejo de Estado puede declarar su nulidad y se procederá por acción popular. Además, esta entidad dará curso a las denuncias que se presenten por violación de la Constitución y de las leyes (numerales 1.2 y 3 del Art.117).

Finalmente, la Carta de 1929 recoge el control previo (de 1869 y 1878) frente a un proyecto de ley o también de decreto, tachado de inconstitucional sea por el Ejecutivo o por el Consejo de Estado o por los dos, debiendo remitirse a la Corte Suprema si el Congreso Nacional insistiere, para que dictamine en forma definitiva sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad, en un plazo máximo de ocho días (Art.67):

2. Aparición del Tribunal de Garantías Constitucionales

La Carta de 1929 dio un paso mayor que las anteriores en materias de control constitucional, preparando el camino para lo que dispondrá la Constitución de 1945. No se olvide que el Consejo de Estado conocía diversas materias y asuntos administrativos, una especie de órgano consultor del Ejecutivo y en receso del Congreso tomaba facultades propias de la Legislatura. Una adecuación no muy eficaz del modelo napoleónico francés. Entre esas diversas materias constan: el control de la legalidad que da lugar al contencioso administrativo (función inherente al Consejo de Estado según el modelo napoleónico) y el control de la constitucionalidad, establecido de un modo impreciso. La Carta de 1946 retornará por última vez a este esquema del Consejo de Estado.

Lo dicho explica el por qué al ser creado el Tribunal de Garantías Constitucionales en la Constitución de 1945, tendrá como atribuciones aquellas que le son propias a un órgano establecido para el control constitucional y otras que no se refieren a esta materia. Además de que el Tribunal de Garantías estaba llamado a reemplazar al Consejo de Estado que fuera suprimido por aquella Constitución.

Y explica también la razón de que no se haya tomado de mejor manera a la institución cuyo modelo quiso seguirse y que constaba en la Constitución de la República Española de 1931, la cual en su artículo 121 establecía un Tribunal de Garantías

Constitucionales competente, entre otras cosas, para conocer: "el recurso de inconstitucionalidad de las leyes" y "el recurso de amparo de garantías individuales, cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades". (1)

A pesar de las otras atribuciones que se otorgaban al Tribunal de Garantías Constitucionales en 1945, como aquellas que le dan jurisdicción en lo contencioso administrativo o que le vinculan con el juicio político de la Legislatura, a pesar de ello -decimos- se perfila claramente que la función principal de este nuevo órgano tiende al control de la constitucionalidad por sobre los defectos que puedan observarse. De este modo busca instaurarse en el constitucionalismo ecuatoriano el nuevo sistema de justicia constitucional (modelo kelseniano), creando un órgano específico para tal finalidad aunque con atribuciones disímiles que tienden a la dispersión de la materia y del objeto.

Lamentablemente la Constitución de 1945 y con ella el Tribunal de Garantías tendrían una duración efímera. En 1946 se da una nueva Carta Política donde se vuelve a reestructurar el Consejo de Estado y entre sus facultades retorna la del control de la constitucionalidad.

Posteriormente la Constitución de 1967, bajo el título de "Otros organismos del Estado", reincorpora nuevamente al Tribunal de Garantías Constitucionales y mantiene sus atribuciones dentro del esquema de 1945 con algunas variantes, así por ejemplo, se suprime la expresa disposición por la que se le otorgaba jurisdicción en lo contencioso administrativo y a cambio se le confiere otras facultades que nada tenían que ver con la función específica que quería dársele, de control constitucional.

Se le quita, además, la atribución de suspender las leyes inconstitucionales y se la transfiere a la Corte Suprema de Justicia; igualmente se suprime la posibilidad de realizar un control previo sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley y queda implícitamente tal decisión en manos del presidente de la República, de objetar un proyecto de ley si lo estimare inconstitucional.

De este modo, el modelo kelseniano considerado por la doctrina jurídica como un sistema de control concentrado de la constitucionalidad (porque radica en un órgano creado exclusivamente para ello, al contrario del modelo norteamericano que es un control difuso), queda reducido en el Ecuador a un control disperso que será

(1) Como se sabe, la Constitución de la República española de 1931 tomó a su vez el modelo de la Constitución de Austria de 1920 donde ejerciera su influencia positiva el Profesor Hans Kelsen, creador y magistrado de la Alta Corte Constitucional de Austria.

ejercido en unos casos por el Tribunal de Garantías Constitucionales, en otros por la Corte Suprema de Justicia y en no pocas veces por el presidente de la República.

Estos aspectos sumados a la falta de una real autonomía e independencia del Tribunal de Garantías frente a los clásicos Poderes del Estado, hacen que este organismo tienda a debilitarse. En todo caso, será con es esquema de 1967 que la actual Constitución ecuatoriana delinearé las competencias del Tribunal de Garantías Constitucionales, introduciendo también algunas modificaciones.

3. El Control Constitucional en la Carta Política Vigente (I)

Nuestra Constitución vigente establece en su Tercera Parte (la última del texto constitucional), titulada "DE LA JERARQUIA Y CONTROL DEL ORDEN JURIDICO", dos aspectos normativos que guardan coherencia entre sí.

En primer lugar, ella consagra el principio de la supremacía constitucional en donde se proclama la Constitución como la ley suprema del Estado y señalase la conformidad que deben guardar con ella "las normas secundarias y las demás de menor jerarquía"; careciendo de validez aquellas normas jurídicas que "de cualquier modo, estuvieren en contradicción con la Constitución o alteraren sus prescripciones" (actual Art. 140).

Luego pasa a referirse al Tribunal de Garantías Constitucionales y determina el sistema mediante el cual esta institución deberá ejercer el control de la constitucionalidad en el Ecuador.

Para analizar el sistema de control constitucional implantado por la actual Constitución ecuatoriana de 1978-79, tenemos necesariamente que referirnos a tres momentos diferentes:

- 1) El sistema que trajo el texto constitucional al momento de su vigencia el 10 de agosto de 1979;
- 2) Los cambios introducidos en dicho sistema por las reformas constitucionales del 1º de septiembre de 1983; y,
- 3) La reestructuración impuesta por las recientes reformas a la Carta Política del 23 de diciembre de 1992, codificadas el 5 de mayo de 1993 (RO Nº 183).

Para este análisis tomaremos primero la composición, requisitos y otras regulaciones relativas a la integración del Tribunal de Garantías, luego examinaremos las atribuciones.

3.1. La Composición del Tribunal en el Sistema de 1979

En esta materia, la Carta Política vigente recogió, con algunas variantes, los esquemas organizativos de las anteriores Constituciones de 1945 y de 1967.

Si bien el número de miembros se aumentó a once, para la integración del Tribunal se recurrió (como lo hicieron las dos Constituciones anteriores) a representantes de los tres clásicos Poderes del Estado, a ciertos funcionarios superiores y a otras representaciones que podríamos clasificarlas de funcionales, de aquellas utilizadas en el ámbito político para la defensa de los intereses profesionales. La composición fue la siguiente:

- Tres miembros elegidos por el Legislativo que, aunque no se dispuso expresamente, fueron diputados;
- El presidente de la Corte Suprema de Justicia;
- El procurador general;
- El presidente del Tribunal Supremo Electoral;
- Un representante del presidente de la República;
- Un representante de los trabajadores;
- Un representante de las cámaras de la producción; y,
- Dos representantes dichos por la ciudadanía, uno elegido por el colegio electoral de los alcaldes del país y el otro, por los prefectos provinciales. Los designados fueron siempre un alcalde y un prefecto.

En esta ocasión la norma constitucional omitió referirse a la designación de los miembros suplentes o alternos, punto que quedaría para ser regulado por la ley respectiva. Con excepción de los declarados miembros natos del Tribunal: el presidente de la Corte Suprema, el procurador general y el presidente del Tribunal Supremo Electoral, los demás miembros duraban escasamente el período de un año pero podían ser reelegidos. Las Constituciones de 1945 y de 1967 habían establecido un período de dos años.

Igualmente, a excepción de los miembros natos del Tribunal y también de los tres legisladores, se estableció como únicos requisitos para el desempeño de esta

función: ser ecuatorianos por nacimiento, gozar de los derechos de ciudadanía y tener la edad mínima de 25 años.

Quienes elaboraron esta Constitución (siguiendo las pautas de las Constituciones anteriores de 1945 y de 1967) no consideraron necesario poseer una formación jurídica para el ejercicio del control constitucional.

Estamos seguros de no equivocarnos al señalar que este fue uno de los mayores errores del sistema ecuatoriano. ¿Acaso se pensó que se trataba de un control meramente político de la constitucionalidad? No es posible imaginar siquiera que nuestros constituyentes desconocieran todo el sistema de control jurisdiccional que, desde los albores del siglo pasado, se estableciera en los Estados Unidos de Norteamérica para que las leyes no violen la Constitución y poder garantizar -al mismo tiempo- el respeto a los derechos fundamentales.

Si para 1945 se ignoraba en el Ecuador los postulados del jurista Kelsen sobre esta materia, difícil es pensar que para 1967 y más aún para 1978 se ignoren el desarrollo que alcanzaban en Europa (e incluso en nuestro mismo continente) las Cortes o Tribunales Constitucionales, el papel específico que correspondía a sus jueces y la profusa bibliografía sobre la denominada justicia constitucional, entre cuyos publicistas se destacan los profesores Mauro Cappelletti (de Italia) y Héctor Fix-Zamudio (de México).

Pero, volvamos sobre la extraña composición de un Tribunal de control constitucional, donde están un representante de los trabajadores y un representante de las cámaras de la producción. El primero ya estuvo presente en la Constitución de 1945 y el segundo aparece como novedad en la actual Carta Política, seguramente con la idea de contrapesar a la representación laboral. La Constitución de 1967 pasó por alto la inclusión del trabajador y en su lugar puso al presidente del Tribunal Supremo Electoral.

Esta forma de integrar a una institución pública es muy aceptable si ésta se desenvuelve en un ámbito puramente político que no exige una técnica depurada y en sus decisiones prima este carácter político, que obviamente no debe contradecir al ordenamiento jurídico. Ejemplos de estas instituciones son el Legislativo y el Ejecutivo.

Pero en órganos como las Cortes de Justicia donde, aunque influya el factor político, su actuación está sujeta a una técnica jurídica muy propia y en sus resoluciones tiene que primar el razonamiento jurídico por sobre cualquier criterio personal o

ideológico que se tenga. Y en este campo se desenvuelven también las Cortes Constitucionales, aunque se denominen Tribunal de Garantías Constitucionales como sucedió en la Constitución española de 1931 o en la de Perú de 1979, o simplemente Tribunal Constitucional como en las Constituciones vigentes de España o de Chile.

Al respecto, recordemos que en el Ecuador se dio la representación funcional para que justamente los diversos estamentos sociales organizados puedan estar presentes en el Congreso Nacional, para defender sus legítimos intereses profesionales y de clase. Esta representación la trajo la Constitución de 1929 y continuó en las posteriores (de 1945, 1946 y de 1967).

Lamentablemente y sin fundamento sólido, la actual Carta Política suprime la representación funcional de las fuerzas sociales organizadas, pero de modo erróneo incluye a dos de ellas (trabajadores y cámaras de la producción) en la composición de un organismo eminentemente técnico, en el cual prevalece una especial técnica jurídica: aquella que la doctrina de los juristas, unida a la experiencia casi universal de las últimas décadas, ha establecido para el control de la constitucionalidad.(2)

Por último, el incluir en la composición del Tribunal de Garantías a dos representantes "de la ciudadanía" y dar esta representación a un alcalde y a un prefecto provincial tampoco es adecuado. Ya la Constitución de la República española de 1931, tomando las enseñanzas de Kelsen, establecía que esta institución debe estar conformada, entre otros, por cuatro profesores de las Facultades de Derecho y dos juristas elegidos por los Colegios de Abogados de España. Aspectos que han sido recogidos por la mayoría de los Estados.

Esta deficiencia del Tribunal de Garantías Constitucionales se agrava cuando los requisitos para poder desempeñar esta función se simplifican excesivamente, cuando no se necesita tener formación ni experiencia jurídicas y con miembros que apenas duran un año.

Otro punto inadecuado fue la composición del Tribunal de Garantías con determinados funcionarios superiores del Estado (procurador, presidente del Tribunal Supremo Electoral, presidente de la Corte Suprema de Justicia), un alcalde y un prefecto.

La objeción radica en que estos altos funcionarios del Estado (incluyendo a los dos representantes de la ciudadanía) por los mismos cargos que desempeñan -complejos

(2) Hemos insistido que ni siquiera en los países del bloque marxista-leninista que crearon Cortes Constitucionales las integraron con trabajadores. Se exigían que fueran juristas. Esto sucedió en la ex-Yugoslavia y ex-Checoslovaquia, también en Polonia.

y absorbentes- no tienen la suficiente disponibilidad de tiempo para dedicarse por entero a otras labores, no menos complejas, que requieren la presencia permanente de sus miembros. No se olvide, además, que estos altos funcionarios, en nuestro país como en otros, tienen un sinnúmero de representaciones establecidas por la ley, ante diversos organismos del Estado lo que dificulta un eficaz desempeño de los cargos. Igual cosa podríamos decir de los legisladores.

3.2. Reformas Constitucionales de 1983 y la Nueva Composición

Como lo dijimos en su oportunidad, las reformas constitucionales de 1983 tuvieron algunos aspectos positivos para el Tribunal de Garantías Constitucionales (3). En lo relativo a su composición, tema que nos ocupa, la reestructuración fue menor y esta composición del Tribunal de Garantías no va a sufrir alteración en las recientes reformas de 1992, por lo tanto al momento actual se mantiene la siguiente integración junto con el procedimiento de designación:

- El Congreso Nacional elige a tres miembros que no deben ser legisladores; esto último permite que puedan dedicarse por entero a sus funciones sin tener que compartir la doble calidad de legislador y miembro del Tribunal;
- El presidente de la República envía dos ternas para que la Legislatura designe a dos miembros; estos representantes del Ejecutivo no pueden ser empleados de libre nombramiento y remoción del presidente de la República, lo cual les da cierto grado de independencia en sus actuaciones;
- La Corte Suprema de Justicia remite dos ternas al Congreso Nacional, cuidando de no incluir en ellas ni al presidente ni a los ministros y conueces de la Corte Suprema. Esto tiende particularmente a que los magistrados de Justicia al conformar las ternas no busquen participar en ellas ni se produzcan conflictos por esta causa en el seno de la Corte;
- En representación de la ciudadanía se envían dos ternas: la una es elaborada por los alcaldes del país y la otra por los prefectos provinciales, luego de haber conformado los respectivos colegios electorales en presencia de las autoridades del Tribunal Supremo Electoral. Siguiendo con los criterios anteriores, estos dos miembros que se consideran como representantes de la ciudadanía no pueden ser alcaldes ni prefectos provinciales;

(3) Ver: "Un cuestionamiento a las reformas constitucionales de 1983". Revista de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, N° 40 de noviembre 1984, Quito, pág.15 y siguientes.

- Finalmente, los dos últimos miembros del Tribunal de Garantías Constitucionales siguen siendo un representante de los trabajadores y un representante de las cámaras de la producción. El Congreso Nacional para realizar estas representaciones recibe -al igual que en los casos anteriores- las respectivas ternas: una de las centrales nacionales de trabajadores inscritas legalmente y otra de las cámaras de la producción reconocidas por la ley (las directivas de estas organizaciones concurren al Tribunal Supremo Electoral y se constituyen en colegios electorales a fin de elaborar las ternas):

De la misma manera se elige un suplente por cada principal. Como se observa, el número de once miembros no se ha alterado, la designación de ocho miembros (a excepción de los representantes del Congreso) se hace mediante ternas, lo cual es mejor, y en la integración del Tribunal participan principalmente los tres clásicos Poderes del Estado, aumentándose la representación del Ejecutivo y del Judicial.

Las reformas constitucionales de 1983 introdujeron determinadas incompatibilidades con la función de miembro de Tribunal de Garantías: no podrían desempeñar ningún otro cargo público, ni ejercer funciones directivas en los partidos políticos, ni intervenir en contiendas electorales, mientras dure el ejercicio de sus funciones.

Asimismo estas reformas extienden el período de duración para todos los miembros del Tribunal a dos años (como constó en la Carta de 1945 y de 1967). Sin embargo este período es demasiado breve y supedita al Tribunal al vaivén de las fuerzas electorales. Esto revela una falta de confianza en el organismo y en los integrantes que lo conforma. Si bien es verdad que el constitucionalismo ecuatoriano casi nunca utilizó períodos largos para el desempeño de las funciones superiores del Estado, muy pocas fueron las excepciones en este sentido. El mismo período de duración de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia osciló entre los cuatro y los seis años como máximo. El período de duración será objeto de reforma en 1992.

En cuanto a los requisitos que deben reunir los miembros del Tribunal de Garantías, las reformas constitucionales de 1983 consideraron que los tres representantes del Legislativo, los dos del Ejecutivo y los dos del Judicial debían llenar los requisitos exigidos para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia, que entre otros requisitos pide ser doctor en jurisprudencia y un ejercicio probado de la abogacía, de la judicatura o de la cátedra universitaria en ciencia jurídica durante quince años.

Estos requisitos exigidos a siete de los miembros guardaban conformidad con la naturaleza del organismo de control constitucional. Pero, tal conformidad se rompe al no exigir a todos los once miembros iguales requisitos. Seguramente con criterios

políticos las reformas de 1983 establecieron como únicos requisitos para los cuatro miembros restantes que fueran ecuatorianos por nacimiento y estuvieran en goce de los derechos de ciudadanía.

A más de no pedirse formación jurídica se omitió fijar edad alguna (la Constitución de 1945 exigía 25 años y la de 1967, 30 años), lo que significaba que un ecuatoriano a partir de los 18 años estaba capacitado para integrar el Tribunal de Garantías Constitucionales, en lo que correspondía a los dos representantes de la ciudadanía y a los dos representantes de los trabajadores y cámaras de la producción.

Esta infundada y excesiva simplificación de los requisitos, añadida a la forma de integrar el Tribunal de Garantías, afectará el normal desenvolvimiento de esta institución.

3.3. Composición del Tribunal y Reformas Constitucionales de 1992

Al ser publicadas en el Registro Oficial (Suplemento N_93 de diciembre 23 de 1992) Las reformas a la Constitución vigente, se pone en marcha una nueva reestructuración del Tribunal de Garantías Constitucionales y una mayor, de la Función Judicial.

En cuanto tiene que ver con las composición del Tribunal de Garantías, se mantiene inalterable la norma establecida por las reformas constitucionales de 1983. Es decir, lo relativo a la procedencia de los once integrantes y a la forma de designarlos. Sobre este punto reiteramos nuestra crítica hecha anteriormente.

Aspectos positivos de estas reformas son: las concernientes a unificar los requisitos que deben llenar los once miembros del Tribunal de Garantías y sus suplentes; el disponer que todos tengan la formación jurídica, requiriendo el título de doctor en jurisprudencia o de abogado, además de la edad mínima de 40 años que se entiende da madurez y experiencia jurídica.

Es positiva la ampliación a cuatro años del período de duración con posibilidad de reelección indefinida, esto permitirá una mayor estabilidad. Vale señalar que en la mayoría de países que tienen una Corte o Tribunal Constitucional los períodos de duración van entre seis y doce años.(4)

(4) Por ejemplo, en Alemania el período es de doce años; en Italia, Francia y España duran nueve años; en Chile y Colombia ocho años; en Perú seis años.

De este modo se superan las deficiencias que sobre estos puntos trajeron las anteriores Constituciones y la actual. Las otras reformas de 1992 se refieren a los siguientes aspectos:

- La Comisión de Asuntos Judiciales del Congreso Nacional deberá, previamente a la designación, informar sobre la observancia de los requisitos e idoneidad de los candidatos. En caso de no reunir los requisitos exigidos, el Congreso Nacional puede devolver las ternas para la sustitución de los candidatos.
- Los miembros del Tribunal de Garantías serán elegidos con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros. Anteriormente la designación se hacía por mayoría simple. Esta votación de los dos tercios si bien impone que exista un consenso entre los legisladores frente a la idoneidad de los candidatos; también podría tener inconvenientes, sobre todo si hay que "negociar" el consenso.
- Además de las incompatibilidades establecidas por las reformas de 1983, para los miembros del Tribunal de Garantías se agrega la prohibición de ejercer la profesión mientras dure el ejercicio de sus funciones, lo cual es muy acertado y acorde con la ética de la función pública.

Por último, como se había regulado desde la Constitución de 1945, a los miembros integrantes del Tribunal se los reviste de inmunidad -semejante a la de los legisladores- durante el tiempo en que ejercen sus funciones, para garantizar la independencia y la libertad de sus actuaciones. Es decir no podrán ser procesados ni privados de su libertad salvo el caso de delito flagrante, el mismo que deberá ser previamente calificado como tal por la Corte Suprema de Justicia. Esta calificación previa fue introducida en la actual Constitución por las reformas de 1983.

También en otros países con órganos similares al nuestro, para garantizar la independencia de quienes realizan el control constitucional se establece expresamente, sea en la Constitución o en la ley respectiva, que son inamovibles en el ejercicio de sus funciones y no pueden ser revocados o destituidos sino por motivos muy excepcionales que suelen ser enumerados taxativamente. De este modo se evita que los miembros de un Tribunal Constitucional actúen por temor y cedan a las presiones que el poder político podría estar tentado de ejercer sobre ellos.

Esto contrasta con nuestro sistema en que, de un modo bastante amplio, se puede enjuiciar políticamente a los miembros del Tribunal de Garantías por cualquier tipo de infracciones que cometan en el ejercicio de sus funciones. No es que se busque disminuir sus responsabilidades, sino de puntualizar objetivamente los casos de de-

terminada gravedad que permitirían al Congreso iniciar el juicio político para una posible destitución.

Respecto de los miembros del Tribunal de Garantías, de los vocales del Tribunal Supremo Electoral y de los magistrados de la Corte Suprema creemos que para fortalecer su independencia debería consagrarse en la Constitución que son inamovibles durante el período de sus funciones y, al mismo tiempo, señalar de modo expreso y taxativo las causas por las que podrían ser enjuiciados políticamente.

Examinada la composición del Tribunal de Garantías Constitucionales, con los requisitos y otras regulaciones relativas a sus integrantes, pasemos a analizar las diversas atribuciones que le han sido conferidas.

4. El Control Constitucional en la Carta Política Vigente (II)

Al examinar las atribuciones concedidas al organismo de control de la constitucionalidad ecuatoriana, cabe señalar desde ya que la actual Constitución esbozó tímidamente las competencias del Tribunal y no llegó a otorgarle un poder de decisión suficiente en la esfera de su actividad. Además de que el control de la constitucionalidad no quedaba exclusivamente en manos del Tribunal de Garantías. Como señalamos anteriormente, será un control disperso.

Siguiendo el sistema implantado por la Constitución de 1967, quienes elaboraron la actual Carta Política ecuatoriana distribuyeron el control constitucional entre la Corte Suprema de Justicia, el presidente de la República (al suprimir el control previo) y principalmente con el Congreso Nacional, a quien se atribuía -a título de ser la Función Legislativa del Estado- la resolución final en todas las posibles controversias que puedan suscitarse en el control de la constitucionalidad de leyes y de otras normas jurídicas. Tal atribución, de decidir en última instancia, otorgada al Congreso traduce la debilidad del organismo que se supone creado para unas funciones que le debían ser propias y exclusivas; y, refleja nuevamente -como ya se dijo- la desconfianza hacia esta institución y sus miembros.

Esta particular concepción responde a lineamientos defectuosos establecidos en las anteriores Constituciones. La Carta de 1945 que trajo por primera vez al Tribunal de Garantías, a pesar del modelo español de 1931, prefirió reservar al Congreso el dictamen sobre las inconstitucionalidades que el Tribunal pueda establecer "en primera instancia". Aparte de que este organismo estuvo diseñado, también, para ejercer el control de la legalidad.

LINEAMIENTOS PARA UN NUEVO CODIGO PENAL**

Dr. Ernesto Albán Gómez *

I.- Punto de Partida

Es de sobra conocido el cáustico comentario de Jiménez de Asúa sobre el Código Penal de 1938, que cincuenta y cinco años después todavía nos rige, aun cuando ha sido objeto de múltiples reformas y sucesivas codificaciones: " En puridad (este Código) es el mismo de antes, como el de 1906, a través del de 1889, era el de 1872, al que se le habían hecho incrustaciones de la legislación italiana, sin que faltasen reminiscencias del Código español. En suma, la vieja estructura del belga pervive todavía con novedades tomadas del Código argentino y del fascista de 1930... A pesar de su fecha relativamente reciente (Jiménez de Asúa escribía estas frases en 1949), este Código Penal del Ecuador es de añeja factura y su pie de imprenta moderno no puede engañar a los conocedores de la materia: es un Código cronológicamente nuevo, que debe figurar entre los antiguos" (Tratado de Derecho Penal, Tomo I, pp. 1328-1329).

He traído a colación esta cita únicamente para reafirmar la urgente necesidad, que se ha sentido y expresado en los círculos especializados, de expedir una nueva legislación en materia penal. Si en 1949, el Código, a los ojos de un penalista, parecía viejo, ¿que podrá parecer hoy, cuando la doctrina penal ha incorporado en las últimas cuatro décadas tantos y tan importantes avances? Por cierto, que el plantear este propósito de renovación y el llevarlo adelante, no se deben a un simple prurito de adherirse, si se me permite el término, en forma novelera, a las teorías de moda. No. La necesidad es mucho más profunda y básicamente se sustenta en las serias limitaciones que encontramos en el actual Código como para considerarlo un instrumento adecuado, puesto en manos de los jueces para resolver con acierto y eficacia las difíciles cuestiones que deben conocer y juzgar.

Pero no seguiré adelante sin recordar una verdad, que ustedes la conocen perfectamente: ni las conocidas deficiencias de la administración de justicia ni los problemas sociales y humanos que de ello se derivan se corregirán automáticamente por la expedición de un nuevo Código Penal, por sabio y progresista que pudiera ser. Será necesario introducir también fundamentales enmiendas en el procedimiento y en el sistema de ejecución de las penas. Y aun esas reformas serán insuficientes, pues los factores que inciden en este fenómeno se originan en causas muy distintas, cuya corrección no pasa necesariamente por una reforma legal. Pero, de todos modos, ésta debe ser impulsada, pues un Código Penal que reúna dos básicas condiciones, ser moderno y democrático, sí puede contribuir a este objetivo en forma significativa.

* Profesor de Derecho Penal de la P.U.C.E.

** Conferencia presentada en el III Seminario de Derecho Penal y Criminología, MAYO 1993, P.U.C.E.

Quizá convenga aclarar otro posible equívoco. Hay otros sectores de la opinión pública e inclusive del foro que también reclaman una reforma penal, que así mismo estiman urgente y necesaria; pero lo hacen bajo el supuesto de que las actuales leyes son demasiado blandas y, según afirman, ésta es una de las causas que ha provocado el aumento de la delincuencia en los últimos años. Si se admitiera este supuesto, en rigor no haría falta un nuevo código sino tan solo una reforma muy puntual, que se concretaría en el aumento sistemático de las penas, en el establecimiento de la acumulación de las mismas y de otros mecanismos similares. Un buen ejemplo de esa tendencia francamente represiva se manifestó con la aprobación de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, vigente desde septiembre de 1990, que recoge una buena parte de este repertorio de severidades. En el anterior Seminario de Derecho Penal y Criminología, organizado por la Facultad en 1991, tuve ya la oportunidad de criticar los contenidos de esa Ley y de manifestar mi pesimismo, hoy confirmado, sobre los resultados que se esperaba alcanzar. Con tal antecedente, es obvio suponer que soy absolutamente contrario a la idea de un nuevo Código Penal orientado en ese sentido. Si tal cosa llegara a ocurrir estaríamos, por supuesto, en un caso de involución y no de adelanto. Aunque hay que reconocer que muchas veces estos fenómenos ocurren.

2.- El Anteproyecto de la Pequeña Comisión

No ha sido ése ciertamente el espíritu que ha prevalecido dentro del grupo de profesores universitarios del país, que ha trabajado en los últimos meses, con el patrocinio de la Corte Suprema de Justicia, en la elaboración de un anteproyecto de un nuevo Código Penal. Esta Pequeña Comisión, como así se conoce, ha estado integrada por los doctores Efraín Torres Chaves, Milton Román, Alfonso Zambrano Pasquel, Arturo Donoso y por quien les habla. Su trabajo pasará luego al análisis y discusión de una gran Comisión, mucho más amplia; pero se quiere además que sea divulgado entre los distintos sectores sociales, profesionales y académicos interesados en el asunto. La idea es naturalmente que el proyecto se perfeccione, se enriquezca con el aporte, no sólo de los especialistas, sino del conjunto de la sociedad, pues consideramos que en materia penal, todos los ciudadanos tenemos algo que decir.

Es también obvio suponer que algunas de las innovaciones que el proyecto introduce en relación a la legislación vigente provocarán un debate, posiblemente acalorado. Creo que esto es característico de la naturaleza del derecho penal. Ante tal posibilidad, hay que decir que es bienvenido el debate, la contraposición de ideas, el planteamiento de alternativas, si todo este clima contribuye a modernizar nuestra legislación, ahora que tanta importancia le damos a este postulado de modernización; pero también a democratizarla, a hacer de ella definitivamente un instrumento de la

justicia, un mecanismo de protección de los derechos de la persona y de la sociedad, sobre todo de aquellos sectores para quienes este ideal resulta mucho más difícil de alcanzar. En esa perspectiva y con esas preocupaciones ha trabajado la Pequeña Comisión.

Por cierto que el proyecto no es el trasunto de los postulados de alguna escuela penal o de una tendencia doctrinaria en concreto. No hemos tomado partido en la controversia entre causalistas y finalistas, ni en ninguna otra. Un Código no es conjunto de disquisiciones y elucubraciones teóricas. Tampoco es un tratado de Derecho Penal en el que se definen conceptos y se clasifican instituciones. Es un conjunto de normas prácticas que tienen que ser aplicadas por los jueces y debe ser por lo tanto un texto de redacción clara y de fácil comprensión. Debe evitar en lo posible, el utilizar tecnicismos o fórmulas que estén sometidas a una ardua discusión entre los penalistas. Por otra parte, un Código es un texto destinado a regir por muchos años y no puede arriesgarse a recoger criterios que a lo mejor pueden pasar de moda en poco tiempo.

A ese anteproyecto de Código, concebido con estos criterios, que pretenden innovar sí, pero no deslumbrar ni asombrar, me referiré en esta exposición, que se escribe cabalmente en este afán de divulgar el trabajo de la Comisión y promover un amplio debate. De todos modos, mis observaciones y comentarios versarán sobre la parte general del mismo, pues la Comisión no cuenta todavía con una versión avanzada de la parte especial, aun cuando ya se ha establecido algunas coincidencias sobre algunos temas básicos, como son por ejemplo, la necesidad de descriminalizar un sinnúmero de conductas que actualmente agobian el libro segundo del Código, pero también la de crear nuevos tipos penales en relación con aspectos emergentes de la vida social; el reordenamiento de los títulos en que actualmente se divide la parte especial; el esfuerzo por recoger en el Código delitos dispersos en leyes no penales, etc.

3.- Reformas Fundamentales

La legislación penal parte sin duda de la aceptación de ciertos principios básicos, con un alto contenido filosófico y político, elaborados por la doctrina y recogidos en las declaraciones universales de derechos, en las constituciones en las leyes; pero, luego, desarrolla esos principios en una serie de disposiciones prácticas destinadas, como he dicho, a ser utilizadas por los jueces todos los días. Por cierto que el Código vigente reconoce algunos de estos principios: aunque en algunos casos las fórmulas que utiliza merecen serias críticas. Pero más grave todavía es que en esos desarrollos concretos, el propio Código abunda en excepciones que mediatizan su alcance, o los contradice, o deja sin resolver cuestiones importantes.

La Comisión pensó, primero, que era indispensable asegurar la plena vigencia de esos principios básicos, tratando de encontrar las formas legales que los garanticen

plenamente; y permaneciendo alertas para evitar que se introduzca en el texto alguna eventual contradicción. Pero, además ha querido asegurar en el conjunto de sus disposiciones un tratamiento completo, coherente y fundamentado de las instituciones básicas del Derecho Penal.

Para que ustedes conozcan y evalúen las propuestas de la Comisión, me referiré en concreto a algunos de estos temas. Destacaré, sobre todo, las novedades que se introducirían en relación a la actual legislación. En algunos casos se ha buscado solamente el incorporar los aportes que el Derecho Penal ha ido consolidando en estos últimos años. En otros casos, las propuestas significan el adoptar una posición diferente frente al papel que cumple y debe cumplir la legislación penal en la sociedad ecuatoriana; y me anticipo a señalar que algunas de tales novedades pueden resultar muy controversiales.

3.1 Principio de legalidad

Los Arts. 1 y 2 del anteproyecto recogen de una manera expresa el principio de legalidad, con lo cual se lo reconoce como el punto de partida de todo el sistema penal y como la garantía básica del mismo. Pero no solamente se lo extiende a la previsión legal expresa y estricta, de los delitos y contravenciones, y de las penas consiguientes, sino también a las medidas de seguridad y a las situaciones en las cuales éstas pueden ser aplicadas. Aunque pudiera parecer redundante, se creyó necesario agregar que por ley se entiende la expedida mediante el procedimiento establecido por la Constitución, y que tanto ésta como los tratados internacionales vigentes deben ser respetados al interpretar las leyes penales.

Se determina también expresamente el carácter supletorio del Código Penal en relación a las normas de carácter penal constantes en leyes especiales, con lo cual se pretende, dada la imposibilidad real de recoger en él todas estas normas, al menos de unificar su aplicación. A mediano plazo se aspira a iniciar un amplio proceso de revisión de toda esta legislación dispersa, sometida en algunos casos a jurisdiccionales especiales y proclive, por lo mismo, a ser aplicada con violación de los principios fundamentales del Derecho Penal.

3.2 Aplicación de la ley Penal

El anteproyecto recoge los principios universalmente aceptados para la aplicación de la ley penal en el espacio, en el tiempo y en relación con las personas. Sin embargo, regula con mayor precisión los casos de extraterritorialidad y especialmente la retroactividad de la ley penal más favorable, que podrá aplicarse hasta que se agoten todos los efectos jurídicos del delito o de la condena.

3.3 El bien jurídico

Es un axioma en materia penal que no puede haber delito sin lesión de un bien jurídico penalmente protegido. En ocasiones, sin embargo, la interpretación de los tipos penales permite que tal cosa ocurra y los jueces, víctimas de un formalismo jurídico, se sienten obligados a sancionar conductas que son en realidad penalmente irrelevantes. Por eso se propone un artículo en el que se dice de una manera terminante que no hay delito sin un daño socialmente significativo para algún bien jurídico o sin ponerlo en peligro efectivo: pues precisamente en los llamados delitos de peligro, el riesgo de que esto suceda es mayor.

3.4 El delito de omisión

Siempre ha resultado difícil el establecer en la ley el alcance del delito de omisión, principalmente el de comisión por omisión u omisión impropia. En el anteproyecto se determina la punibilidad de quien omite evitar un resultado, cuando tenga un especial deber jurídico de actuar, como señala el Código actual; pero además cuando la omisión sea equiparable, en cuanto a su gravedad, a la producción activa del resultado. Esta es una condición indispensable para delimitar con exactitud la responsabilidad de quien omite una conducta, pues también en estos casos puede producirse una inconveniente interpretación extensiva.

3.5 Dolo y culpa

El tratamiento del dolo y de la culpa es un tema de especial complejidad, pero al mismo tiempo es un índice revelador del espíritu de una legislación penal. En este sentido, el anteproyecto comienza declarando que no hay infracción penal sin dolo o culpa, que han de abarcar tanto el resultado delictivo como cualquier elemento de agravación. Y que, por lo tanto, en materia penal no hay responsabilidad objetiva. Esta declaración tiene un profundo significado innovador en nuestra legislación, en la que actualmente abundan los casos de responsabilidad objetiva, en los cuales se le asigna a una persona un resultado, prescindiendo de todo análisis de la vinculación subjetiva del sujeto con el hecho y equiparando en no pocas ocasiones el dolo, la culpa y hasta el caso fortuito. (Ver , por ejemplo, los casos de plagio y muerte del Art. 189 o de aborto con muerte de la mujer del Art. 445).

En este punto la Comisión creyó necesario hacer una excepción al criterio general de no incorporar conceptos en el texto, pues consideró que en esta materia resulta inevitable el precisar el sentido del dolo, incluyendo en él el dolo eventual; y el de la

culpa, que se presta también a indebidas ampliaciones. Por eso en el anteproyecto se establece que obra con culpa el que infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y produce un resultado delictivo que no se representa o cuya probabilidad no acepta, y que con el cuidado debido no se hubiera producido. Se agrega, por cierto que las infracciones culposas son excepcionales y que sólo serán tales aquellas que la ley expresamente disponga.

Se ha eliminado por supuesto la presunción de dolo que contempla el Código actual (Art. 33), norma de extraordinaria gravedad que linda con la inconstitucionalidad y que solo se entiende como la manifestación de una inadmisibles comodidad procesal.

3.6 Legítima defensa

La actual regulación de la legítima defensa tiene dos serios inconvenientes. Por un lado utiliza un discutible sistema casuístico, que incluye entre otros casos la inaceptable y arcaica "defensa del honor conyugal"; y por otro lado, paradójicamente, no se refiere a la universalidad de derechos que pueden ser defendidos legítimamente. La redacción que se propone corrige estos dos defectos. Es una fórmula suficientemente comprensiva de todos los casos, manteniendo por supuesto los requisitos establecidos por la tradición jurídica para la existencia de la institución.

3.7 Estado de necesidad

También el estado de necesidad está defectuosamente regulado en el Código vigente. La propuesta de la comisión, sin pronunciarse sobre el punto doctrinario acerca de la naturaleza de la institución (pues en este caso, como en los demás, se utiliza la fórmula genérica de eximir de responsabilidad penal), establece con precisión los requisitos que deben reunirse para que proceda la eximencia: desproporción entre el mal causado y el mal evitado, necesidad racional del acto realizado, que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el agente y que el necesitado no tenga el deber jurídico de soportar el riesgo.

3.8 Cumplimiento de un deber

El Art. 18 del actual Código considera que no hay infracción cuando el acto está ordenado por la ley o determinado por resolución definitiva de autoridad competente. Se sugiere, en vez de ello, el eximir de responsabilidad al que obra en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio legítimo de un derecho, oficio, autoridad o cargo. De este modo se corrige la rigidez del enunciado, se unifican las dos situaciones en lo que tienen de validez y se suprime la exención expresa de obediencia debida, de peligrosas consecuencias.

3.9 Inimputabilidad

El anteproyecto mantiene, en concordancia con la legislación de menores, la inimputabilidad del menor de dieciocho años; y ha reemplazado la vieja fórmula psicologista de la legislación vigente: hallarse por enfermedad en tal estado mental que le imposibilite entender o querer, por otra que elimina la alusión a la enfermedad, fuente de dificultades, e incorpora elementos normativos: carecer en el momento del acto de la capacidad de representarse las consecuencias de su obrar, de comprender su criminalidad o de adecuar su conducta a dicha representación o comprensión.

Adicionalmente, se regula con mucho detalle, pero que pareció necesario, el tratamiento al que debe someterse la persona que resultare absuelta por esta causa y en especial el internamiento que pueda ordenar el juez en un establecimiento psiquiátrico. La idea central es que el juez controle el avance del tratamiento en forma periódica, durante el tiempo al que podría haber sido condenada esa persona de no mediar la situación de inimputabilidad.

3.10 Fuerza y coacción

El actual Código recoge, en el mismo Art. 18 al que me referí anteriormente, la vieja fórmula de los códigos francés y belga de eximir de responsabilidad a quien obra impulsado "por una fuerza que no puede resistir", que no pocas veces ha creado confusión al momento de aplicarla. El anteproyecto distingue, con mayor irresistible o coaccionado por la amenaza de un mal grave e inminente.

3.11 El error

Tampoco el Código vigente trata en forma sistemática y adecuada el tema del error en materia penal y apenas contiene unas cuantas disposiciones dispersas e incompletas. Parte, por cierto, de la presunción, que es más bien ficción, de que la ley es conocida por todos, por lo cual nadie puede alegar su ignorancia como causa de excusa. Superando esta concepción tradicional, en el anteproyecto se establecen como causas de eximencia el error racionalmente invencible acerca de algún elemento constitutivo de la infracción (error de tipo) o acerca de la criminalidad de la conducta (error de prohibición).

3.12 El factor cultural

Una novedad de muy singular significación es la eximencia a favor de quien, por razones de cultura o de costumbres, no comprende la criminalidad de su acto o no

se le puede exigir que adecue su conducta a dicha comprensión. La creación de esta eximencia es la consecuencia inevitable de reconocer que el Ecuador es un país en el que conviven personas pertenecientes a diversas culturas, aunque también se relaciona con el principio ya enunciado de que todo delito exige inevitablemente dolo o culpa. Pero esta incorporación sólo es posible y coherente si se elimina previamente la presunción de que la ley es conocida por todos.

3.13 Circunstancias atenuantes y agravantes

Mucho se discutió en el interior de la Comisión acerca de la conveniencia o no de determinar de una manera expresa una nómina de circunstancias atenuantes y agravantes, buscar una fórmula genérica o eliminar toda referencia a este punto para dejarlo exclusivamente en la decisión de los jueces. Finalmente se acordó establecer una lista de atenuantes, con la posibilidad de que el juez pueda ampliarla mediante un interpretación analógica y una lista cerrada de agravantes, es decir sin darle al juez la posibilidad de ampliarla. La diferencia se fundamenta en la naturaleza de unas y otras y en los distintos efectos que deberán tener al momento de fijar la pena correspondiente. Se aclara por lo demás que no constituyen circunstancias atenuantes ni agravantes los elementos que integran las figuras delictivas.

3.14 Iter críminis

El anteproyecto simplifica el tratamiento legal de las distintas situaciones del iter críminis. Mantiene el criterio de unificar bajo el nombre de tentativa, las situaciones que corresponden a tentativa propiamente tal y a delito frustrado. En consecuencia establece que hay tentativa cuando el agente realiza algunos o todos los actos de ejecución de un delito, pero éste no se produce por causas independientes de su voluntad. Unifica también el tratamiento del desistimiento y del arrepentimiento eficaz. Y elimina los conceptos de proposición y conspiración, dejando, si fuere del caso, que se los considere en la parte especial del Código.

3.15 Las personas responsables de las infracciones

Aunque sin hacer calificaciones, la propuesta distingue tres formas de responsabilidad en la producción de la infracción: la de los autores (suprimiendo la farragosa y casuística enumeración del actual art. 42), la de los instigadores y la de los cooperadores, distinguiendo a su vez entre estos últimos a los cooperadores necesarios y no necesarios. Se ha eliminado por lo tanto en este punto a los encubridores, con la intención de determinar que el encubrimiento sea tipificado como un delito autónomo.

Por otra parte, se dan reglas para resolver el conflictivo asunto de la comunicabilidad de las circunstancias y para el establecimiento de la responsabilidad cuando se comete un delito como directivo, órgano o representante de una persona jurídica, pues definitivamente sólo se considera a la persona natural como sujeto activo de infracción penal.

4.- El Sistema de Penas

Creo conveniente tratar por separado y en forma un tanto más extensa una cuestión que así mismo ocupa una buena sección del anteproyecto en su parte general. Me refiero al título quinto del mismo, en el que se incluyen los principios generales de la penalidad, las diversas penas en particular, la cuantificación y determinación de las mismas. Si en la temática examinada con anterioridad se establecen, sin duda, importantes modificaciones, estoy seguro de que las reformas que se plantean en esta materia son quizás las más significativas. Voy a concretar algunas de estas innovaciones que la Comisión considera decisivas.

4.1 Las penas

A primera vista la nómina de penas que se prevé puede parecer excesiva y hasta podría suponerse que de esta manera el sistema se complicaría aún más de lo que es ahora. Hay que reconocer por cierto que, en un primer momento, la aplicación de este nuevo sistema podría provocar alguna dificultad a los jueces, pero entendiéndolo adecuadamente y con alguna experiencia puede resultar mucho más simple. Aunque se establecen catorce penas, trece de ellas son básicamente sustitutivas de la primera, que es la pena de prisión, aún cuando en algunos casos pueden ser impuestas por sí mismas.

Esas penas son la multa, la inhabilitación, la interdicción de derechos, la detención de fin de semana, la prestación de trabajos de utilidad pública, la limitación y la prohibición de residencia, el arresto domiciliario, el cumplimiento de instrucciones, la multa reparatoria, la amonestación, la caución de no ofender y la satisfacción a la víctima.

El propósito que se persigue es muy claro: se trata en definitiva de establecer una gama extensa de alternativas para que el sistema no dependa, como es ahora, casi absolutamente de la pena privativa de la libertad, a la que se cuestiona seriamente en cuanto a su eficacia y por los efectos deteriorantes que trae consigo. Se quiere que el juez, en algunos casos en forma obligatoria y en otros casos en forma opcional,

pueda recurrir a otras penas de carácter distinto. En efecto, uno de los principios que el anteproyecto recoge es precisamente éste: el juez deberá hacer el menor empleo posible de la pena de prisión.

Sería muy largo el describir ahora en que consiste cada una de estas penas alternativas. Solamente cabe advertir que son de una naturaleza muy variada. Algunas son ciertamente restricciones a la libertad ambulatoria, pero no implican internamiento en una cárcel con todos sus efectos negativos; otras son de carácter patrimonial o interdictivo, otras finalmente consisten en la prestación de un servicio y hasta podría considerarse que alguna tiene un carácter exclusivamente simbólico. Hay que aclarar de todos modos que este repertorio de penas alternativas no es un invento de la Comisión, pues ha empezado a ser utilizado por varias legislaciones recientes, la peruana y la brasileña en América; la alemana, la austriaca y la portuguesa en Europa. Y responde a una recomendación expresa de las Naciones Unidas, en las llamadas "Reglas de Tokio" (Informe del Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, 1990).

Concomitantemente, se establece un mecanismo especial para el cómputo de la prisión preventiva dentro de la pena de prisión. Actualmente el cómputo es de día por día. Se sugiere que sea de dos, tres y hasta cuatro días de condena por cada día de prisión preventiva, según los casos. Se trata de coadyuvar, desde el ámbito sustantivo penal, en la solución de uno de los problemas más agudos de la administración de justicia, los presos sin sentencia, cuya solución radical debe articularse en la legislación procesal.

4.2 Los grados de penalidad

Para que el nuevo sistema pueda ser aplicado se establece que la penalidad de los delitos puede ser de cinco grados:

- Leve, si no consiste en pena de prisión, o ésta no excede de un año;
- Menor, cuando la pena de prisión excede de un año y no pasa de tres;
- Media, cuando la pena de prisión va de tres a seis años;
- Grave, cuando la pena de prisión va de seis a diez años; y,
- Máxima, cuando va de diez a dieciséis años.

Esta clasificación se relaciona con varios mecanismos de los que el juez puede disponer para aplicar e individualizar las penas. Entre ellos los siguientes: sustitución obligatoria u opcional, según la penalidad, de la pena de prisión por otras penas; posibilidad de dictar una condena condicional o de paralizar el proceso a prueba; cumplimiento efectivo de determinados porcentajes de la pena de prisión, etc.

4.3 Determinación de la pena

El anteproyecto consagra también un mecanismo de determinación de la pena a cumplirse que permite una constante revisión de la misma. De esta manera, al momento de dictar la sentencia condenatoria, el juez procederá a una primera determinación, señalando la pena correspondiente, en conformidad con la penalidad que corresponda y las circunstancias del delito; señalará así mismo las condiciones de cumplimiento de la pena. Pero hasta el agotamiento de la penalidad, el juez podrá en cualquier momento realizar una nueva determinación, dictaminando que el resto de la penalidad se cumpla con una pena diferente o modificando las condiciones de cumplimiento.

Con este mecanismo se aspira a conseguir un constante seguimiento del caso. O, si se quiere, se parte del presupuesto de que la actividad judicial no concluye con la sentencia. Al contrario en manos del juez debe continuar la responsabilidad de la ejecución de la condena. Esto significa un cambio sustancial del modelo actual de ejecución de penas, que tiene un carácter administrativo. No se trata por cierto de recargar las funciones y el trabajo de los actuales jueces. Lo que se pretende es la creación de juzgados de ejecución que tengan a su cargo esta tarea. No le corresponde por cierto al Código Penal determinar la existencia de estas judicaturas, ni la forma en que cumplirán sus atribuciones ni el trámite que se deberá seguir en cada caso. Pero, como todo esto presupone la expedición de sustanciales reformas a los Códigos de Procedimiento Civil y de Ejecución de Penas, y a lo mejor de nuevos códigos, hasta que tal cosa suceda es conveniente que estén ya previstas las reglas básicas para la aplicación del nuevo sistema.

4.4 Otros aspectos

Hay varias novedades más de alcance puntual que podrían señalarse en este capítulo. Cito algunas: las reglas para determinar la pena a cumplirse en el caso de concurso ideal o real de delitos; los casos y alcance del comiso; la forma de contar la prescripción; la cancelación de antecedentes penales. En todas estas situaciones se ha procurado mantener la armonía con el espíritu que presidió la elaboración del anteproyecto, y que vuelvo a reiterar al momento de concluir mi exposición: que el Ecuador cuente en el futuro con una legislación penal que sea no solamente moderna sino que también garantice, democráticamente y en forma permanente, los derechos de las personas y los intereses de la permanente, los derechos de la sociedad, más allá de las coyunturas circunstanciales.

COMENTARIOS AL PROYECTO DE CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL**

Dr. Ricardo Vaca Andrade*

Introducción

Convocados por el entusiasmo siempre creciente de la Sra. Dra. Pilar Sacotó de Merlyn, gracias a quien y sin contar con significativo apoyo oficial, sigue vigente hasta hoy el Convenio Bilateral de Cooperación Académica celebrado entre la PUCE y la Universidad Católica de Lovaina La Nueva, de Bélgica, un pequeño grupo de estudiosos de temas penales y de Criminología debemos comparecer ahora, nuevamente, como hace dos y cuatro años, para participar en un evento que debería tener singular trascendencia académica y científica en los ámbitos legislativo, ejecutivo y, en especial, judicial; pero que, lamentablemente, temo que no la tendrá, porque, si nos atenemos a las reacciones colectivas, tan deficientemente informadas y no acostumbradas a estos actos, a muy pocos interesa lo que sucede en nuestra sociedad, en tanto el ambiente de inseguridad que impera, no les afecte personal y directamente.

A nadie resulta extraño el clima de incredulidad e incertidumbre que diariamente nos sobrecoge, pues, es incontenible el avance tremendamente peligroso de la delincuencia, a la que se ha buscado combatir con métodos extremos e inauditos, imputados a quienes, amparados en la bondad del fin, tratan de justificar la utilización de medios abiertamente inconstitucionales y que pugnan con toda racionalidad en el actuar, con intervención de autoridades que, por su misma posición, deben dar muestras de respeto al ordenamiento jurídico imperante.

Si la lucha contra la delincuencia se va a librar recurriendo a métodos rápidos pero informales, efectivos pero ilegales, silenciosos pero violatorios de normas constitucionales, suprimamos entonces las leyes existentes, ignorémoslas temporal o definitivamente, y auspiciemos abiertamente los comportamientos abusivos de quienes, como es de dominio público dotados con armas entregadas por el pueblo para otros fines, encubiertos por la oscuridad nocturna, irrumpen en zonas densamente pobladas, rodean casas o manzanas, rompen a patadas puertas y seguridades, dispa-

* Profesor de Derecho Penal, Procesal Penal y Práctica Procesal Penal de la P.U.C.E.

** Conferencia presentada en el III Seminario de Derecho Penal y Criminología MAYO 1993, P.U.C.E.

quienes ellos han declarado culpables de antemano, o a inocentes, para luego averiguar si es que en realidad existían elementos probatorios de sus bien o mal fundadas sospechas.

Por más que estemos al finalizar el siglo XX para empezar uno nuevo, no nos sorprende que un considerable grupo de personas, - la mayoría carentes de elementales conocimientos jurídicos, pero algunas de ellas auto calificadas de juristas, - justifique todo tipo de excesos que conduce al sacrificio de vidas humanas o lesione bienes jurídicos fundamentales de ciudadanos previamente etiquetados como "peligrosos" para el buen desenvolvimiento de la sociedad. Inclusive, algún órgano televisivo ha estimado apropiado hacer acopio de respaldo popular para la justificación de estos excesos, destinando permanentemente a uno de sus equipos, integrado por reportero y camarógrafos, para que acompañe a los protagonistas en su desarticulada batalla contra el crimen y a la represión indiscriminada de quienes se sospecha haberlos cometido.

No faltan quienes abiertamente aplauden que se deje de lado la vigencia del Código Penal y de las complicadas formas de proceder penalmente previstas en la ley adjetiva penal, para, en su lugar, optar por la expedita y directa eliminación de los delincuentes y "peligrosos". Se aduce, que aquellas normas del deber son complicadas y engorrosas, que regulan un proceso penal que se torna eterno por lento e ineficaz; y que, a la postre, las penas y la administración de justicia penal han quedado como simple amenaza, de la cual se burlan todos porque poco o nada representan en el orden institucional o jurídico. Los hay también de aquellos que imputan a la corrupción e inmoralidad de los jueces la falta de continuidad y respuesta oficial a la sacrificada labor de la policía, que ha dejado en su accionar la vida de valiosos miembros de su personal; en efecto, se dice que la policía investiga y pone al descubierto comportamientos criminales, detiene a delincuentes y relacionados; mas, a la vuelta de la esquina, con no pocas influencias provenientes de lugares encumbrados e insospechados, previa entrega de sustanciales sumas de dinero o prevendas, los detenidos o presos recuperan rápidamente la libertad en un accionar casi siempre extraño al cotidiano tortuguismo judicial. Así, la corrupción de algunos jueces inescrupulosos echa por tierra todo lo que la policía ha hecho con tanto sacrificio.

No falta razón a quienes se quejan de la incuria de una función judicial, ahora más que nunca desprestigiada e indigna en su integración y falta de actuación, porque a nadie corto de vista y entendimiento resultará evidente la falta de eficacia e inutilidad de un órgano que todo hace menos lo que debe hacer: administrar justicia, excepto las contadas excepciones casi siempre mal vistas o puestas de lado en el propio medio, porque son ejemplos vivos de que sí se puede desempeñar la magistratura con prontitud, acierto y diligencia. Pero, ni la falta de leyes, ni la inoperancia

de la administración de justicia puede justificar el estado de excepción al que hemos arribado sin protestar, estado en el que se ignoran las leyes, se desconocen los procedimientos, se allana y se detiene sin orden de juez competente, se sentencia y condena sin juicio previo, y se ejecutan penas, como de la muerte, que en teoría y desde hace algunos años perdieron vigencia en el país.

No hay causa o razón que justifique el desconocimiento del orden jurídico. Si estamos convencidos que las leyes actuales no son suficientes o eficaces, recurramos a los mecanismos adecuados e idóneos para cambiarlas o expedir unas nuevas, por más que, convencidos como estamos, sostengamos en la cátedra y en todo foro que la causa de nuestras calamidades no radica en la carencia de leyes sino en la inaplicabilidad de las existentes que, no siendo perfectas, por provenir de órganos legislativos mediocres, sí servirían en buen grado al objetivo social, si se las aplicara con buena voluntad y sabiduría, con conocimiento, diligencia y probidad; porque, al menos, serían suficientes para dar una muestra de que el Derecho Penal no es atraente tan solo para estudiarlo, sino que, particular y especialmente, es el medio legal más adecuado para hacer entender a una población negativa y agresiva que hay normas positivas que tipifican los delitos, prevén las penas, y que, las leyes procesales que señalan mecanismos para aplicar las penas previstas con las que se amenaza con carácter preventivo general, sí tienen efectividad.

En igual forma, si comentamos a viva voz y compartimos el criterio de que el órgano administrador de justicia ha emprendido el camino de vuelta a lo peor, ahondado por reformas constitucionales que han permitido la politización y reparto desvergonzado e indigno, levantemos nuestra voz, hagámosla llegar a quienes son corresponsables del descalabro en el que se la ha sumido, y si no se nos escucha, como en efecto no se lo hará porque nuestra opinión no ha descendido al plano de la mediocridad, al menos, dejemos constancia de nuestra firme posición académica, para que en el futuro se conozca que no todos coparticipamos en la gestión irreflexiva y precipitada del poder público que, impotente y obnubilado ante la magnitud del retraso, engendra la desafortunada idea de contratar abogados particulares, -en pleno ejercicio de la profesión y sin jurisdicción-, para pagarles a destajo por proyecto elaborado y por una labor que tan solo ellos debían haberla cumplido desde el primer día, con la prontitud y premura que reclama la ciudadanía toda, y que ellos, en prestante grupo, prometieron realizar so pena de ser juzgados por las leyes y la historia. Si a los integrantes de ésta, calificada como "la mejor Corte Suprema" jamás vista en el país, no se les ocurre mejor alternativa que la de contratar y pagar abogados para que despachen las causas rezagadas por años, ¿qué más debemos esperar de las reformas constitucionales, de sus protagonistas y beneficiarios en todos los niveles?

El Proyecto

La Comisión: Con alguna sorpresa el pueblo ecuatoriano, los abogados y estudiosos del derecho recibimos el proyecto que había sido elaborado por una comisión de especialistas, presidida por el propio Presidente de la Corte Suprema, a la fecha. En varias intervenciones públicas en las que se hizo la presentación con inusitado despliegue de publicidad, no dejó de mencionarse que el trabajo era la respuesta a una decisión adoptada por la Corte Suprema, en pleno, según se daba a entender, pero tal afirmación estaba muy alejada de la verdad. Según expresión de algunos de los señores ministros de la Corte Suprema que cesaron en sus funciones al reformarse la Constitución Política, a fines de 1992, ni la expedición del famoso "Primer Plan Bienal de Desarrollo de la Corte Suprema de Justicia", ni la decisión de reformar totalmente el sistema procesal vigente, fueron temas conocidos, discutidos y resueltos por el pleno de la Corte Suprema. Consecuentemente, tampoco la comisión que tuvo a su cargo la redacción del Proyecto de Nuevo Código de Procedimiento Penal fue nombrada por dicho organismo, como debió en realidad acontecer, si lo que se buscaba es presentar a la sociedad ecuatoriana y al Congreso Nacional, a nombre de la Corte Suprema de Justicia, un proyecto de ley a ser aprobado siguiendo los trámites regulares. Y no es que se cuestione al coordinador, a los redactores, al secretario de la Comisión Redactora, y menos aún a los asesores integrantes de la Asistencia Técnica extranjera provista por el ILANUD, a quienes jamás podemos poner tacha de ninguna naturaleza; pero no puede dejar de observarse que, habiendo actuado de manera personal, el presidente de la Suprema de aquel entonces, no podía tomar el nombre del organismo colegiado que presidía transitoriamente, y menos aún para actuar públicamente a nombre de él, ejerciendo la facultad constitucional consignada en el Art. 65 de la Constitución, que reconoce la iniciativa para la expedición de las leyes a la Corte Suprema de Justicia, mas no a su Presidente.

Por esta misma razón, resultan explicables unas, o cuestionables algunas otras de las afirmaciones que el ex-presidente de la Corte Suprema, Dr. Guerrero, consigna en su extenso discurso de presentación del proyecto de nuevo código procesal, que ha surgido como fruto de su propia y personal iniciativa y entusiasmo, porque pocos como él han analizado críticamente la aplicación de las normas positivas; y no podía ser de otra manera: él es un abogado que ha ejercido la profesión con seriedad y responsabilidad por mucho tiempo, ha formado juventudes por largos años desde la cátedra universitaria, y ha sido parte de la Función Judicial hasta llegar a la presidencia. Es evidente que su angustia personal le ha llevado a decir que "constituye un imperativo de altísima responsabilidad cívica la presentación a la sociedad ecuatoriana" de un proyecto de Código de Procedimiento Penal "que contiene un nuevo modelo de administrar justicia en el Ecuador". Esa fue su aspiración y el objetivo de

su accionar, que al fin no lo alcanzó por haber sido sustituido en la última reorganización de la Suprema, atendiendo a las necesidades políticas de la mayoría legislativa que descalabró el sistema judicial desmejorándolo hasta postrarlo y abandonarlo en el lugar en que con desesperanza y desasosiego lo encontramos.

Hubiera sido conveniente que, en verdad, se hubiera efectuado una gran consulta nacional, no solo a los juristas nacionales de gran valía, a quienes se afirma que se ha convocado, sin mencionar ni quien lo ha hecho ni cuando ha tenido lugar tal convocatoria. Hubiera sido positivo que se cuente también con la opinión de otros Ministros de la Corte Suprema de esa época, que se convoque especialmente y se pida el parecer siempre valioso del Dr. Zavala Baquerizo, especialista connotado y autor del proyecto de Código de Procedimiento Penal que se convirtió finalmente en ley y entró en vigencia el 10 de Junio de 1983; en fin, hubiera sido útil al país que, dejando de lado egoismos académicos y perniciosos regionalismos no superados, se consulte también a los especialistas y catedráticos de todas las Universidades del Ecuador. Pero como nada de ello ocurrió, debemos ahora comentar el proyecto que con notoria premura y mucha publicidad se entregó al Congreso y que ahora lo tenemos entre manos, precisamente para dar cumplimiento al llamado que se ha hecho al pueblo para hacer realidad la justicia democrática y participativa en la expedición de leyes. Señalamos las condiciones y circunstancias en que apareció no con ánimo negativo, sino para que en adelante no se repitan estos hechos que luego dan lugar a equívocos o malas interpretaciones; aun cuando de honor es admitir que estuvo en la intención del principal gestor el permitir que el proyecto sea “analizado, estudiado, difundido y criticado”.

Necesidad de la Reforma de la Justicia Penal:

Considerando imperiosa la necesidad de avanzar junto con el progreso de la doctrina procesal penal moderna, recogida en los códigos de última data, se puntualizan como principales defectos del sistema procesal vigente: el mantenimiento de insoportables instituciones coloniales, con actuaciones inquisitivas llevadas en forma escrita, con plazos y períodos que nadie cumple, pero que tornan al proceso en un interminable calvario de gastos e incertidumbre, en la adopción de decisiones trascendentales, como la detención o la prisión, en forma secreta, tratando de dañar a otros antes que buscando la aplicación de un olvidado “ius puniendi”, que debería ser de interés primordialmente público, la falta de una verdadera oralidad, publicidad e intermediación.

Se reconoce que el proyecto del Dr. Zavala significó un avance de los principios republicanos, pero se anota que la práctica ha permitido el mantenimiento de viejas

estructuras inquisitivas; por lo que se intenta recuperar el espíritu de esa reforma y profundizarla. En definitiva, y aunque con buen sentido a las diversas razones se las ha agrupado en institucionales, procesales, económicas y de respeto a los derechos humanos, se anotan varias causas que justifican la presentación del proyecto, y entre otras las siguientes:

1. El clamor generalizado de alcanzar la agilidad de la administración de justicia a través de un sistema acusatorio ágil, esencialmente oral, y que trate de rescatar la esencia de la jurisdicción, instaurando un juicio investigativo previo, pero sin delegar funciones en amanuenses, meritorios o conserjes que buscan un medio de subsistencia aprovechándose del dolor ajeno. A los jueces se les deberá ubicar en su lugar correcto, pues “ellos no son fiscales, no son policías, no son diligenciadores, ni notificadores”; son, como con bien se afirma: “los jueces previstos en la Constitución nacional para defender los derechos de las personas y ejercer de un modo racional y justo la enorme carga de violencia que conlleva el poder penal”.
2. La instauración de un proceso basado en una concepción liberal, de respeto irrestricto a las garantías individuales, es decir, que busque la realización de la justicia penal y el éxito en el combate a la criminalidad, pero sin atropellar leyes y procedimientos, buscando la vigencia real del principio de inocencia, la legalidad de las detenciones y prisiones, así como de los allanamientos y recuperación de pruebas.
3. La transparencia en las actuaciones oficiales de investigadores y la adecuada participación ciudadana en el trámite del proceso por intermedio de fiscales honestos e incorruptibles, conocedores de la materia y experimentados en la confrontación penal, y particularmente responsables y diligentes, para que no tengan temor a una mesurada publicidad de los juicios que hace mucho bien al propio sistema, y, en definitiva, a la vigilante sociedad cuando no se busca el escándalo a través de la noticia.
4. La transformación de una justicia casi inexistente, por ser lenta e ineficaz, por una administración de justicia que cumpla a cabalidad su rol en la vida pública, con prontitud, pero, sobre todo, con solvencia intelectual y moral. Con mucho conocimiento y harta razón, anota el ex presidente de la Suprema, que “la investigación de los delitos es deficiente y la impunidad se convierte lentamente en el criterio general, en la antesala de la ley de la selva”.
5. El irrestricto reconocimiento del derecho a la defensa y a la absoluta inviolabilidad del mismo desde cuando el ciudadano adquiere la calidad de sospechoso

hasta cuando es condenado, para que no se convierta en una mera quimera por falta de entendimiento de los medios policiales, o desconocimiento malévolo originado en actitudes hipócritas de una sociedad que finge dotar de defensores “de oficio” a los que no pueden pagar sus propios abogados pero contemporiza con la irresponsabilidad de los nombrados solo para llenar el formulismo.

6. El rescate de una administración de justicia que tradicionalmente ha estado sumida en una angustiosa crisis económica, y por cuyo abandono alguien deberá responder en algún momento, porque, al menos, aparentemente en ello ha existido una gran dosis de intencionalidad. Se dice que “Una justicia sin recursos suficientes no puede ser una justicia independiente y eficaz”, tratando así de justificar, en alguna forma, la falta de oportuno despacho de miles de causas, llegando al colmo de afirmar que la “sociedad se ha acostumbrado a convivir sin ella”, afirmación tremenda si se toma en cuenta que quien la pronuncia ocupaba, a la fecha, la más alta dignidad en la Función Judicial.

Hace dos años, en Seminario igual al actual, al propugnar la creación del Ministerio de Justicia, lo dijimos categóricamente: en el Ecuador NO hay justicia! Es triste comprobar que el presidente de la Corte Suprema admite tal ausencia, mas ahora nadie se escandaliza como en su momento se levantaron quienes tergiversando los objetivos escucharon que la justicia era relativa; en ese entonces, finales de la década de los 70, al menos había una justicia relativa, pero hoy ni esa existe!

Cierto es que el proyecto de nuevo Código Procesal en algo ayudaría a cambiar lo que de malo exista, pero mientras no haya la resolución de por lo menos hacer lo que podamos con las leyes con que contamos, nada va a cambiar.

Veamos lo que se propone a cambio de lo que tenemos, es decir, señalemos lo que fundamentalmente se quiere cambiar buscando lo mejor.

Estructura del Proyecto de Nuevo Código

Se han previsto 7 libros: el primero, que trataría “De la Jurisdicción y del Ejercicio de la Acción Penal”; el segundo, “de los Sujetos procesales”; el tercero, “De la Prueba y su valoración”; el cuarto, “Del Proceso penal”; el quinto, “De las Etapas del Proceso penal”; el sexto, que se ocuparía “Del Juzgamiento de las Contravenciones”; y, el séptimo, que contendría las “Disposiciones finales”.

Al tratar de los ORGANOS DE LA JURISDICCION PENAL (Art. 2) se menciona a los tradicionales, pero se suprimen a los jueces de policía, y, en su lugar, se

crean los jueces de paz, con lo cual creo que ya habremos ganado mucho y eliminado a los factores de corrupción, y de ingerencia de la política en la administración de justicia a través del Ministerio de Gobierno, no siempre ocupado por personas idóneas.

Se intenta limitar las actuaciones que deberán cumplir los jueces penales dentro del ámbito de su competencia, controlando la instrucción fiscal, (ya no conduciendo la sustanciación del sumario como ha ocurrido hasta ahora). Esto significa que ya no será el juez el que deba organizar el sumario, puesto que pasará de pesquisa e investigador a ejercer a cabalidad sus funciones netamente jurisdiccionales como juzgador, como experto y justo conocedor de las leyes.

En cambio, no estamos de acuerdo en que siga reconociendo competencia a las Cortes Superiores para resolver el recurso de apelación, pues, conocemos nuestro medio, y por ello estamos convencidos que seguiremos viviendo con el mal que nos aqueja. El Art. 350 del actual CPP prevé la multa de medio salario mínimo vital a cada uno de los ministros negligentes que no resolvieren el recurso de apelación en el plazo de 15 días, sanción que la debe imponer el Sr. fiscal General de la Nación. Alguna vez algún ecuatoriano ha sabido que se hubiera hecho efectiva esta sanción a la negligencia?!

En el Cap. IV se regula el juicio de competencia, que debe ser resuelto en forma expedita, aunque se señalan plazos perentorios que tememos no se cumplirán. También se ha visto la necesidad de normar, en el capítulo siguiente, el trámite del juicio de recusación, que, junto con el anterior, han originado entrambamientos y demoras, sin mencionar que sus fundamentos y acciones constan en la ley procesal civil. Por ello mismo es que en el Art. 21 del proyecto se consigna que solo se considerará como parte para los efectos de la excusa o recusación al directamente interesado en el proceso o a su representante legal, mas no a sus abogados, a menos que éstos sean parientes del juez.

El Título II, referente al Ejercicio de la Acción penal, reviste gran importancia porque, en el Art. 29, se empieza clasificando a los delitos y, de acuerdo a ello, se reconoce la posibilidad de que se actúe para conseguir la instauración de un proceso penal.

- a) Así, en los procesos por delitos pesquisables de oficio, la facultad corresponde, principalmente, al Ministerio Público.
- b) En los procesos penales por delitos pesquisables de oficio pero dependientes de instancia particular, no se puede iniciar el proceso sino por petición del ofendido.

Esta nueva categoría de delitos expresamente enumerados en el Art. 31 Pr., son: la violación de domicilio, la divulgación de secretos de fábrica, la intimidación, las lesiones, el atentado contra el pudor, el estupro en menos y la violación, la pornografía, el rapto de menor, el hurto y la tenencia de cosa ajena. Compartimos el criterio de que en este grupo de delitos pesquisables de oficio la promoción de la acción penal requiera de un pronunciamiento previo del ofendido, dejando a salvo la posibilidad de que se pueda proceder de oficio excepcionalmente.

- e) El tratamiento de los delitos de acusación particular se mantiene, pero se amplía la lista del actual Art. 428, aumentando la divulgación de secretos, el giro de cheques sin fondos, la muerte de animales.

No creemos que sea adecuada la modalidad de señalar los números de los artículos en que constan estos delitos y los del grupo anterior, debido a que, en su momento, deberá reformarse la ley sustantiva penal y, obviamente, la numeración cambiará.

La discrecionalidad, a la que se hace referencia en el Art. 34 del proyecto, tiende a sustituir la ya existente que, indebidamente, ha estado en manos de policías, funcionarios o empleados o subalternos de tercera categoría en quienes se radica la potestad punitiva. Consiste en la facultad reconocida al Ministerio Público o al imputado de solicitar al juzgador "que se prescinda de la acción penal, total o parcialmente, limitarla a alguna de las infracciones, o a alguna de las personas que participaron en el hecho en los casos que se, puntualizan en esa norma y que, en definitiva, permiten dejar sin efecto la acción penal, por no haber mérito suficiente o no ser significativo el daño o la reparación que se busca". El propósito de atribuir esta facultad al Ministerio Público parece adecuado; pero, si persisten los defectos de que adolece actualmente esta institución, integrada por algunos fiscales no calificados, se corre el riesgo de que la reforma no solo que se torne ineficaz sino que sea una nueva puerta abierta a la corrupción.

La suspensión condicional del proceso, entendida como consecuencia de la facultad del Ministerio Público o del imputado de solicitar la suspensión de la pena hasta antes de la clausura del juicio, parecería, igualmente, una forma de evitar que la administración de justicia penal se ocupe de asuntos que no valen la pena, y podría ser conveniente socialmente, pero siempre y cuando los integrantes del Ministerio Público no usen de este derecho en forma inmoral. Aunque se deja a salvo a ejercer la acción civil, creemos que las reglas señaladas en el Art. 38 del proyecto podrían estar en contradicción con las actuales disposiciones del Art. 82 del C. Penal, y la excepción tornaría inaplicables las reglas de la prejudicialidad, aunque ello en el

fondo sea conveniente para solucionar conflictos entre particulares, en los que prima el interés por evitar el perjuicio civil antes que buscar la aplicación de la pena.

Parece interesante la posibilidad de convertir las acciones penales por delitos perseguibles de oficio en acciones "privadas", (Art. 41 Pr.) a petición del ofendido o su representante, si el Ministerio Público lo autoriza si es que no existe un interés público gravemente comprometido. Pero no parece adecuado que se siga hablando de acciones privadas en contraposición a las públicas, porque esa distinción desapareció en el Código de 1983. En lo principal, una autorización tan importante como la prevista podría dar lugar a las consabidas inmoralidades de algunos fiscales, y a conflictos entre distintos agraviados que podrían tener intereses contrapuestos.

La iniciativa fiscal, como forma de promover la acción penal que se ha normado en el Cap. II, pretende hacer efectiva la obligación del Ministerio Público de actuar decididamente en favor de la vindicta pública en los delitos perseguibles de oficio y como protagonista esencial del sistema acusatorio. Se quiere retirar al juez las teóricas atribuciones que actualmente tiene de pesquisa, preservándolo solo para lo que legalmente le corresponde: juzgar. En definitiva, siguiendo sistemas procesales extraños al nuestro, pero con los que estamos familiarizados, como el americano, que tanto vemos en películas o en la televisión, se quiere obligar la Ministerio Público para que investigue todo lo relativo al delito, incluyendo pruebas de cargo y de descargo, animado, como debe estar, del fin superior de descubrir la verdad a como de lugar; y, cuando fuere del caso y la ley lo permita, ejercer la discrecionalidad para pedir al juez o Tribunal el archivo de una causa. No es nuestro ánimo ofender a persona o institución alguna, pero la experiencia de más de 20 años, nos permite afirmar con pena que no confiamos en el Ministerio Público, integrado, salvo algunas excepciones, por personas que no tienen ni idea de cual es su rol en el proceso, ni lo que significa moralmente representar a toda una sociedad, y por ello nos asalta el temor de que el sinfín de corruptelas que ahora inundan los juzgados de policía se trasladen al Ministerio Público. Sin mayor esfuerzo, nos imaginamos a algunos fiscales en turbios arreglos para promover o no una acción penal, para pedir el archivo de una causa, para pedir la suspensión condicional del proceso o para pedir que el juez desestime, una denuncia, una querrela o una investigación policial. Ni aun teniendo presente que actualmente el Ministerio Público está liderado por un caballero de incuestionable honorabilidad, creemos que estos males podrán evitarse.

La modalidad prevista llevará a la supresión del auto cabeza de proceso: pues, en su lugar, el agente fiscal tendrá que dictar un decreto para dar inicio a la instrucción fiscal, el cual deberá contener lo siguiente: 1) la descripción del objeto de la investigación; 2) los datos personales del imputado, si ha sido identificado; 3) la fecha del

inicio de la instrucción; y, 4) el nombre del fiscal o fiscales a cargo de la investigación. Tal vez faltaría en esta enumeración la orden de citar el contenido de este decreto al imputado para evitar investigaciones secretas a espaldas de los ciudadanos.

La indagación policial que se regula adecuadamente a partir del Art. 48 del proyecto vincula estrechamente las actuaciones policiales con las investigativas que deben conducirse bajo la responsabilidad del Ministerio Público, empezando por las investigaciones preliminares, para pasar luego a las cautelares personales y reales. Habrá que tener mucho cuidado en el análisis de las facultades que se entreguen a fiscales y policías, buscando evitar que sean ellos los que, con pretexto de urgentes necesidades de preservar el orden público, por su iniciativa atropellen derechos o ignoren garantías ciudadanas. También, con abundante información y no menos experiencia tenemos que decir que la policía como institución, así como sus integrantes, tienen harta dificultad en entender que son un órgano auxiliar de la justicia y, como tales, no pueden tomar decisiones ignorando la ley, a las autoridades jurisdiccionales o los procedimientos establecidos. Aunque en la nota 48 del proyecto se afirma que lo que se quiere es armonizar las labores del Ministerio Público y la policía, creemos que ello no se conseguirá, pues no les interesa armonizar con nadie si ello significa freno a sus abusos e ignorancia de la ley. No creemos que la policía investigará en 5 días y luego remitirá el informe al Ministerio Público. Tampoco creemos que el Ministerio Público conducirá y supervisará apropiadamente la investigación policial. No creemos que cambie el valor probatorio que equivocadamente se da en la actualidad a los informes policiales, aunque se sostenga que ellos deben ser avalados por el Ministerio Público. Acaso en la actualidad se cumple la obligación de los fiscales de presenciar todas las investigaciones que se practican a los sospechosos en las oficinas policiales?

Los agentes fiscales no llegarán a dirigir a la Policía de Investigaciones como impone el inc. 2o. del Art. 70 del Pr., porque simplemente la policía, como institución, no lo permitirá, so pena de perder poder y quedar como simple cuerpo policial para dirigir el tránsito. O es que acaso ¿no vimos ya lo que sucedió con la "decisión" del Gobierno anterior de crear la Policía Judicial para reemplazar al tenebroso SIC? Tómese en cuenta que el Art. 76 del Pr. expresa que "Los funcionarios de la Policía de Investigaciones deben ejecutar sus tareas bajo la supervisión directa del Ministerio Público y cumplir sus órdenes, como también las que, para la tramitación del proceso le dirijan los jueces o tribunales". En tanto no se cree un verdadero cuerpo de policía de investigación técnica y científica, que deje la dependencia del Ministerio de Gobierno, dotándole de una estructura orgánica, jerárquica y administrativa que la integre al Ministerio Público como parte de un Ministerio de Justicia, según proyecto que formulé hace dos años, seguiremos sufriendo del mismo mal.

Por más que en el proyecto el comentario 79 pase a ser parte del Art. 79 en cuanto a que "Cualquier organismo de la fuerza pública que participe en una investigación criminal pasa automáticamente a estar subordinado, respecto de esa investigación al Ministerio Público", ello no acontecerá en tanto existan prepotentes que creen que la fuerza bruta y la tenencia de armas está por sobre la racionalidad y la ley. Tómese nota de la prohibición a la policía de interrogar al imputado, según el Art. 98 Pr. ¿Respetarán esta prohibición?

Creemos que la querrela a la que se refiere el Art. 56 Pr. deberá ser reconocida por el querellante, como ahora sucede con las denuncias, para impedir que abogados desvergonzados o acusadores sin conciencia recurran a inimputables para acusar falsamente un delito, buscando la impunidad por una eventual temeridad.

Las modificaciones a las reglas de la prescripción de la acción penal las encontramos saludables, en especial las que se refieren a la suspensión (Art. 65) y a la interrupción (Art. 66), pues con ellas se evitará burlar la pretensión punitiva como ahora sucede con quienes se benefician de la fuga y del paso del tiempo hasta que opere la prescripción, que, por ello, es harto cuestionada.

Es importante que se hayan consignado los derechos del ofendido, y una atribución preferente para intervenir en el proceso. Igualmente trascendentes son las reglas relativas a la intervención de los otros sujetos procesales, especialmente el imputado, y a sus derechos fundamentales, en particular, a contar siempre con un defensor, a declarar ante el juez, o las veces que quiera, la información y advertencias preliminares sobre los hechos imputados y la investigación en sí, (aunque no estoy de acuerdo con la exclusión del acusador particular de la instrucción fiscal), la forma de interrogarle, el tratamiento que debe recibir, la realización de los careos, y la invalidez jurídica de actuaciones investigativas ilegales que perjudican al imputado, algo que, definitivamente, no terminan de entender algunos jueces y magistrados.

Seguimos escépticos acerca de la intervención positiva de los defensores públicos o de oficio, y por ello creemos que lo dispuesto en el Art. 116 Pr. es una declaración teórica. El problema de los defensores de oficio o públicos no tendrá solución en este país, mientras no exista la decisión oficial de correr con los gastos que demanda el cumplimiento del derecho constitucional a contar con una buena defensa, derecho que tiene todo imputado. La solución es simple: o se crea un cuerpo de abogados bien remunerados que trabajen exclusivamente en esta labor; o, se contratan y pagan abogados especialistas que están en el ejercicio de la profesión. En ambos casos esto implica gastos que el Gobierno no está decidido a sufragar en época de crisis y pobreza, pensando que lo relativo a la criminalidad requiere de soluciones más efecti-

vas y rápidas pero menos costosas. Investigación, proceso y cárceles suponen gastos que bien pueden ser evitados con solo matar a los delincuentes. Acaso no piensan así los que propician la formación de grupos de exterminio que se identifican como escuadrones de la muerte?

El capítulo relativo a las medidas cautelares nos presenta algunas innovaciones que, si se llevan a la práctica, serán de gran utilidad para una real administración de justicia, pero respetando los derechos de las personas, aunque algunas de las declaraciones no han dejado de ser meras aspiraciones ya previstas en el Código vigente, en tanto que otras son novedades; así, tenemos: la de que deben aplicarse en forma restrictiva, esto, es, por excepción; nunca en delitos de acusación particular, a los que se sigue llamando de acción privada; que la aprehensión debe efectuarla solo personal de la policía, la prohibición de imponer otras medidas cautelares; que la prisión preventiva se dicte solo después de ser oído el imputado, en tanto que la detención puede ordenarla el fiscal, pero para poner al afectado a órdenes del juez o Tribunal dentro de las 24 horas siguientes. La novedad verdaderamente interesante constituye la posibilidad de aplicar otras medidas cautelares en sustitución de la prisión preventiva. (Art. 233 Pr.) entre otras: el arresto domiciliario, el sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución designada por el juez, la obligación de presentarse periódicamente ante el juez o Tribunal, la prohibición de salir del país o de la localidad, el juramento de comparecer al proceso, etc. Si se cumplen y aplican con decisión, serán de gran utilidad práctica como medidas alternativas a la prisión preventiva que en la actualidad causa tantos y tan graves daños. Finalmente, también encontramos positiva la obligatoriedad de examinar los presupuestos de la prisión preventiva cada tres meses, así como la posibilidad de apelar de esta medida, aunque respecto a esto último nos atemoriza que podría ser causa de interminables demoras como ahora acontece con todo recurso de apelación.

Aunque lo relativo a la prueba y su valoración, así como la actividad procesal merecería algunos comentarios interesantes, por razones de tiempo, vamos a pasar a la estructura del proceso, que presenta novedades.

De acuerdo al Art. 246 Pr. el proceso penal se desarrolla en las siguientes etapas: 1) la instrucción fiscal; 2) la etapa intermedia; 3) el juicio; 4) la etapa de impugnación. Creemos que esta estructura merece las siguientes observaciones:

- a) Hemos criticado el Código vigente porque encontramos equivocada la inclusión de la impugnación como “etapa” constitutiva del proceso, el cual, según nuestra opinión, termina con la sentencia condenatoria o absolutoria. Si ninguna de las partes ejerce su derecho a impugnar el fallo o la decisión, este se ejecutoria, y

entonces, no toma curso ni procede ningún recurso; en tal evento no habría, entonces, etapa de impugnación, como en verdad sucede en tantas causas. Nosotros entendemos que la etapa, en términos generales, incluye la realización de actos procesales de los que no se puede prescindir en el desarrollo del proceso y hasta su conclusión. El derecho a impugnar los fallos o decisiones de los jueces inferiores para hacer posible que los superiores los revisen, no es, a mí criterio, una etapa. Igualmente, por no ser consustancial al proceso penal. Nos parece técnicamente improcedente la sugerencia de que la ejecución de la pena se considere en el futuro como etapa dentro del proceso penal, a menos que juzgamiento y rehabilitación pasen a ser objetivos comunes del órgano judicial, y no como ahora sucede, cuando cada uno pertenece a la Función Judicial o a la Ejecutiva.

- b) Se sigue omitiendo la posibilidad de regular en forma independiente toda la complicada y variada actividad que puede y debe cumplirse antes de la iniciación del proceso, bien sea para asegurar pruebas o sospechosos, o para verificar la existencia del delito, aunque con el sistema previsto algunos de esos actos podrían cumplirse en la Instrucción Fiscal.
- c) Esta primera etapa, la Instrucción Fiscal, que en la práctica vendrá a reemplazar a la tradicional del sumario, en cuanto investigativa y acopiadora de pruebas para comprobar la existencia del delito y la responsabilidad de las personas, será la decisiva y estará a cargo del Ministerio Público. Los fiscales deberán formar un expediente que debe incluir “las actas y elementos de convicción”, más, lo que conste en ese expediente carece de todo valor probatorio; además, será relativamente reservado (para el gran público y medios de comunicación social sí, pero no para las partes, quienes tienen el deber de guardar secreto). Las partes pueden proponer diligencias en cualquier momento, aunque la decisión final la tiene el Ministerio Público, el que tiene también la obligación de recolectar pruebas de descargo; y también pueden participar en la evacuación de diligencias.
- d) El protagonista principal de esta etapa instructiva es el fiscal, quien debe completar su trabajo en 60 días, plazo que puede prorrogar la Corte Superior por causas especiales, y si no se completa en esos plazos, el juez declarará extinguida la acción penal. Se busca que el juez sea juzgador, y el fiscal, investigador acusatorio y objetivo de los hechos, pero el proyecto se fundamenta en el supuesto no probado en el Ecuador de que los fiscales son diligentes, entendidos en D. Penal y Criminalística, y, sobre todo, que son honorables. La intolerable corrupción de intendentes y comisarios se trasladará a los agentes fiscales. Por eso, tememos que el sistema propuesto fracase, más aún si no se les dota de los medios adecuados, suficientes e idóneos para el cumplimiento de tan grave responsabilidad,

pues, encargarles la conducción de la Policía de Investigaciones, en la práctica, no representa ni significa nada. Es como darle a un ciego la guía de un paralítico!

- e) El juez penal, de todas maneras, mantendrá una posición superior a la del fiscal, supervisará su trabajo, y resolverá con prontitud cuestiones fundamentales previas que ahora entorpecen la marcha normal del proceso, como son las relativas a competencia, fueros, inmunidades, extinción de la acción penal, improcedencia de la acción y prejudicialidad.
- f) La disposición del Art. 258 Pr. nos parece de suprema importancia en cuanto dispone que "En ningún caso el Ministerio Público puede acusar sin antes haber oído al imputado en la forma prevista por este Código". Si se cumple a cabalidad se garantizarán algunos derechos fundamentales de la persona y con ello habremos ganado mucho.
- g) Concluida la Instrucción Fiscal, puede acontecer lo siguiente:
 - g.1.) Si no se ha individualizado al imputado, el Ministerio Público por propia decisión puede archivar las actuaciones y notificar al ofendido, quien puede objetarla ante el juez para que la revoque y se comunique al superior del fiscal que dispuso el archivo.
 - g.2.) Si no hay fundamento para promover el juicio, el fiscal podrá requerir al juez el sobreseimiento.
 - g.3.) Si hay fundamentos suficientes y serios para el enjuiciamiento del imputado, el fiscal debe requerir por escrito al juez la decisión de apertura del juicio relatando con precisión los hechos, fundamentando la imputación y expresando los preceptos jurídicos aplicables.

La etapa intermedia es conducida por el juez, convertido ahora sí en auténtico juzgador. Antes de la audiencia oral y pública, en el plazo de 10 días, las partes pueden solicitar por escrito cuanto consideren necesario y viable para la consecución de sus objetivos específicos y que requiera resolución previa del juez; el Art. 263 Pr. enumera al menos 10 posibilidades. En el mismo plazo el acusador debe formalizar su acusación y las partes ofrecer las pruebas que consideren procedentes para probar las cuestiones previas de la audiencia preliminar o las que se vayan a actuar en el juicio, sin perjuicio de que el juez lo haga de oficio, o rechace la que se le ofrezca para la audiencia preliminar. Ha llamado mi atención lo consignado en el Art. 266 Pr. que obliga al juez a intentar una conciliación de todas las partes al empezar la

audiencia oral y pública, proponiendo la reparación integral del daño social o particular; y esto porque al fin se intenta admitir públicamente que no siempre interesa a la administración de justicia la aplicación de penas privativas de libertad como único medio de solución de los conflictos penales.

El juez tendrá que resolver si se pasa a la etapa del juicio, o si dicta sobreseimiento provisional o definitivo, básicamente por los mismos fundamentos actualmente vigentes.

En lo concerniente a la etapa del juicio, ahora llamada Plenario, será sustanciada y resuelta por el Tribunal penal, siguiendo en esencia los mismos trámites actuales, hasta dictar sentencia absolutoria o condenatoria, siendo interesante anotar que el Tribunal puede dividir el juicio, tratando en primer lugar lo relativo a la existencia de la infracción y la culpabilidad del acusado; y posteriormente, la individualización de la pena (Art. 276).

Conclusión

Aunque, definitivamente, no compartimos el criterio de que "No son solo los hombres los que generan el mal funcionamiento, sino la forma en que las leyes obligan, muchas a su pesar, a actuar a esos hombres", estamos convencidos que el Código de Procedimiento Penal expedido en junio de 1983 fue bueno y podría ser mejor en la medida en que todos los destinatarios llamados a aplicar esas normas, lo hicieran de buen grado y con gran voluntad de servicio, de cumplimiento del deber y en especial, deseos de trabajar en las distintas posiciones desde las que se puede intervenir en un proceso penal; así, por ejemplo, si los jueces cumplieran a cabalidad los plazos de duración de cada una de las etapas y sin rebasar los límites temporales que se les impone, los sumarios no permanecerían abiertos por años, como actualmente sucede; si los fiscales, revisaran con atención los expedientes y, dentro de los plazos señalados, emitieran sus dictámenes acusatorios o absolutorios, los procesos no permanecerían en sus manos durante largo tiempo angustiando a las partes; si los ministros de las Cortes Superiores o Suprema, resolvieran los recursos de apelación o casación dentro de los plazos determinados en la ley, o las consultas, de las sentencias condenatorias o absolutorias relativas a tráfico de estupefacientes sin dejar al abandono las causas hasta llevar a la desesperación a los afectados; en fin, si los abogados y las partes que intervienen como acusadores o defensores, en lugar de ingeniarse para entorpecer la marcha del proceso, con ética y seriedad aportaran positivamente para contribuir al objetivo común de buscar por todos los medios la verdad histórica para permitir la aplicación del derecho punitivo, el actual Código de Procedimiento Penal no parecería tan ineficaz como se lo hace aparecer.

El verdadero problema, en definitiva, no es la falta de leyes o de una buena ley procesal penal. El mal que nos agobia tiene como causa la falta de suficientes personas que quieran cumplir la ley, que tengan vocación de servicio a la sociedad y al prójimo; que, sin dejar de ser severos en la aplicación del Derecho Penal demuestren bondad para el acusado y honradez con el agraviado, más aún cuando exista apariencia o evidencia de atropello o injusticia para uno u otro; que guíen sus actuaciones únicamente por el faro diáfano de la justicia aunque para ello deban dejar de lado presiones y tentaciones. Justo es reconocer que hay algunos jueces que proceden con honorabilidad, con dignidad y sapiencia, y atendiendo tan solo a los dictados de su conciencia, pero, hemos de convenir con pesar que no son, lamentablemente, la mayoría.

Si en lugar de propiciar las desatinadas reformas constitucionales - cuyos efectos negativos ya se sienten en la sociedad, cada vez con más fuerza, hasta llegar a producir resultados impredecibles en el futuro inmediato-, se hubiera constituido resueltamente la Policía Judicial, para retirar luego la jurisdicción penal a los jueces de policía, y terminar duplicando el número de juzgados penales, creo que se hubiera hecho una gran reforma que, al menos en principio, hubiera calmado el clamor nacional porque mejoren las cosas.

La sed de justicia que agota a todos pero, especialmente, a los de clase media para abajo, que son los únicos clientes de una administración judicial enferma y que a la postre siempre resultan gravemente afectados, no puede aplacarse con reformas intrascendentes; pues, en algún momento, puede producirse una reacción popular que acabe con toda la mediocridad existente.

LAS NORMAS ACTUALES SOBRE LOS INFRACTORES EN EL NUEVO CODIGO DE MENORES**

Dr. Arturo Donoso Castellón *

Vivimos indiscutiblemente un mundo de grandes paradojas y contrastes que van desde la confrontación entre los valores del pasado, hasta la reedición de situaciones históricas que se repiten. Eso es el avance del hombre y también es el reflejo de la perenne naturaleza humana en lucha constante entre el bien y el mal, en un clima de violencia, a la vez que se encuentran vigentes las eternas experiencias del espíritu y de lo trascendente. En este panorama nos encontramos involucrados todos, pero con distintos papeles en el drama humano: Adultos conduciendo esta parte de la historia heredada de los que ya se fueron; jóvenes pugnando por ocupar el lugar de los adultos y exigiendo el derecho a soñar; adolescentes y niños que hoy, quizá como nunca antes, deben ser motivo de todo el esfuerzo necesario por protegerlos frente a todas las desbordantes formas de corrupción. Por esto, hablar de los menores infractores exige comprender que ellos son a la vez, víctimas y victimarios de una situación social de la que son producto, y simultáneamente productores de resultados lesivos a los grandes objetivos sociales que el derecho intenta proteger. Cada vez más adultos se convierten en ejemplos negativos; cada vez mayor número de drogadictos, alcohólicos, suicidas, niños tristes y deprimidos llenan en ocasiones nuestras calles, y hacen aparición fantasmal en las horas altas de la noche o en las madrugadas. En este sentido nuestro país, si bien presenta índices menores de violencia que en otros lugares, no ha logrado ser excepción de un problema cada vez más aterrador: Cómo controlar una violencia que no reconoce límites ni formas y que encuentra su raíz más profunda en la disgregación familiar y en la influencia irresponsable de los medios de comunicación.

Los antecedentes señalados nos introducen al tema de hoy: Los menores infractores en la nueva ley ecuatoriana, que no puede ser entendido sino en el contexto de las grandes tendencias en el tratamiento de esta materia en todo el mundo, buscando siempre inventar respuestas nuevas y adecuadas frente a un conflicto que rebasa la imaginación. Por ejemplo, en los años 30 y 40 primaba el criterio de una sociedad paternalista y exclusivamente protectora del menor, que se negaba a ver la realidad; puesto que muchas veces, una declaración de inimputabilidad de los menores como

* Profesor de Derecho Penal, Penal Ejecutivo y Derecho Territorial de la P.U.C.E.

** Conferencia presentada en el III Seminario de Derecho Penal y Criminología, MAYO 1993, P.U.C.E.

lo hacen muchas legislaciones – incluida la nuestra- no encara la posibilidad de encontrar menores cuyos actos suponen un grado de madurez que establece responsabilidades en distinto nivel. Paralelamente es preciso ubicar el grado de responsabilidad que los adultos tienen frente a las inconductas de los menores a su cargo y las consecuencias que de ellas se derivan. Por fin, no se puede dejar de reflexionar en tres ámbitos jurídicos que deben estar normados: Lo sustantivo, lo procesal y las medidas de ejecución. Hay que anunciar desde ya que la nueva ley ecuatoriana atiende estos tres enfoques, con mayor precisión que las anteriores normas, y ya no se define conceptual y diferencialmente la antiguamente llamada “delincuencia juvenil” de la conducta irregular, esta última atendida mediante una sola disposición legal, como veremos.

1.- Las Normas Sustantivas:

Las normas aplicables a los menores infractores parten del supuesto previo de que se aplican en general para todos los menores con una orientación eminentemente protectora, bajo la inspiración de las normas internacionales recientes, tales como las de la Convención Internacional de los Derechos de la Infancia, las reglas mínimas de Beijing de las Naciones Unidas para la administración de la justicia juvenil, así como aquellas establecidas para los jóvenes privados de libertad, y las directrices de Riad sobre el mismo tema, en las que se insiste –con total razón- en la necesidad de la protección integral del menor, incluyendo el infractor.

1.1. Principios generales

Para todos los efectos del Derecho de Menores, como sabemos, en el Ecuador la edad límite corresponde a los 18 años (art. 3 C.M.), que para efectos penales se declaran normativamente inimputables (art. 40 C. P.). Pero es importante reflexionar que la inimputabilidad, en todo caso, no excluye la posibilidad de un accionar antisocial de cualquier persona, incluyendo los menores. Por ello, la legislación tiende (art. 6 C. M.) a buscar en todo el interés superior y el respeto a los derechos fundamentales como persona, entendida como un ser en proceso de formación, implicando esto, obviamente, al establecimiento correlativo y gradual de su capacidad de responsabilidad como una armoniosa síntesis de equilibrio entre los deberes y derechos. Además el menor ante la ley se presenta como un actor en el que es a la vez, el receptor de hechos sociales y culturales de su propio medio. Por lo dicho, la legislación de menores, si bien reconoce la inimputabilidad (art. 165), no puede dejar de establecer medidas de control frente a la desviación, más aún cuando la Criminología se plantea el hecho de que existen adultos cuya edad responsable no

corresponde a su cronológica, y al contrario, menores con capacidad de responsabilidad superior a la de su edad cronológica. En otro sentido, y para todos los casos relativos a menores, deben atenderse los diferentes problemas como asuntos humanos y no litigiosos (art. 7) prevaleciendo el interés del menor sobre cualquier otra consideración. Así, el Tribunal de Menores puede y debe, como veremos, actuar pruebas, recabar informes periciales, y emitir una resolución fundamentada en las comprobaciones procesales; pero con el objetivo antes propuesto. Este planteamiento, no ha logrado, pese a todos los esfuerzos, superar las posiciones peligrosistas y positivistas, como anota Alessandro Baratta al decir: "Los límites de esta fundamentación del derecho minoril continúan afectando todo el proceso hasta los últimos años. Estos límites son sobre todo dos: por un lado, la consideración del niño como objeto (de protección privilegiada y de control especial) y no como sujeto pleno de derechos. Por el otro lado, la sobreposición del concepto de menor infractor al de menor en situación irregular, consecuencia de la todavía persistente teoría positivista de la peligrosidad social" (Cap. criminológico, No. 18 - 19, Facultad de Derecho, Universidad del Zulia, Maracaibo, 1990 - 1991, pp. 165).

1.2. Definición de menor infractor

La actual legislación define la infracción de menores como la realización de "un acto que se encuentra tipificado en las leyes penales", lo cual significa que aunque la norma excluye la imputabilidad, reconoce la objetivización de un acto tipificado como delito para los adultos; pero protagonizado por un menor de edad. Consecuentemente se hace preciso partir de la constatación de una realidad: Un acto que infringe normas penales, y por otro lado, establecer mecanismos legales frente a ese hecho que tiene como protagonista un menor. Por esta razón se consagra el principio de legalidad al exigirse la tipificación anterior al acto, y se reconoce, en igualdad de condiciones que para los adultos, la procedencia del recurso de Hábeas Corpus (art. 169), interesante innovación normativa. Al establecerse esta garantía, el menor es reconocido legalmente como sujeto de derechos, como toda persona humana que demanda el restablecimiento inmediato de su libertad si ésta ha sido conculcada ilícitamente.

Reflexionando sobre el tema, creo que procedería igual recurso si se comunica al menor, presuntamente infractor (art. 174); o si aun en el supuesto caso de que el Tribunal de Menores dicte la internación provisional para el análisis procesal, no se respeten el plazo máximo de 15 días prorrogables hasta por otros 15: es decir, en total 30 que deben culminar con la audiencia correspondiente (art. 176).

El menor solo puede ser privado de la libertad en caso de infracción flagrante, o con orden escrita y fundamentada del Tribunal de Menores, para el caso de extrema violencia o por reincidencia (art. 166); pero siempre cuidando que se proceda de acuerdo a las normas constitucionales y en ningún caso si se trata de un menor a los doce años de edad. Si de hecho se produce la detención (art. 167), el menor debe ser inmediatamente presentado en un centro, y de no haber tipificación para el hecho en la ley penal, el director de dicho centro puede entregarlo a los padres, representantes o a una institución de defensa. Incluso se puede conciliar para que el menor voluntariamente asista a una institución. Se consagra la presunción de inocencia y el menor debe ser notificado de todos los pasos procesales, sin que se le pueda obligar a declarar y se reconoce su derecho al silencio.

Puede confrontarse con testigos y todas estas actuaciones se deben hacer en presencia de sus padres o representantes. El trámite debe ser rápido y reservado (art. 68) y tiene derecho a asistencia letrada en su defensa (art. 170).

En caso de que, fuera de la flagrancia, un menor deba ser detenido, el policía que proceda a esa detención debe identificarse y sin medios lesivos a su dignidad, con prohibición absoluta de tortura, efectuándose un registro minucioso del ingreso, manteniéndolo en sitios especiales y nunca con adultos (art. 172), se deberá elaborar un informe que puede servir de antecedente para el Tribunal, con la condición expresa de que se lo realice en presencia de un representante del Tribunal de Menores para que tenga validez. En cualquier caso, el tiempo máximo de detención es de 48 horas, y la audiencia debe celebrarse en las 24 horas siguientes. Si no hay detención, la audiencia deberá celebrarse dentro de 8 días (art. 171).

1.3. Otras conductas

Para efectos de la aplicación de medidas de ayuda y protección al menor, la actual legislación (art. 190) abre la puerta a aquellos casos en que sin tratarse de una infracción, la conducta del menor afecte la convivencia familiar, social o escolar. Para esto, los padres o representantes pueden acudir a los organismos de protección de menores para recibir la orientación del caso.

2. Las Normas Procesales

2.1. Reglas generales del proceso

Como bien señala Emilio García Méndez, tanto la Convención Internacional de los Derechos de los Niños, como las Reglas de Beijing, en un estudio comparativo, contienen diversas normas -hoy presentes en la legislación ecuatoriana- consagrando los principios de humanidad, legalidad, jurisdiccionalidad, del proceso contradictorio, inviolabilidad de la defensa, impugnación, legalidad del procedimiento y su publicidad (Ob. cit. pp. 187). En efecto, procesalmente se tiende a buscar que los menores infractores sean sujetos de una protección, de manera que el conocimiento judicial del caso llegue a convertirse en litigio solo como último mecanismo. Por ello, se consagra la posibilidad de remitir el caso a organismos especializados, capaces de proporcionar adecuados elementos de juicio (art. 177), y si el menor consciente en estas vías tendientes a orientarlo, termina el proceso y el consentimiento otorgado por el menor no implica reconocimiento de su participación.

2.2. La investigación

La ley ecuatoriana dispone la conducción del proceso por los organismos judiciales, constituidos en los niveles de participación, personalidad y circunstancias de la conducta del menor (art. 178), y bajo su responsabilidad el Tribunal debe impedir la violación a los derechos del menor y en ausencia de indicios o pruebas, debe garantizar su libertad. Se llega a establecer (art. 182) que el Tribunal de Menores en estricta confidencialidad, puede dar información al juez de lo penal para el trámite de los juicios instaurados contra adultos con participación de menores. Pero se prohíbe expresamente dar informes sobre los resultados de la investigación (art. 183) y menos aún, que lleguen a conocer estos datos, los medios de comunicación social.

2.3. Derecho de impugnación

El enfoque del derecho minoril en que el infractor es ambivalentemente, sujeto de protección, pero al mismo tiempo depositario reconocido de derechos que puede ejercer, se establece la posibilidad de impugnar los informes y pruebas incluyendo las pericias técnicas que se hubieren actuado en su contra (art. 181). Todos estos mecanismos deben mirar las condiciones, edad y gravedad del hecho (art. 180) inclusive para la clasificación de los menores en los centros de internamiento.

3.- Medidas de Ejecución

3.1. Marco general

Todas las medidas que el Tribunal pueda disponer están orientadas a la protección y a la reorientación e integración de la personalidad del menor, con un sentido resocializante, y lo que es más importante, tratando de que el menor se entrene y ensaye la posibilidad de convertirse en actor de su propio desarrollo en un diseño alternativo determinado por las autoridades judiciales de menores. Además, la actual legislación ha establecido claramente los mecanismos que el Tribunal puede poner en funcionamiento, para superar la arbitrariedad e indefinición que existía en el anterior código. En efecto, el Tribunal puede disponer de una amonestación, o la participación en programas de atención, orientación y supervisión. También puede determinar una libertad asistida, la colaboración en servicios comunitarios, procesos de semilibertad, ubicación institucional en casos excepcionales y obligación de reparar económicamente el daño causado (art. 184). Es importante resaltar el hecho de que actualmente la "Pequeña Comisión" encargada por la Corte Suprema de Justicia, con la asesoría de ILANUD, de preparar el anteproyecto de Código Penal ecuatoriano, cuyo diseño se encuentra distribuido para discusión nacional, estableció algunas de estas medidas penales para ser aplicadas en los adultos, ante el fracaso de la prisión y de otros mecanismos simplemente represivos.

3.2. Aplicación de las medidas

El Código de Menores, si bien establece -como se ha señalado- las medidas aplicables, nada dice sobre las formas prácticas de hacerlas realidad, con excepción de las reglas sobre internamiento. En consecuencia, es preciso reglamentar los medios pragmáticos en que se concretarán dichas medidas, que según la ley no pueden exceder de un año en su tiempo de ejecución.

Respecto al internamiento, su tiempo máximo de aplicación es de cuatro años, obligándose el Tribunal (art. 185) a determinar el tiempo. De todo esto, el menor puede apelar, y en ningún caso se discontinuarán los estudios que haya estado cursando. En cualquier caso, de establecerse la inocencia, así se hará constar en el expediente y no se puede mantener (art. 186) ninguna referencia que no conste procesalmente.

Las medidas que el Tribunal toma pueden ser revisadas (art. 187) y no pueden prolongarse después de los 21 años de edad. así mismo, (art. 188) se reconoce la obligación de reparar el daño causado; pero no se admite la acusación particular contra el menor, en lo cual podemos colegir la premi-

nencia del criterio civil de una fuente de obligación delictual o cuasidelictual, sobre el criterio del derecho penal de la obligación de reparar daños y perjuicios como consecuencia de una infracción.

Durante el internamiento se reconoce el derecho del menor a la educación, a la formación profesional, al desarrollo de actividades recreativas, a la práctica de sus propias creencias religiosas, a la atención médica y psicológica que requiera y a reclamar por el maltrato de las autoridades, así como a impugnar las medidas disciplinarias que se impongan en su contra. Es un sobresaliente detalle establecido en la ley (art. 189) la obligación de cada centro de mantener los libros de vida, tanto individuales como institucionales, facultándose a los menores el acceso a todos los informes y el derecho a impugnarlos.

Por la presión política, extranacional, la ley minoril dedica disposiciones especiales sobre drogadicción y prevención de la misma, respecto a lo cual se establece la coparticipación de padres e instituciones (art. 191), e innecesaria, antitécnicamente, y por razones que no son jurídicas sino de otro tipo, se establece que los menores que infrinjan la ley sobre estupefacientes, serán tratados como infractores. Esto es innecesario porque las reglas deben ser comunes a cualquier infracción (art. 192). Además, los menores drogadictos, dice la ley que deben ser internados para el tratamiento respectivo durante el tiempo que sea necesario, lo cual convierte a esta en una norma peligrosa, por decir lo menos, y que rompe toda la armonía y el buen propósito del resto de disposiciones (art. 193). Como un paño tibio el art. 194 dice que no se ordenará este internamiento si los padres o guardadores ofrecen la garantía suficiente de rehabilitación del menor bajo la supervisión del Tribunal.

Conclusión

El tema de los menores infractores, será siempre el de la búsqueda de alternativas a una problemática que después se proyecta en el mundo de los adultos infractores, a quienes cualquier medida de recuperación social suele llegar demasiado tarde. Por ello, la nueva ley ecuatoriana de menores, constituye un innegable esfuerzo en pos de la humanización y del diseño de una sociedad mejor; pero mientras la disgregación familiar, la desigualdad social y la irresponsabilidad machista sigan imperando, existirá cada vez un mayor número de niños de la calle, en la que "La crisis de los 80 se manifiesta con ferocidad en esta zona de la política social en la figura emblemática del niño de-en la calle. Su mejor definición, como una isla rodeada de omisiones...", en palabras de García Méndez, a las que yo añadiría, traducida en una mayor indolencia y en una creciente irresponsabilidad de todos los actores sociales, cuyo único dios parece ser la economía de mercado (Ob. cit. pp. 184).

LA REDUCCION DEL CRECIENTE VOLUMEN DE LA POBLACION PENITENCIARIA**

Dr. Pablo Maldonado Schullo*

PRIMERA PARTE

Análisis de la Población Penitenciaria

Hemos creído oportuno aproximarnos al problema de la sobrepoblación penitenciaria, asumiendo una perspectiva integral del mismo, requiriendo de la totalidad del sistema penal, en todas sus etapas, las razones que, en primer lugar dan origen a este fenómeno.

El método a emplear, al asumir el análisis a partir de la última etapa del sistema penal, esto es del Derecho Penal Ejecutivo, es la inducción. A partir de la realidad de los centros de rehabilitación podremos establecer cuáles son las tendencias de la conducta delictiva.

Los fundamentos enunciados en el proyecto, que proporcionan la directriz de la presente investigación, son: a) Reducción del uso de la prisión; b) Impedir el ingreso al sistema penitenciario; c) Evaluación del sistema; y, d) Determinación de los obstáculos (cuellos de botella) del Sistema Penal, y Penitenciario en particular para otorgar libertad condicional y pre libertad.

Como un preámbulo al establecimiento de las causales de la sobrepoblación penitenciaria, estimamos útil servimos del Informe de la *REUNION PREPARATORIA REGIONAL DE AMERICA LATINA Y EL CARIBE PARA EL 8vo. CONGRESO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE PREVENCION DEL DELITO Y TRATAMIENTO DEL DELINCUENTE*, celebrada el pasado 25 de agosto de 1989. Como resultado de la cooperación entre la CEPAL (Comisión Económica para América Latina) y el ILANUD, se planteó que existe "...relación clara, pero no bien comprendida, entre el deterioro económico [...] y el aumento constante... de criminalidad" (pág. 11). Respecto a las recientes tendencias reflejadas en los indicadores económicos de la región "...La CEPAL procedió a describir... el deterioro de las economías de la región. Esos procesos se habían agravado durante 1988, [...] si la criminalidad se

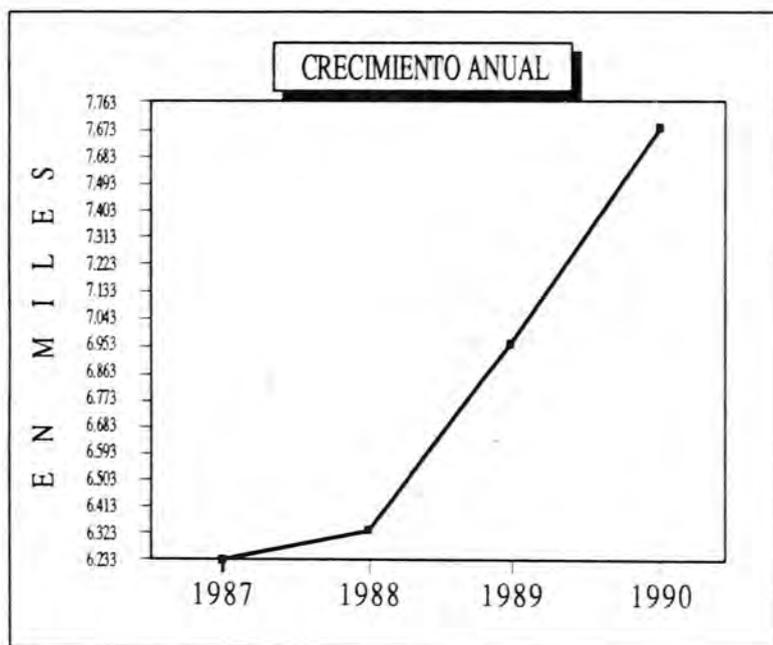
* Colaborador de los Consultorios Jurídicos de la P.U.C.E.

** Conferencia presentada en el III Seminario de Derecho Penal y Criminología.

presentaba a los ojos de muchos como una forma válida para sobrevivir, perderían eficacia las estructuras normativo-legales de control social. A todo esto venía a sumarse el impacto corruptor en todos los niveles de la estratificación social y en varias instituciones públicas de las organizaciones dedicadas al tráfico ilícito de drogas" (pág. 12).

Sin perder de vista el principio rector de este proyecto, en cuanto a reducir la población penitenciaria no es menos cierto que "un Sistema Penal justo se asentaría en dos pilares: la prevención de la delincuencia y el respeto por la persona del delincuente" (pag. 18).

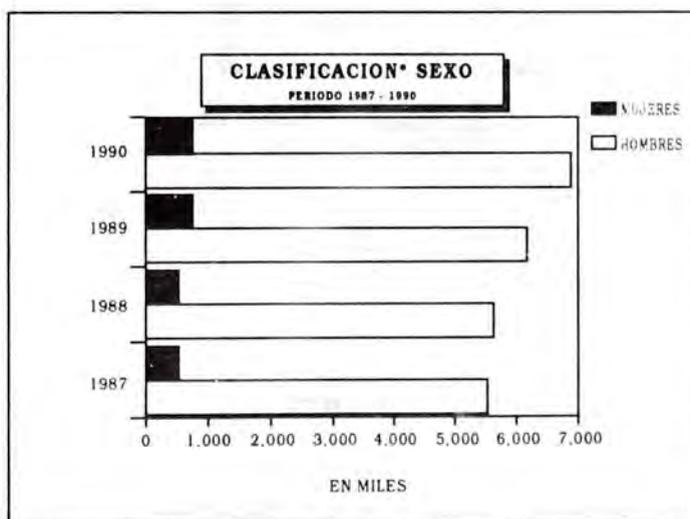
A partir de estadísticas proporcionadas por la Dirección Nacional de Rehabilitación Social, hemos verificado la estrecha interrelación entre la crisis económica, el narcotráfico como elemento corruptor, y la cultura de violencia, con la tendencia creciente de la criminalidad, más que del crimen, o de los sujetos activos del delito.



Se verifica en el Ecuador, lo manifestado por la CEPAL, esto es, que a partir de 1988 el deterioro económico más acusado, marcó indudablemente una pauta en el crecimiento de la criminalidad manifiesta, por ejemplo en el crecimiento de la población penitenciaria. Otro fenómeno delictivo, agravado por nuevos esquemas normativos y represivos a nivel internacional, y asumidos de manera refleja en el Ecuador, es el narcotráfico.



Sintomático, en nuestro sistema penal, es la congestión judicial, que revela que menos de una tercera parte de la población penitenciaria se encuentra sentenciada, y por lo tanto sometida a plena responsabilidad de la fase ejecutiva penal de rehabilitación y reinserción social. Como se manifiesta en el documento preparatorio antes citado, "... no era suficiente con cárceles. Se debían resolver las causas del delito antes que sus consecuencias. [...] La congestión judicial y la prolongada duración de los juicios penales exacerbaban el problema pues provocaban el hacinamiento en las prisiones" (pag. 19).



El crecimiento de la población penitenciaria, en su composición peculiar, clasificada por: sexo, edad, nivel de instrucción, resulta en una introyección de la realidad extra-penitenciaria, social. El protagonismo de la mujer es igualmente marginal en el campo delictivo, una población estable en los últimos años, que se sitúa en el 10% de la población penitenciaria.



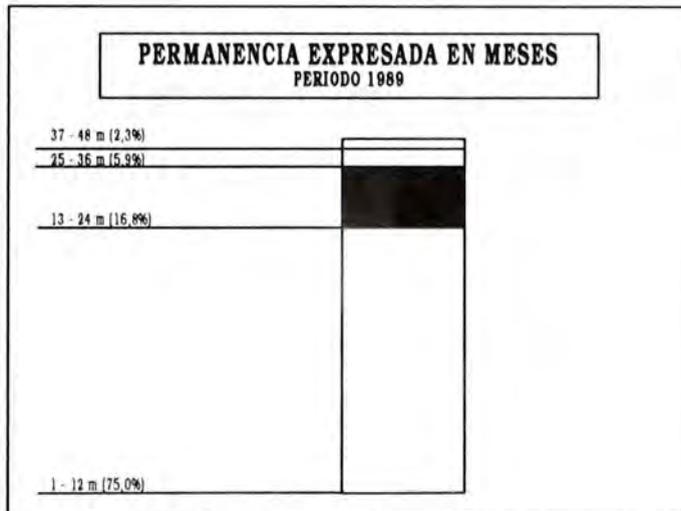
Es sumamente preocupante que la criminalidad se concentre en el estrato más joven de la población. El hito generacional está marcado, entre otras causales, por realidades económicas, que señala el ILANUD al identificar que "otros factores... eran las consecuencias psicológicas del desempleo y la marginalización, cuyas víctimas eran los sectores más jóvenes de la población" (pág. 12).



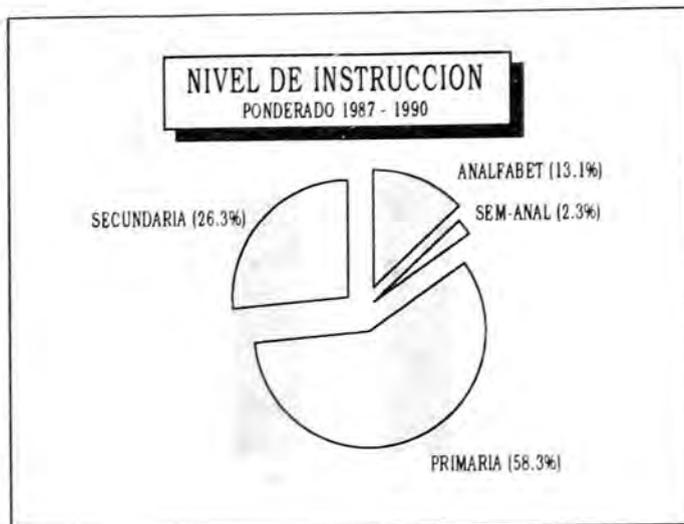
La eficacia del proceso penal, entendiéndose que comúnmente se haya más ocupado en delitos pesquiables de oficio, está en grave entredicho. Tan solo un 17% de quienes egresan de los centros de rehabilitación, sale por cumplimiento de condena. Una abrumadora mayoría egresa por falta de méritos para continuar con el proceso en la etapa del plenario, o ya luego del plenario por sentencia absolutoria. Debemos resaltar que muchos procesados son sobreseídos por insuficiencia, o mala actuación de las pruebas, que permitan establecer tanto la existencia del delito como la responsabilidad del sindicado.



El 10% de la población sentenciada, disfruta de la aplicación del Código de Penas. Además habrá de considerarse que aproximadamente un 30% de dichos internos no califica para estos beneficios, debido a que la severidad del tratamiento a los reos de narcotráfico, no permite la concesión de Pre libertad y Libertad Controlada.



Otra evidencia de la ineficacia de los procesos penales, no en razón de la normatividad, sino de los sujetos, es que aproximadamente el 50% de la población penitenciaria permanece hasta 12 meses privada de su libertad. No cabe hablarse siquiera de penas menores de prisión, en la mayoría se trata de procesos que jamás prosperaron, o prisiones provisionales que mantienen una población flotante



Tanto los internos analfabetos, o con instrucción superior constituyen los menos, del total de población. El índice de analfabetismo es similar al nacional, situándose en menos del 12%. Cabe resaltar que muchos internos, en su edad escolar fueron abruptamente incorporados a la fuerza de trabajo en las calles.



La composición delictiva ha sido similar durante el pasado lustro, sin embargo el narcotráfico evoluciona ocupando el primer lugar. Tanto los delitos contra las personas, como los delitos sexuales son fruto de la cultura de violencia, que goza de aceptación social. Los delitos sexuales, aún no son tratados en su verdadera dimensión, principalmente el abuso de menores, la falta de difusión incide en el desconocimiento de sus verdaderas proporciones.

SEGUNDA PARTE

Diagnóstico de la Aplicación de Pre-libertad y Libertad Controlada Período 1988-1991

“Art. 38.- Los condenados al cumplimiento de una pena con sentencia firme, dejan de pertenecer al fuero jurisdiccional y pasan, para los efectos del cumplimiento de la misma, a la sujeción del Sistema Penitenciario que consagra este Código” (Código de Ejecución de Penas).

Al amparo de esta norma, que consagra la jurisdicción del Sistema Penitenciario, debemos resaltar que la eficacia de la fase ejecutiva penal pende de una genuina autonomía operativa. En forma analítica podemos establecer, que dicha autonomía se ve afectada por falencias legales, y administrativas.

Problemas de Indole Legal:

Subdividimos esto entre las grandes áreas del Derecho Penal: Sustantiva, Procesal y Ejecutiva.

Ya en investigaciones anteriores hemos establecido que en el orden procesal penal existen fallas que repercuten en la estadística penitenciaria, esto es, que tres cuartas partes de la población de los centros no cuenta con sentencia, y que por lo tanto no se encuentra sujeta al sistema penitenciario. Otra falencia transmitida por ámbito judicial, es la algunas veces inoperante o corrupta administración de justicia, reflejada en el hecho que tan solo un 17% de quienes egresan del sistema penitenciario lo hacen por cumplimiento de condena, visto de otro modo, un 83% egresa de los centros por no haber encontrado suficientes méritos en el proceso, sea para dictar el auto de llamamiento a plenario, o para dictar sentencia condenatoria.

Una situación derivada de lo que acabamos de anotar, es que cuando se ingresa al sistema penitenciario, existiendo sentencia condenatoria firme, el silogismo judicial (la sentencia) resulta en muchos casos contradictorio con la lógica jurídica que deben elaborar los departamentos de diagnóstico y evaluación. Casos concretos, los de inimputabilidad e inculpabilidad.

En el ámbito del Derecho Penal Sustantivo, la acusada crisis económica a partir de 1988 suscita un reto para el sistema penal en general para que este plantee soluciones alternativas como la reparación económica, y la despenalización de conductas.

Simultáneamente, el tratamiento al narcotráfico se radicaliza y se crean nuevos cuerpos legales como la Ley de Control y Tráfico de Estupefacentes, que en la parte concerniente al Derecho Penal Ejecutivo, obsta la posibilidad de aplicar las fases de tratamiento de pre libertad y libertad controlada.

Un clamor de la Dirección Nacional de Rehabilitación, es que se diferencie según el grado de participación delictiva, a los internos que purgan penas por narcotráfico, anotándose que la mayoría ha cometido delitos de poca relevancia.

En materia de Derecho Penal Ejecutivo, pese a establecerse claramente la jurisdicción del sistema, en la concesión de libertad controlada se requiere informes favorables por parte del presidente de la Corte Superior y del Ministerio Fiscal, representantes de la Función Judicial y del Poder Ejecutivo, que se supone perdieron su injerencia. Existen denuncias que tales libertades se conceden pese a mediar informe desfavorable del Departamento de Diagnóstico y Evaluación, esto resulta en que individuos sin ningún tratamiento, catalogados como de media y alta peligrosidad salen en libertad.

Otro aspecto es el cumplimiento de exigencias de la ley que resultan en meras formalidades y por lo tanto en retóricas, hablamos de requerimiento de Contratos de Trabajo. Se ha podido establecer que dichos contratos raras veces se ejecutan.

Falencias Administrativas

Una pregunta clave, para determinar cuan eficaz es el tratamiento que proporciona el sistema penitenciario es: Del tiempo total de condena, cuál es el porcentaje real consagrado al tratamiento del interno?

Conforme al Código de Ejecución de Penas, el sistema progresivo se aplica desde que el interno cuenta con sentencia condenatoria firme, esto de por sí indica, que de su estadía, por lo menos 12 meses no disfruta de ningún tratamiento por encontrarse su proceso en la etapa del sumario.

Otro problema, es que por limitaciones de infraestructura, y falta de personal idóneo y calificado, el tratamiento recién se prodiga a instancias del propio interno que solicita pre-libertad o libertad controlada. Esto significa, en el caso de libertad controlada, que el interno ha cumplido por lo menos tres quintas partes de la pena impuesta, y recién se inicia el tratamiento para procurar que el interno registre mínima peligrosidad, y califique para las fases de pre libertad y libertad controlada.

Un aspecto que igualmente resulta preocupante, es que muchos diagnósticos de los diversos centros del país, que reportan mínima peligrosidad del interno, resultan objetados por el Departamento de Diagnóstico y Evaluación de la DNRS, por detectarse lo contrario.

Las propuestas que se hagan para reducir la población penitenciaria, habrán de derivarse de la filosofía que anime a todos los sujetos del sistema penal, antes que en la reforma de cuerpos legales. Existe una textura abierta en la ley, que permitirá acabar con la ineficacia del procedimiento penal. Autoridades policiales denuncian una nueva realidad de violencia, habrá que determinar su génesis, ya que la justicia del sistema penal se realiza en la prevención del delito, y no en la punición. La eficacia del sistema penitenciario, medido en las proporciones de quienes se encuentran sujetos a él, deberá justificarse en sí misma, sin perjuicio de las graves limitaciones arrastradas a lo largo de todo el sistema penal.

La capacitación, el empleo de la informática como herramienta de la administración penitenciaria, permitirán demostrar no solo la utilidad sino la eficacia del sistema.

PROYECTO DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL 1992 - PRESENTADO POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ORIENTACION EPISTEMOLOGICA DEL SISTEMA PROCESAL PENAL INQUISITIVO, EN CONTRAPOSICION, CON EL SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO

Dr. Rodrigo Bucheli Mera*

1.- Epistemología

ORIENTACION DEL PENSAMIENTO EN UNA AREA DEL CONOCIMIENTO HUMANO DETERMINADA	CUANDO SE TRATA DE LA CONDUCTA HUMANA, COHERENCIA ENTRE LOS POSTULADOS DENTRO DE CONTEXTO IDEOLOGICO
---	---

La epistemología tiene que ver con la orientación del pensamiento en una área del conocimiento humano determinada.

Tal orientación, cuando se relaciona con regulaciones de la conducta humana, no se manifiesta deliberadamente, sino dentro de concepciones integralmente consideradas; de manera que se trata de principios que se configuran en interacción entre sí, dentro de sistemas definidos. Entonces los enunciados constituyen el desarrollo de actitudes que se configuran dentro de auténticas ideologías. La configuración de tales principios, se explican a través de procesos de formación, y la aplicación de los mismos en casos concretos tienen tal sentido: el estar en función de sistemas. La norma A, en consecuencia, no es A en sí misma, sino que significa a una realidad integralmente concebida.

2.- Epistemología en el Derecho en general

CON RESPECTO A LA ELABORACION Y APLICACION DEL SISTEMA NORMATIVO EN GENERAL: EN FUNCION DE UNA REALIDAD SOCIAL DETERMINADA EN UN MOMENTO HISTORICO DETERMINADO. SE ADECUAN CORRIENTES UNIVERSALES DEL DERECHO
--

* *Profesor de Práctica Penal, Ciencia Penal y Criminología de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador*

Coautor del Proyecto de Código de Procedimiento Penal, Corte Suprema de Justicia, 1992.

El abordar un tema vinculado con la regulación de la conducta humana, requiere de la base de sustentación epistemológica, para poder comprender la esencia de la realidad jurídica; muy significativamente cuando de una u otra manera se relaciona con el delito. Es el cordón umbilical del conocimiento, puesto que tiene que ver con la forma como el pensamiento se orienta, con su naturaleza intrínseca, con su significado dentro de una proyección metodológica; y, fundamentalmente con la aplicación del sistema normativo –generalmente de carácter universal, dentro de corrientes desenvueltas–, en una sociedad determinada y en un momento histórico. Un ordenamiento jurídico penal, no se produce porque sí ni se improvisa, se enmarca en un contexto ideológico, en el que sus principios son coherentes entre sí.

Cuando se trata de la conducta humana, evidentemente que la norma jurídica que ha de regularla, no puede desenvolverse desde su origen, y peor aún en su desarrollo y evolución en forma arbitraria, sino que debe tener un sentido que es esencial, sentido ideológico. El creer que se trata de la norma aislada a la que se la elabora y se la aplica, no tiene razón de ser. Fundamentalmente debe haber una orientación tal, que permita su aplicabilidad coherente, su significado real en función de todo un contexto.

Al elaborarse la Ley, cuando el juez tiene que aplicarla al caso concreto, si bien es cierto se trata de la disposición aisladamente considerada, sin embargo obedece a un contexto, a una línea, a una orientación, a una actitud; diríamos mejor a una concepción ideológica, la ideología de la orientación jurídica. La situación no queda solo allí, sino que este contexto normativo debe ser la expresión del desenvolvimiento histórico de una colectividad. Entonces a una Ley, no se la establece ni aplica porque sí, deliberadamente, sino que está en función de un contexto normativo adecuado a la realidad histórica de la colectividad.

3.- Epistemología en el Orden Jurídico Penal.

Sistema procesal inquisitivo dentro de estructura penal represiva.

- 3.1. Según la concepción tradicional, el derecho penal o el derecho procesal penal, por ejemplo, constituían ámbitos totalmente separados –o, al menos, “separables”–, con limitados lazos de unión entre sí.
- 3.2. En los últimos veinte años, aproximadamente, se observó que el derecho procesal penal está fuertemente influido por el derecho penal, que ambos tienen consecuencias vitales en el sistema penitenciario y que, por lo tanto, no eran segmentos de un único sistema.

- 3.3. El conjunto de instituciones, penales o procesal-penales, no pueden en modo alguno ser analizadas de un modo independiente, porque en su funcionamiento real actúan de un modo estrechamente interrelacionado.
- 3.4. La aplicación del concepto de "sistema" plantea el principio de que cada uno de los ámbitos constituye un "subsistema" de un todo global llamado "sistema penal". Esto permite que el alcance de la norma jurídica no tenga un significado estático, por lo que, la idea de sistema, conlleva objetivos y funcionamiento real. Existe una interrelación dinámica entre las partes de esa misma estructura.

Al referirnos al Código de Procedimiento Penal en vigencia, con relación al Proyecto de Código de Procedimiento Penal presentado a la legislatura el año pasado, estamos entre la actitud que rige desde la vida colonial y la iniciación de la vida republicana, de determinadas características y orientación; en contraposición a otra diferente, que entraña una posición ideológica distinta. El instante histórico superado hasta hace aproximadamente dos décadas, y el que al momento viven el país y el continente. Dos realidades procesales que están en función de dos concepciones distintas sobre el delito. Son dos sistemas normativos diversos, no es la institución procesal aislada ni la norma jurídica aislada, de cada momento; no es el aspecto concreto, es la estructura diversa, en cada sistema.

Pero veamos, ¿será cuestión de hablar solo de Código de Procedimiento Penal?, no; cuando se trata de epistemología, es decir, de la orientación del pensamiento, decíamos que se trata de una integración normativa, de una estructura. La concepción tradicional, determinaba que el derecho penal y el derecho procesal penal, por ejemplo, tengan ámbitos totalmente separados, o al menos separables, con limitados lazos de unión entre sí, pero en los últimos veinte años, ya se advierte el esquema en que el derecho procesal penal está íntimamente influido y en interacción con el derecho penal; y ambos, al derecho procesal penal y el derecho penal, tienen que ver, están en función y deciden la realidad penitenciaria de una colectividad.

Ahora, este conjunto de instituciones penales o procesales penales no pueden por lo tanto, de modo alguno, tener características independientes, porque en su funcionamiento real actúan de un modo íntimamente interrelacionado. Este aspecto jurídico penal tiene que ver con la concepción jurídica procesal penal y la pena de naturaleza peculiar, está en función del sistema penal y procesal penal; entonces se trata de la idea de sistema, y esa es la concepción epistemológica en función de sistema; es lo que deviene en ideología. De allí que en virtud del sistema, es lo que encontramos al significado de la realidad procesal. El problema de la justicia no está en función

entonces de la realidad adjetiva o sustantiva, aisladamente estimadas, no está en función de quienes ejercen la administración de justicia solamente; hay una realidad coherente que tiene en ese sentido que ser analizada.

<p>DERECHO PENAL</p> <p>PROVIENE DE 1938.</p> <p>CODIGO PENAL BELGA 1770.</p> <p>TENDENCIA PROVIENE DE ESCUELA CLASICA SIGLO XIX.</p>	<p>1. DE NATURALEZA EMINENTEMENTE REPRESIVA: NO SE CONSIDERA LA REALIDAD DEL REO, SE PRESUME LA CAPACIDAD DE SER SUJETO DEL DELITO Y A EL LE CORRESPONDE DEMOSTRAR LO CONTRARIO. SE PRESUME A LA LEY COMO CONOCIDA POR TODOS Y NO SE ADMITE EL ERROR DE DERECHO (CONCEPCION CIVILISTA)</p> <p>2. AL DOLO Y LA CULPA SE LOS CONCIBE COMO FORMAS DE CULPABILIDAD, LO QUE PERMITE QUE EN LA EVALUACION DEL DELITO, SE CONFIGURE UNICAMENTE LA GRAVEDAD DEL HECHO ANTES QUE LA CONDICION DEL SUJETO, HAY VECES QUE NO SE LLEGA A ENFOCAR ADECUADAMENTE AL DOLO.</p>
--	---

<p>PENA CODIGO PENAL</p> <hr/> <p>PENA CODIGO DE EJECUCION PENAS.</p> <hr/> <p>PENA LEY ESTU-PEFAC</p>	<p>SISTEMA RETRIBUTIVO O SANCIONATORIO</p> <hr/> <p>1. SISTEMA PREVENCION ESPECIAL</p> <p>2. REHABILITACION SOCIAL</p> <p>3. INAPLICABLE IMPERA FORMA REPRESIVA</p> <hr/> <p>- PREVENCION GENERAL, TIENDE A QUE LA APLICACION DE LA PENA EN UNOS, SIRVA DE ESCARMIENTO SOCIAL. ESTADO GENDARME.</p>
--	---

SISTEMA PROCESAL INQUISITIVO

ESTADO: PODER PUNITIVO

EL DERECHO PENAL QUIERE LLEGAR SIEMPRE A LA SANCION Y PARA ELLO ORGANIZA UN ACUSADOR PUBLICO, ORGANO ESTATAL DESTINATARIO DEL DEBER JURIDICO DE PERSEGUIR.
EL ESTADO PERSIGUE Y JUZGA EN CONCENTRACION TIPICA: DESDE EL PUNTO DE VISTA MATERIAL LAS FUNCIONES QUE CUMPLEN MINISTERIO PUBLICO Y JUEZ SON IDÉNTICAS –AVERIGUAR LA VERDAD SOBRE UNA INFRACCION Y ACTUAR LA LEY PENAL, AUNQUE SUS PRONUNCIAMIENTOS TENGAN DISTINTO VALOR FORMAL –REQUIRENTES LOS DEL FISCAL Y DECISORIOS LOS DEL JUEZ



Fundamento del Sistema Inquisitivo Desarrollo del Sistema Inquisitivo

I) A través de medios de prueba preocupación exclusiva por establecer la existencia de la infracción punible y determinar a quienes intervinieron en ella.
Hay una tendencia a determinar únicamente el hecho punible incriminado y se limita a imputar a los posibles autores, cómplices o encubridores.

II) Instrucción del sumario los jueces, a quienes la Ley otorga la función investigadora o instructora, previa al juicio (plenario) tienen la facultad de actuar de oficio, sin perjuicio de que también intervengan a pedido del querellante o del Ministerio Público. El juez pone de oficio en actividad la jurisdicción del Estado.

III) Con respecto al plenario solo comienza, luego de una etapa intermedia en la que, como resultado de la investigación previa, se lo llama a juzgamiento al imputado.

El sistema procesal vigente, se encuentra dentro de la orientación ideológica inquisitiva, ubicada dentro de una posición eminentemente represiva, que en los términos antes expuestos, se encuentra, dentro de un contexto, integrando a la estructura jurídico penal vigente en las distintas áreas de desarrollo. Al respecto, no nos es posible el formular un desarrollo total del asunto, por lo cual simplemente tomamos datos ilustrativos.

Por ejemplo: no podemos dejar de advertir al derecho penal sustantivo que rige actualmente, cuyo origen data de 1938, que mantiene desde entonces hasta el momento, las características básicas heredadas del Código Penal de 1970, cuya tendencia proviene de la escuela clásica de mediados del siglo XIX. Si el Estado sufre el agravio por el impacto que el delito ocasiona, se precisa configurar un sistema penal sustantivo que, en función de reparar el daño, persigan a la infracción y a sus responsables para efectos de que se mantenga el equilibrio en el desarrollo del Estado. Entonces el principio de derecho civil de la presunción del conocimiento de la Ley se sustente, y que no quepa el error de derecho; o, el que el inimputable sea quien pruebe su incapacidad de ser sujeto de delito. Luego, dentro del causalismo, al dolo y la culpa se los ubica como formas de culpabilidad, dentro de la parte subjetiva; de manera que, primero hay que establecer la antijuridicidad de la conducta típica, para luego, cuando no hay tiempo, cubrir la posibilidad de la idoneidad del sujeto de delito¹.

En materia penitenciaria, secuela de la actitud represiva que se desprende de la pena en la regulación penal sustantiva, al Estado le importa el castigo, y nada más. Por esfuerzos que se hayan dado en el Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, en el que se pretende concebir a la prevención especial, prevalece el criterio sancionatorio, y las regulaciones de ejecución de penas, se pierden dentro de lineamientos de un positivismo puro, que ya no tiene razón de ser en el instante actual. Por último, ya con respecto a la pena, se vuelve al Estado gendarme en la Ley especial que sanciona al narcotráfico, en que se parte de la culpabilidad del imputado antes de sentencia, y se tiende a "eliminar el narcotráfico" con la pena rigurosa².

1 Lo que preocupa es la gravedad del hecho antes que la idoneidad del sujeto; interesa entonces que la justicia quepa ante lo objetivo, con sacrificio de lo subjetivo.

2 Se ha llegado hasta a limitar el derecho de defensa, que se consolida la idea de que para el juzgamiento en materia estupefaciente, se necesita de una computadora y un programa informático, en que simplemente se determinen los datos, para que sea la computadora la que dicte sentencia.

A lo que en breves lineamientos hemos señalado, obedece el sistema procesal inquisitivo, en el que los aspectos fundamentales se rigen por lo siguiente: **1.** Órgano Jurisdiccional y Ministerio Público, persiguen el delito³; **2.** Sistema cautelar tendiente a salvaguardar el poder del Estado: la prisión preventiva se convierte en condena anticipada; y, si el imputado siendo inocente ha sido reprimido, el Estado le dice: señor, aquí no ha pasado nada, solamente estuvo privado de su libertad; sin embargo, de que se ha iniciado un proceso de criminalización; **3.** Lesión a las garantías constitucionales vinculadas con el derecho de defensa y presunción de inocencia⁴.

Se ha dado paso en el Código de Procedimiento Penal en vigencia, al denominado sistema procesal mixto al respecto, Alberto Binder señala en el último ejemplar de la Revista Capítulo Criminológico de la Universidad de Zulia, que esta forma es totalmente parcial y forzada, que no recoge una actitud espontánea dentro de una epistemología propia⁵, en el que en la parte procesal denominada plenario, que sería el juicio, en que se evalúa la conducta del implicado, aparentemente el Tribunal Penal, que jerece la jurisdicción correspondiente, aparentemente conoce directa y personalmente la prueba en la audiencia respectiva⁶, tal situación no es cierta, porque lo que fundamentalmente se remite a realizar es un conocimiento formal de la prueba que se practicó en el sumario, es decir, en la primera etapa del proceso ante el juez penal que instruye la causa.

En definitiva, lo que se da en esencia, es un sistema esencialmente incriminatorio, no solo de la estructura procesal, sino de una realidad integral, que va desde la sustantiva penal, hasta la penitenciaria. En un esquema desequilibrado y contradictorio, arbitrario, determinante de contrariedad de normas, especialmente las que deberían servir de base, las constitucionales.

3 El juez no está revestido de imparcialidad, es parte para perseguir. Interviene en la práctica de las diligencias y las ordena "de oficio", en función de la potestad punitiva del Estado.

4 Se da el caso que el defensor de oficio designado por el juez de instrucción, nunca conoció la causa en la que falsamente interviene, y peor a su defendido. la intervención de la defensa es meramente formal, se limita a las firmas que han de constar en la causa. En los juzgados de policía (comisarias e intendencias), las firmas del defensor de oficio las hace a veces el auxiliar del juzgado.

5 El sistema mixto no cumple con su objetivo; la oralidad que se pretende en el plenario, luego de que la fase investigativa o sumario se mantiene en el molde inquisitivo, es una ficción, puesto que la prueba viene realizada por el juez de lo penal en la primera parte del proceso.

El modelo escrito e inquisitivo es un modelo completo, que no solo implica una determinada forma de funcionar de los Tribunales Penales, sino, también una determinada forma de actuación de los fiscales, de la Policía, de los litigantes etc. Por lo tanto, la reforma del sistema inquisitivo necesita el diseño de un modelo alternativo, también completo. Pero eso mismo, cuando hablamos de la adopción del juicio oral, tampoco nos estamos refiriendo solo a un modo de funcionamiento de los tribunales: el sistema acusatorio y el juicio oral implica la transformación de los modos de actuar de todos y cada uno de los protagonistas del sistema de justicia penal.

6 La denominada inmediación

La orientación punitiva del Estado, en los términos anotados, es común en Latinoamérica, y la crisis de la justicia se identifica con el sistema procesal inquisitivo. Se identifica con el sistema procesal inquisitivo. Se produce como corolario una reacción, que es indudablemente ideológica. Reacción que, si bien nace en los países industrializados, sin embargo el principio llega a conjugarse en su esencia en los países latinoamericanos: a través de la CRIMINOLOGIA CRITICA. Se llega a comprender que la realidad delictiva convencional, que se desarrolla a través del delincuente común y del delito previsto en los códigos penales, no entraña el único mal social, el daño al equilibrio colectivo; lo que, ya advertido en esencia el fenómeno produce el mayor perjuicio que el delito en sí mismo; la represión como forma de manifestarse de la justicia con el fin de perseguir al delito y al delincuente. llega a transgredir valores sociales de notable significación, y a irrumpir el equilibrio: los mecanismos de control social devienen en violencia institucionalizada. Qué de grave resulta que la prisión preventiva, por ejemplo, se convierta en pena anticipada y que las cárceles estén ocupadas por inocentes, aún no declarados culpables: tanto más lamentable que el delito, es el hecho de que el costo procesal sacuda a quienes como imputados o víctimas intervienen en el proceso.

La atención entonces, no se dirige ya al hecho y a los sujetos aislados, sino a las instituciones de control social y al daño que producen a pretexto de los roles que desempeñan. Es una reacción entonces contra la justicia inquisitiva predominante.

5.- El Sistema Procesal Acusatorio hacia una Nueva Actitud en Función de una Estructura Jurídica

ESTADO: FACULTAD PUNITIVA

NO SE ORIENTA A REPRIMIR EL DELITO, SINO A EVITARLO PERMITE LA EFECTIVACION DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO: EN LA DEFENSA DEL SINDICADO Y LA ACUSACION DE LA VICTIMA. EN LA PARTE INVESTIGATIVA SE POSIBILITA EL ARCHIVO DE LA CAUSA CUANDO LA REALIDAD NO AMERITE UN PROCESAMIENTO CON EL ESTABLECIMIENTO DE CONDICIONES QUE DEBEN SER SATISFECHAS POR EL IMPUTADO. EL FISCAL PUEDE EN LA PARTE INVESTIGATIVA Y EN LA AUDIENCIA PRELIMINAR (INTERMEDIA), TRANSAR CON EL IMPUTADO. ORALIDAD, INMEDIACION Y PUBLICIDAD DEL JUICIO.

ORGANOS DEL ESTADO

AVERIGUAR
LA VERDAD

INVESTIGACION Y AUDIENCIA PRELIMINAR

ORGANO JURISDICCIONAL DESCISORIO JUEZ	ORGANO EJERCICIO ACCION PENAL MINISTERIO PUBLICO REQUIRENTE
LEGALIZA LOS ACTOS DE INVESTIGACION DEL MINISTERIO PUBLICO	REALIZA LA INVESTIGACION EN LOS DELITOS PESQUISABLES DE OFICIO, LA PROMUEVE Y PROSIGUE LA ACCION
AUTORIZA LA DESESTIMACION DE LA DENUNCIA CUANDO EL ACTO NO ES DELITO; Y EL ARCHIVO DE LA ACCION (DISCRESIONALIDAD)	SOLICITA LA DESESTIMACION DE LA DENUNCIA CUANDO EL ACTO NO ES LICITO; Y, EL ARCHIVO DE LA ACCION (DISCRESIONALIDAD) DIRECCION POLICIA JUDICIAL
LEGALIZA LA AUDIENCIA PRELIMINAR DESPUES DE LA INVESTIGACION Y ANTES DEL JUICIO	INTERVIENE EN LA AUDIENCIA PRELIMINAR, DESPUES DE LA INVESTIGACION Y ANTES DEL JUICIO.

INSTRUCCION FISCAL

NATURALEZA

ES PREPARATORIA PORQUE SUS ACTOS NO TIENEN VALOR PARA FUNDAR LA SENTENCIA.

NO HAY PRUEBA PERO SI ANTICIPO DE PRUEBA.

INICIACION

REQUERIMIENTO DE APERTURA DEL PROCESO QUE PRESENTA EL MINISTERIO PUBLICO.

DESARROLLO

LIMITADAMENTE PUBLICA.

LIMITADAMENTE CONTRADICTORIA

PROPOSITOS:LOGRAR ELEMENTOS NECESARIOS
PARA EL JUICIO.QDETERMINA LA FINALIZACION DE LA
PERSECUCION PENAL.**AUDIENCIA PRELIMINAR**

JUEZ PENAL QUE INTERVIENE EN LA PRIMERA ETAPA DEL PROCESO INSTANTE INTERMEDIO, ENTRE LA INVESTIGACION INICIAL PREVIA Y EL JUICIO ES ORAL Y PUBLICO SOBRESUMIMIENTO O ACUSACION. PROCEDE EL ACUERDO DE LAS PARTES.

JUICIO

TRIBUNAL PENAL	PROCESOS ESPECIALES Y JUICIOS ESPECIALES
SE DEBE REALIZAR CON LA PRESENCIA ININTERRUMPIDA DE LOS JUECES Y LAS PARTES. DEBE SER PUBLICO. ES ORAL ES UNICO, PERO PUEDE DIVIDIRSE, PARA LUEGO DE DETERMINAR AL DELITO, LA ILICITUD Y CULPABILIDAD; TRATAR LUEGO SOBRE LA PENA.	CON IMPUTADOS JOVENES POR RAZON DEL FUERO PARA LA APLICACION EXCLUSIVA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD POR DELITOS COMETIDOS DENTRO DE COMUNIDAD INDIGENA.

La posición de la CRIMINOLOGIA CRITICA enunciada en capítulo anterior, no es definitiva, ni puede ser aceptada en todas sus partes. Sin embargo, abre las puertas para entender que no se trata el proceso penal de una realidad aislada, y a establecer además que la falla de la justicia está en función de estructuras. Entonces una respuesta alternativa dentro de una nueva y diferente estructura es el sistema acusatorio.

El sistema acusatorio es tan antiguo como el inquisitivo, cronológicamente estimado; sin embargo, adecuado a la realidad actual, y dentro de una concepción diversa del Estado en esta materia: no represivo, sino intérprete y regulador de los fenómenos sociales; este sistema parte de la sustitución esencial de valores, del anterior, de poder punitivo-represivo, al nuevo, de facultad punitiva –esto es que no siempre reprime y persigue–, puesto que para el procesamiento –investigación del delito y juzgamiento– se ponen en juego los derechos humanos como base de sustentación, de manera que el derecho de defensa y la presunción de inocencia mientras no exista sentencia condenatoria, tengan vigencia real y efectiva; el Estado ya no puede ejercitar el nivel de venganza por el delito cometido, sino que debe propiciar un procesamiento integral, en el que el juez cumpla con su función, que ya no puede formar parte del equipo perseguidor con el representante del Ministerio Público.

Dentro de este mismo espíritu, la corriente doctrinaria latinoamericana, en función de la transformación de la justicia, se orienta desde hace varios años hacia la reforma integral de nuestros sistemas procesales penales, mediante la entrega al Ministerio Público de la dirección de la indagación policial, de la responsabilidad del procedimiento preparatorio, y del ejercicio de la acción punible, al tratarse de los delitos perseguibles de oficio; es decir, que ya se trata de una posición ágil, de realización auténtica, sin el formalismo del proceso escrito, en que el Ministerio Público es el encargado de una realización investigativa esencial y no formal, con el concurso de la Policía Judicial.

Por lo tanto, es absurdo lo sostenido por los detractores de nuestro punto de vista, que pretenden que el fiscal va a ser quien adopte una posición jurisdiccional; no, una cosa es organizar, estructurar la investigación, establecer la manera como el hecho se produjo y quienes incurrieron en él: esto es recoger datos sistematizados del hecho incriminado. Otra cosa diferente es el adoptar una responsabilidad que llegue a legalizar la causa, que no la realiza precisamente el fiscal sino el juez; éste, controla los actos de aquel. La causa siempre será legitimada por el juez, como en la práctica de los actos cautelares, y en la legalización de procedimientos que el fiscal realiza. Fundamentalmente, además, se garantiza el derecho de la víctima para intervenir en el proceso, desde su investigación hasta la realización misma del juicio; y, después, para reclamar los daños y perjuicios civiles.

Cabe señalar que el planteamiento del sistema acusatorio, lo hace la Corte Suprema de Justicia, al establecer un plan bienal, que entraña una auténtica política, nunca antes realizada en el Ecuador.

La prueba no se realiza en parte preliminar o investigativa de la causa, sino ante el Tribunal Penal, que es quien dicta sentencia, a excepción del anticipo de prueba que puede realizarse en la etapa preliminar de investigación, cuando se vuelve indispensable el hacerlo en ese instante. Luego, la realización misma de la prueba, permite el que se pueda contar para el ejercicio de la defensa de parte, con el experto en el área de conocimiento que el juzgamiento lo requiera y que permita a dicha defensa el establecer los fundamentos técnicos o científicos, no jurídicos, que ilustren al Tribunal, es posible la prueba en la que el fundamento del experto sustituya al alegato del abogado.

El sistema procesal penal, acusatorio, dice la Corte Suprema de Justicia, basado en los principios de la oralidad, la publicidad, de la inmediación y de la concentración, permite luchar en forma ágil y certera contra la delincuencia dorada financiera del cuello blanco, y otras modalidades de delincuencia organizada, y al mismo tiempo respeta los derechos humanos de las personas.

Es precisamente en la etapa procesal del juicio donde se pone de manifiesto la inmediación –esto es el contacto directo del Tribunal que juzga con el imputado –quien rinde su declaración ante el Tribunal–, su defensa y la realización de la prueba que la recoge directa e inmediatamente–; es el juicio oral, con la posibilidad integral de defensa en tal sentido; es público. El juicio es único, y debe continuar hasta su terminación, pero puede dividirse en dos instantes, primero con respecto a la cuestión acerca de la existencia del hecho, su ilicitud y la culpabilidad del acusado, luego, posteriormente y en otro momento, la individualización de la pena.

6.- Motivos por los que debe Reformarse la Justicia Penal

Dentro del nivel puramente epistemológico que ha servido de base al presente estudio, nos limitamos en señalar, a manera de conclusión, los motivos señalados por Alberto Binder⁷, como a aquellos que justifican la reforma de la Justicia Penal, que como antes lo señalamos, no está en base exclusiva al sistema procesal, sino a una política criminal en la que quepan todas las áreas de conocimiento inherentes:

⁷ "Estrategias para la reforma de la justicia penal".- Binder, Alberto.- Capítulo Criminológico 18-19. Instituto de Criminología - Facultad de Derecho - Universidad de Zulia - Venezuela

- 6.1. Porque existe una creciente sensación de inseguridad, de desamparo de los ciudadanos frente a la violencia social.
- 6.2. Porque existe una impunidad estructural, en especial impunidad de los más poderosos que hiere los sentimientos de dignidad de nuestras poblaciones.
- 6.3. Porque existe un reclamo, más claro y más profundo que nunca, para que se respeten los Derechos Humanos.
- 6.4. Porque la sociedad ha cambiado y cambia a pasos agigantados y la justicia se ha quedado atada a la estructura de la sociedad colonial.
- 6.5. Porque la criminalidad, en especial la criminalidad organizada (narcotráfico, delincuencia financiera, corrupción estatal, etc.), se ha modernizado y tornado mucho más compleja.
- 6.6. Porque nuestros países se hallan, con distintas modalidades, inmersos en procesos de pacificación y construcción o reconstrucción de la Democracia, y la eficacia de la justicia se halla ligada a esos procesos.
- 6.7. Porque es necesario responder al impacto informático y a las nuevas técnicas de administración ligadas al uso de computadoras.
- 6.8. Porque los Medios de Comunicación Social le han dado mayor fuerza y dinamismo a las opiniones sociales sobre el funcionamiento de las instituciones.

EL ORDEN POLICIAL EN EL ORDEN DEMOCRATICO

Dr. José Sánchez Parga*

En las transiciones de los gobiernos dictatoriales o autoritarios a los Estados de Derecho es una tarea lenta y no fácil la transformación de los aparatos de seguridad del Estado en aparatos de seguridad pública; en otras palabras, la plena inserción de la administración de policía en una sociedad democrática.

Si ya el tratamiento del problema se presta a controversias, resulta curioso observar cómo mientras no hay inconveniente en estudiar y discutir otras importantes instituciones sociales (Iglesia, Ejército, Hospitales, etc.), existe en cambio una gran resistencia cuando se trata de abordar el análisis de la institución policial.

En las modernas sociedades democráticas, la policía ejerce una misión particularmente difícil: símbolo de la autoridad, sus principales funciones consisten en mantener el orden público, proteger ciertos valores comúnmente aceptados, aplicar las leyes y los reglamentos, investigar los delitos cometidos, perseguir y detener a sus autores. Según el art. 136 de la Constitución de la República, la Policía Nacional tiene por misión fundamental "garantizar el orden interno y la seguridad individual y social".

Una sociedad democrática necesita de cierto orden y seguridad, pero también precisa de libertad. De ahí el requerimiento de establecer un equilibrio riguroso entre los poderes indispensables para el cumplimiento de la misión policial y el derecho de los ciudadanos a ser protegidos contra los posibles abusos cometidos en el ejercicio de tales poderes. Según esto el bien público exige que la policía sea fuerte y eficaz en el mantenimiento del orden social y en la prevención del delito, y que al mismo tiempo, el poder policial sea controlado y limitado para que no se exceda y pueda atentar arbitrariamente contra la libertad individual.

La Policía en la Constitución del Estado de Derecho

La Fuerza Pública como cualquier otro organismo de poder en una sociedad democrática al mismo tiempo que ejerce un control social, ella misma tiene que encontrarse institucionalmente sujeta al control de los otros organismos de poder, y en definitiva al mismo control de la ley, como se analiza más adelante.

* Director del Centro de Estudios Latinoamericanos de la P.U.C.E.

Si “el tema de las libertades es, en primer lugar, el tema de los poderes públicos” (Guliano Amato, 1977), por ello la problemática de la administración policial, de su estructura, de su configuración, de su sistema de control, de sus funciones, etc. es el punto neurálgico para poder designar a un Estado como social y democrático de derecho.

En esta perspectiva es importante la referencia al artículo 12 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, incluida en la primera Constitución francesa de 1871: “La garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita de una fuerza pública. Esta fuerza se instituye, por tanto, para beneficio de todos y no para la utilidad particular de aquellos que la tienen a su cargo”.

Toda la teoría y la práctica organizativa de la policía o fuerza pública en los países de larga tradición democrática se opera a partir de los inicios del siglo XIX, y de acuerdo al modelo británico, y por un proceso de desmilitarización de la policía. La iniciativa fue obra de Robert Peel, Ministro del Interior de Inglaterra, quien en 1829 forma un cuerpo de policía civil, de carácter local, al servicio del ciudadano y con una función preponderantemente preventiva y de seguridad social, para desempeñar las funciones que hasta entonces habían ocupado los militares. Y es interesante notar que ello ocurre bajo el gobierno del duque de Wellington, distinguido en sus campañas contra Napoleón, pero que concibió las Fuerzas Armadas como una institución nacional que no debía ser instrumentalizada ni inmiscuida en cuestiones de orden interno. Dicho orden quedaba al cuidado de una Administración civil.

El título VI de la Constitución ecuatoriana que trata “De la Fuerza Pública” presenta un tenor ambiguo, incoherente y no suficientemente inspirado en un ordenamiento democrático de la sociedad.

En primer lugar el art. 126 asimila las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional a la Fuerza Pública: “Las Fuerzas Armadas y la Policía nacional constituyen la Fuerza Pública. Su preparación, organización y empleo se regula en la ley”. Mientras que en todos los países de tradición democrática las Constituciones diferencian claramente por un lado las Fuerzas Armadas, como “el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire”, y por otro lado la Policía civil o Fuerzas de Orden Público.

En segundo lugar, los artículos 126, 131 y 132 parecen así mismo asimilar la organización militar y policial, y de hecho el art. 136 declara que la Policía Nacional “constituye fuerza auxiliar de las Fuerzas Armadas”.

En conclusión, aunque se delimiten con una clara diferencia las funciones entre FFAA y Policía nacional (art. 127 y art. 136) ambas instituciones revelan de un análogo carácter militar, que hace más próxima la policía al ejército que a la sociedad civil.

La desmilitarización de la policía o fuerzas del orden público ha sido una corriente constante y generalizada en todos los países democráticos, y aun hoy todos los esfuerzos por profesionalizar la policía van acompañados de su creciente inserción en la sociedad civil. Al respecto resulta muy elocuente un texto de Morales Villanueva, capitán de la Guardia Civil española en referencia a la Policía Nacional: "No comprendemos las razones por las que un cuerpo civil deba tener estructura y organización militar, ni tampoco estar sujeto al Código castrense en cuanto a su disciplina interna. Ello equivale a una militarización permanente... como cuerpo totalmente civil, de cara a la población y a todos sus servicios. Hagámoslo igualmente para su régimen interno" (Las Fuerzas de Orden Público, Madrid, 1980).

Dentro de un esquema democrático y de mayor democratización del Estado y de la misma sociedad otro procedimiento para acercar la policía a los ciudadanos consiste en romper el esquema centralista y de cuerpo separado, manteniendo una más estrecha comunicación y relación entre las instancias democráticas de base como son los gobiernos locales y los municipios.

Esto permitiría establecer no solo una mayor coordinación sino también una mejor conjunción en las actuaciones policiales, sobre todo en materia de prevención y vigilancia, delegando facultades a los alcaldes para actuar como autoridades gubernativas en materia algunos conflictos de orden público, y otorgándoles el mando sobre esos cuerpos circunscritos al ámbito municipal.

Tales medidas contribuirían a corresponsabilizar a las autoridades locales en el mantenimiento de la seguridad, y al propio tiempo incidir y hacer llegar una nueva política democrática de seguridad a los niveles más accesibles de esos aparatos complejos y desprestigiados, más difíciles de modernizar que el mismo Estado, que suelen ser los organismos de policía.

La Policía en una Sociedad Democrática

Ejercer el mantenimiento del orden y la seguridad ciudadana constituye por su propia naturaleza una función que requiere de las personas que la desempeñan el establecimiento de relaciones y vínculos con la sociedad civil y la propia comunidad.

Modificar las formas de intervención y de resolución de los conflictos ha representado por lo general la mayor de las dificultades que encaran los cuerpos de policía en todo tipo de sociedad.

A medida que en la sociedad se desarrolla la conciencia de los derechos ciudadanos, y que la misma policía adquiere también mayor conciencia de su acción cívica, se vuelve cada vez más patente que la policía no debe únicamente ocuparse de los delincuentes sino también de las víctimas, aun cuando la policía no sea del todo sensible al hecho que su función de garantizar la seguridad pública supone sobre todo la protección de las víctimas. De esta falta de conciencia policial puede ser responsable la actual organización de nuestros sistemas penales.

Por esta razón es necesario desarrollar la convicción y competencia de que la asistencia a las víctimas forma parte integrante del aparato penal, de la misma manera que pertenecen a él las justas disposiciones referentes a los infractores. Los ciudadanos que han sido víctimas de delitos no deben ser considerados únicamente como fuentes de información, sino también como personas a quienes se debe transmitir ciertas informaciones. Pocos son los servicios y procedimientos policiales para establecer contactos efectivos con los ciudadanos para prevenirles sobre la manera de evitar ser víctimas del crimen o la delincuencia.

En esta línea cabe notar que algunos de los problemas de los servicios policiales serían mucho más tratables si dependieran de la investigación y de la planificación. Resulta muy contradictorio observar que muchos de los organismos policiales llevan el nombre de "investigación", aunque en ellos la investigación está totalmente ausente o responde a una acepción muy rudimentaria.

La investigación debería convertirse en la tecnología central utilizada por los cuerpos de policía, los cuales terminarían efectuando investigaciones sobre la comunidad donde actúan y los problemas que éstas presentan, y no tanto sobre lo que la policía puede hacer respecto al tema de la criminalidad. En este sentido para resolver el problema de la delincuencia o de las pandillas de jóvenes puede resultar mucho más provechoso no tanto una mejor y más amplia aplicación de la ley (mayores arrestos, mejores técnicas de patrullaje) cuanto una atención a las causas. Así el papel de investigación de la policía cambia radicalmente y el lugar de ser consumidora de información pasa a producirla.

Si bien el poder judicial actúa como el principal control del poder policial, no cabe excluir la problemática muy realista, que se plantea ante la corrupción de los jueces, que tiende a bloquear e inutilizar las acciones de la policía. Sin que ésta en

ninguna circunstancia pueda transgredir el ordenamiento jurídico es necesario que las actuaciones de los jueces pueden ser sujetas a un control interno en el mismo régimen judicial, que garantice el desempeño eficiente de la policía.

En países de reciente régimen democrático o de aún limitada democratización de la sociedad, donde la policía actúa todavía más en defensa de la seguridad del Estado y de un orden público abstracto que en defensa de la seguridad ciudadana y del orden cívico, dicha policía puede ser más sensible a las demandas de aplicación de la ley procedentes de las comunidades locales, aún cuando tales demandas entran en conflicto con los derechos de los demás.

En este contexto interviene lo que juristas denominan "equilibrio de derechos". Si se concede una excesiva autonomía a la política local y a la administración local se puede hacer muy dependiente a la policía de las presiones para actuar con un rigor excesivo.

En general, una policía democrática exige cierta separación de la influencia local, para que se reconozca un carácter universal y justo a la atención que se presta a los problemas locales, aunque por otra parte, es necesario que se sigan respetando las leyes existen medio legales gracias a los cuales los poderes y administraciones locales pueden lograr de la policía que sea más sensible a sus necesidades y problemas.

El Poder Discrecional de la Policía y su Control

El poder discrecional de la policía puede ser definido como "cualquier toma de decisión, que no está estrictamente regida por normas legales, sino que contiene más bien un elemento significativo de juicio personal". Lo discrecional ocupa la zona intermedia entre la ley, incapaz de normar todos los detalles en la actuación y procedimientos, y la moral o ética policial.

Por lo general los servicios con alto nivel de entrenamiento utilizan su poder discrecional mucho menos a menudo que los cuerpos poco o nada profesionalizados. El uso del poder discrecional de la policía encierra otros riesgos o peligros, como el de acarrear una desigualdad de tratamiento según las clases, sectores o grupos sociales.

Ante los problemas que resultan de la extensión y abuso del poder discrecional de la policía, se puede recurrir a tres soluciones posibles: la reglamentación de su uso, la mayor profesionalización del servicio y el ejercicio de un control eficaz sobre las actividades policiales.

Como los demás organismos públicos y privados, la policía está sometida a un control general que puede adoptar diversas modalidades según los diferentes sistemas de gobierno. No obstante, cuando los especialistas analizan el problema del control sobre la policía lo hacen con una perspectiva restringida, refiriéndose esencialmente a las violaciones de las instrucciones internas del servicio, a los excesos en la manera de tratar a los ciudadanos, a los abusos en el ejercicio de determinados poderes relacionados con la lucha antidelictiva, y a los comportamientos claramente ilegales.

Dos son los procedimientos generales del control policial, uno de carácter interno y otro externo.

a) Parece evidente que la mejor manera de tratar la conducta policial anómala es prevenirla gracias a métodos apropiados de selección y formación del personal, a mutaciones frecuentes y a la elaboración de directrices claras y precisas en lo que respecta a las relaciones entre la policía y la ciudadanía. A pesar de todos estos mecanismos, también resulta obvio que la existencia de un sistema específico y permanente de control constituye un requerimiento en toda sociedad democrática.

Una policía democrática debe aceptar necesariamente un mecanismo cualquiera de supervisión. Tal aceptación será tanto más fácil y completa cuanto que los policías consideran que dicho mecanismo de control, manejado por sus colegas y superiores, forma parte del servicio. Además, cualquier otro organismo de vigilancia exterior a la policía difícilmente podrá reemplazar a los numerosos niveles jerárquicos de control existentes.

Un buen sistema de control interno debiera reunir teóricamente cierto número de condiciones: eficacia e imparcialidad, aplicarse mediante un procedimiento rápido y riguroso, aunque protector de los derechos de los policías implicados, a quienes se garantice la posibilidad de ser escuchados y debidamente representados, prever sanciones proporcionadas a la falta cometida, permitir que las quejas de los ciudadanos sean encaminadas correctamente a las autoridades competentes, y asegurar el máximo de publicidad a las operaciones de control, único medio de demostrar a la ciudadanía que ciertos abusos son debidos a una o varias personas y no a la institución policial, y que los autores culpables son sancionados de forma adecuada.

b) En cuanto al control externo, como las operaciones de cualquier otro organismo administrativo del Estado poseedor de cierta autoridad, las de la policía deben ser objeto, en toda sociedad democrática, del control ejercido por los poderes legislati-

vo, ejecutivo y judicial, los cuales han confirmado a la policía tareas específicas, aunque con modalidades y en grados diversos. A estos tres niveles del control estatal puede añadirse aquel procedente de la misma ciudadanía y de los medios de comunicación social.

Conclusión

En una sociedad democrática la institución policial corresponde a la necesidad justificada de proteger las libertades individuales y sociales, y de hacer respetar los derechos y obligaciones ciudadanos; lo que supone garantizar condiciones de un cierto orden y tolerancia sociales. La policía, antes que ser el brazo secular de los tribunales o actuar en nombre de las autoridades de gobierno con una función exclusiva o predominantemente directiva y represiva, debe permanecer al servicio de la ciudadanía y tener como misión asegurar la evolución y normal desarrollo de la sociedad democrática.

Para cumplir tal misión adecuadamente, la institución policial espera asimismo que la sociedad le aporte, a través de sus propias instituciones y organismos públicos y privados, la colaboración necesaria en sectores no incluidos formalmente en el campo de sus competencias.

Como la misma sociedad, también la institución policial se encuentra en constante proceso de cambio, marcado por el desarrollo de la tecnología y las comunicaciones. Esta evolución exige del Estado y de administración policial un replanteamiento de los métodos tradicionales generalmente utilizados en las diversas actividades y competencias de la policía. Así mismo la moderna sociedad democrática vive un clima de creciente participación, del cual la policía no pueda vivir aislada, y al margen de relaciones cada vez más estrechas con la ciudadanía y las organizaciones de la sociedad civil, con la finalidad de potenciar su eficacia en la prevención y seguridad.

La moderna sociedad democrática se ha vuelto extremadamente compleja, y ya resulta anacrónico mantener en ella una institución policial que se limite a proteger a los ciudadanos honrados y perseguir a los bandidos. Como parte de un Estado de derecho, la policía no sólo debe ser un componente o aparato democratizado de la sociedad sino que debe actuar como un importante factor democratizador dentro de ella. Y sólo desarrollando la conciencia institucional de sus responsabilidades en la democratización de la sociedad, podrá la policía insertarse de manera coherente en dicha sociedad y no como un cuerpo extraño.

El 26 de agosto de 1993 el Ministro de Gobierno anunció un operativo conjunto de la Policía Nacional y las FFAA para el control y represión de la delincuencia. Esta militarización del orden público, por muy alarmante que sea la intensificación del fenómeno delictivo, deslegitima al Gobierno, al asignar a las FFAA, un tipo de actividad ajeno a sus funciones constitucionales. Por otra parte, dicho operativo incurre en el vicio de asimilar la acción de la policía con la del ejército, pervirtiendo la formalidad de sus tareas específicas.

Esta situación ha dado lugar a que el trabajo policial se corrompiera en un doble sentido: los habituales comportamientos de estorsión por parte de elementos de la policía se han generalizado en razón de una impunidad castrense, que la sustrae de los controles cívicos y políticos. De hecho, estudios realizados en barrios marginales de Guayaquil, muestran que la población teme más a la policía que a los mismos delincuentes.

La reinscripción del orden policial en un nuevo reordenamiento democrático del Estado y de la sociedad ecuatoriana pasa necesariamente por: a) una reforma de los mencionados artículos de la Constitución; b) una reforma del Estado que comporte, de un lado, una desmilitarización de la Policía Nacional, reduciendo su carácter castrense, y consiguientemente, por otro lado, desplazando su organización y sistema operativo de los cuarteles hacia los organismos de gobierno regionales y locales; c) una reforma del mismo cuerpo policial, cuya profesionalización desarrolle sus competencias, obligaciones y funciones cívicas.

Una última reforma, ya iniciada pero que debería completarse con las medidas anteriores, consistiría en una mayor incorporación de la policía a los dispositivos judiciales, y como órgano de la fiscalía de los tribunales.

INCIDENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CRIMINOLOGIA Y SUS RELACIONES CON EL DERECHO PENAL

Dra. Pilar Sacoto de Merlyn*

Como todos sabemos es preocupación general en el mundo actual y, para desde el inicio referirme a nuestro medio, en América Latina, el respeto por los Derechos Humanos. En esta perspectiva el Instituto Interamericano de Derechos Humanos en 1982 encargó bajo la dirección y coordinación del distinguido y muy conocido hombre de Derecho, Dr. Eugenio Zaffaroni, a los delegados de todos los países de nuestra América; la elaboración de un trabajo sobre "Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina", el mismo que culmina con la publicación de un documento final en 1986.

De la lectura de este documento, nosotros podemos colegir que la relación existente entre el Derecho Penal y los Derechos Humanos no es estrecha, como se sostiene, tanto que en muchas ocasiones la aplicación del Derecho Penal pone en peligro y más aún puede llegar a la violación de los Derechos Humanos. Esta afirmación de enormes repercusiones amerita algunas explicaciones, las mismas que solo pueden darse a partir del conocimiento y de lo que entendemos por Derechos Humanos.

Sabemos que son los fundadores de las Naciones Unidas los que al redactar la Carta de Organización en San Francisco en 1945, enunciaron en el primer párrafo del Preámbulo como objetivo fundamental: preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra; y, en el párrafo siguiente del Preámbulo, se preocuparon de reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana. Reconocen de esta manera la existencia del vínculo indisoluble entre el respeto a los Derechos Humanos y la supervivencia de la humanidad.

Al reconocer esta interdependencia, Derechos Humanos y paz mundial como primera tarea de las Naciones Unidas, inmediatamente asumen la obligación de formular la primera Declaración Universal de Derechos Humanos y esto como norma común de los logros realizados por naciones grandes y pequeñas, a través de la Historia.

* Profesora de Derecho Penal y de Introducción a la Criminología de la P.U.C.E.

Esta declaración se adoptó en 1948 sin ningún voto disidente, lo que demuestra un anhelo común: “Vivir una existencia decente y civilizada”, en la que la dignidad inherente de cada hombre reciba respeto y protección. Es decir, que no se busque solamente llenar las necesidades biológicas del ser humano, sino que se den condiciones de existencia que le permitan desenvolver y utilizar plenamente sus dotes intelectuales y de conciencia, para satisfacer igualmente necesidades espirituales.

Es por esto que en 1966 se da a esta Declaración una forma más precisa y jurídica con los Pactos: “Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” e “Internacional de Derechos Civiles y Políticos”; tratando en esta forma de establecer las condiciones necesarias para esta realización biológica- espiritual del ser humano. Estos derechos son fundamentales a nuestra naturaleza de seres humanos, sin ello no podemos vivir como tales. Vemos que no se trata de considerar al hombre como el bien de mayor jerarquía jurídica, sino como el titular de todos los bienes jurídicos, no cabe duda entonces de que, de la vida humana dependen los demás bienes jurídicos. Por lo tanto, negar estos derechos a los seres humanos equivale a sembrar la intranquilidad política y social.

Esto explica que para proteger estos derechos se hayan formulado un sinnúmero de instrumentos internacionales entre Tratados y Declaraciones, al margen de los arriba mencionados. Es evidente, entonces, que una investigación que trate de establecer la relación entre el Derecho Penal o si Uds. prefieren los Sistemas Penales con los Derechos Humanos, constituya por naturaleza un gran desafío y evidentemente un trabajo de trascendente envergadura.

A este nivel de conocimientos y para efectos de desarrollar nuestro trabajo, es menester formular la siguiente pregunta ¿Qué derechos son tan fundamentales que sin ellos no podemos vivir como seres humanos? Esta pregunta ha sido contestada en 1973 por las Naciones Unidas y en la forma que sigue:

“En términos generales, la Declaración Universal reconoce dos clases de derechos. Los tradicionales, los derechos civiles y políticos con los que gradualmente culminó, después de muchos siglos, el prolongado proceso de desarrollo de la sociedad democrática. En seguida están los derechos económicos, sociales y culturales que comenzaron a ser reconocidos más recientemente, cuando la gente se dio cuenta de que la posesión de ciertos derechos civiles y políticos estaría desprovista de valor, sin el disfrute simultáneo de ciertos derechos de carácter económico, social y cultural.

Al mismo tiempo que encontramos una respuesta para la pregunta que se formuló, encontramos la explicación de lo que se debe entender por derechos civiles y políticos: Todos tenemos derecho a la vida, a la libertad y seguridad personal, no debemos ser esclavos ni podemos ser castigados en forma inhumana o degradante, todos debemos ser iguales ante la Ley, se nos ha de presumir inocentes mientras no se pruebe culpabilidad, debemos ser oídos con imparcialidad cuando se nos acusa de la comisión de un delito, no debemos ser encarcelados o exilados por capricho de alguna persona. Tenemos derecho a la protección de nuestra vida privada, nuestra familia, nuestro hogar y nuestra correspondencia contra injerencias arbitrarias. Tenemos derecho al asilo, a una nacionalidad. Tenemos derecho a contraer matrimonio, fundar una familia que debe ser protegida. Tenemos derecho a poseer bienes.

Aquí dentro de estos derechos encontramos las libertades fundamentales: De pensamiento, conciencia, religión, de opinión y expresión, de reunión y asociación con fines pacíficos. Tenemos el derecho de participar en el Gobierno de nuestro país, mediante elecciones e igual acceso que los demás cargos públicos.

Igualmente se nos permite saber cuales son los derechos económicos y sociales, así se establece que, incluyen el derecho al trabajo y su libre elección en condiciones equitativas y satisfactorias con un salario igual tanto para el hombre como para la mujer en tareas similares y claro está con protección contra el desempleo. El derecho de todos al descanso y tiempo libre. El derecho a un nivel de vida adecuado, es decir, suficiente alimentación, vestido, vivienda, asistencia médica y servicios sociales. Derecho de madres e hijos a cuidados y asistencia especiales. Derecho de toda persona a la educación y derecho a participar libremente en la vida cultural de la comunidad.

De todos los derechos que se han señalado, la Declaración dice que es un ideal común de conducta para todos los pueblos y naciones, y no una serie de normas obligatorias; con esto se aclara que no se les confiere el rango de Ley en todos los países, sin embargo de la adhesión de todos a esta declaración se puede deducir que están dispuestos a promover los derechos que han proclamado, aún más hay muchos países que han incorporado la Declaración o parte de ella en sus respectivas Constituciones.

Así, entendidos los derechos humanos y a sabiendas de que la Declaración representa en un momento dado de la Historia, la expresión de un consenso en el orden de la moral política, que constituye un hecho de civilización que no tiene aún fuerza de Ley y que está desprovista de la eficacia de la Ley, que en muchos casos ha pasado a formar parte de las legislaciones internas de los países y en otros no; podemos

entender el porqué de esta relación distante y en ocasiones conflictiva con el Derecho Penal, que en forma bastante completa ha sido expuesta en el trabajo "Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina" y naturalmente la incidencia inmediata y que debe considerarse muy seriamente, que tiene en Criminología y que particularmente tendrá en la elaboración de la Criminología Latinoamericana.

El trabajo realizado por el profesor Zaffaroni, al que hicimos alusión en la primera parte de nuestra alocución ha hecho una valoración general de los sistemas penales del continente con respecto a los Derechos Humanos, teniendo como elemento rector que la condición de persona asignada a todo ser humano requiere que se asegure al hombre un ámbito de espacio social que le permita desenvolver, con cierta amplitud, sus potencialidades y decidir acerca de su existencia (Convención Americana, art. 1 N° 2). Entendiendo además que un Sistema Penal que forme parte de una estructura jurídica realizadora de Derechos Humanos, debe ser la coronación normativa de un ordenamiento que tutela como bienes jurídicos los medios necesarios para la realización del hombre en coexistencia, y que aquel que no promueva una tutela a tales bienes fundamentales, por lo tanto, se le puede considerar como defectuosos desde el punto de vista de los Derechos Humanos; a llegado ha establecer lo siguiente:

- 1.- Que existen en las Leyes Penales Latinoamericanas núcleos problemáticos con los Derechos Humanos, para llegar a esto han tenido que adoptar ciertos criterios básicos para obtener una clave de lectura crítica de los diferentes documentos. Así se han detectado núcleos problemáticos que: "Se manifiestan por exceder niveles tolerables o inevitables de represividad, selectividad o estigmatización o por no alcanzar los mínimamente necesarios de seguridad humana".

Para efectos de comprensión por parte de los estudiantes, anotaremos lo que han entendido por cada uno de estos términos. Represividad= intensidad de las consecuencias penales; selectividad= consagrar privilegios o invulnerabilidad; estigmatización= señalización social o jurídica desvalorante; seguridad= grado de certeza en los límites de lo punible; humanidad= respeto al hombre como persona y objeto definitivo de la tutela penal.

El mismo documento señala que la lista de núcleos problemáticos en base a los parámetros empleados, no es "exhaustiva".

- 2.- Analizaron la ideología general de los Códigos y los peligros que de ellos pueden derivarse para los Derechos Humanos. Aquí al parecer se encontraron ante la imposibilidad de un análisis ideológico completo de todos los códigos, pero señalan, sin embargo, las declaraciones de garantías defectuosas o incompletas, por ejemplo lo que sucede con el principio de legalidad. (Entre nosotros se da

igual cosa entre el art. 2 de nuestro Código Penal y el art. 19, literal de la Constitución); una acentuada resistencia a restringir el alcance punitivo de la Ley Penal. En definitiva encontraron un puente demasiado precario entre los textos internacionales, constitucionales y penales.

Señalemos que si esto sucede con los derechos políticos y civiles, es todavía más notorio en lo que se refiere a los derechos humanos económicos y sociales; según los autores de este trabajo esto se debe al peso de una profunda tradición de positivismo legal y nosotros estamos convencidos de aquello, pues cuando revisamos los textos legales de nuestro país llegamos a la conclusión que efectivamente esa es la realidad.

No contamos con el tiempo necesario para seguir analizando el resultado de tan valioso trabajo, lo importante era señalar que las relaciones de los Derechos Humanos con el derecho Penal están muy lejos de constituirse en estrechas y establecer que hasta hoy son distantes.

Quizá no debemos ya hacer alusión a los discursos políticos que sirvieron de base para las legislaciones penales, sino directamente considerar la posibilidad que viene como recomendación por parte de los más distinguidos representantes en materia de Derecho Penal, que colaboraron en este trabajo que, en síntesis, se resume así:

“Que las constituciones lleguen a armonizarse con los diferentes documentos internacionales de Derechos Humanos, que los códigos penales sean técnicamente explícitos en los principios fundamentales de interpretación y aplicación de la Ley Penal, que la jerarquía axiológica impuesta por la consagración internacional de los Derechos Humanos sociales, económicos y culturales, sean receptados en los contenidos de la legislación penal y que dentro de los límites de la legalidad, la teoría penal y la jurisprudencia elaboren interpretaciones que lleguen a armonizar con esta jerarquía axiológica”.

Demás está por decir que esto es objeto de un trabajo arduo y tenaz por parte de los Estados, sin embargo para nosotros la conclusión lógica es que no existe una verdadera relación entre el Derecho Penal y los Derechos Humanos, “hoy por hoy esto constituye todavía un **Ideal**”.

Esto no significa, sin embargo, que nosotros al igual que Antonio Beristáin, no dejemos de pasar y de creer que “El Derecho pretende la reconstrucción más justa de las estructuras sociales, la repersonalización del delincuente y la debida asistencia a las víctimas”. Al contrario pensamos que si el derecho trata cada día

más de acercarse a la Declaración de los Derechos Humanos, nos ajustemos cada día más a este concepto de Derecho Penal expresado por este humanista como en Beristáin, y, es más, estamos convencidos que la falencia del Derecho Penal no es sino una manifestación del Sistema Jurídico en general, el que es producto directo de las políticas de los Estados.

Un replanteamiento en las políticas generales de los Estados Americanos, particularmente, nos llevaría a profundos cambios en la Política Criminal y solo entonces se podría conseguir parámetros de equidad.

Lo expuesto nos hace ser más realistas y pensar que si existe una distancia entre el Derecho Penal y la Declaración y diversos documentos de Derechos Humanos, esto necesariamente tendrá una incidencia en la Criminología que se desarrolle en América Latina y aún más ha tenido ya una cierta incidencia negativa en la falta de expresión de una Criminología Latinoamericana, pues si señores, hoy y ayer y no sé hasta cuando sea difícil hacer comprender a los responsables de los destinos del país y, por lo tanto, del desarrollo económico y social que "prevenir el crimen no es un lujo, sino que forma parte del respeto debido a la dignidad del hombre y de las imperiosas necesidades del progreso social armónico. La inseguridad, la violencia, la injusticia no son factores que favorezcan normalmente las políticas de inversión y de progreso económico".

A este nivel de nuestra exposición es necesario que establezcamos y precisemos ciertos conceptos que no necesariamente serán conocidos por todos los lectores.

- 1.- La diferencia entre el Derecho Penal y la Criminología y esto según Jean Pinatel (Penalista y criminólogo francés) reposa sobre el hecho de que, el Derecho Penal es una disciplina normativa, en tanto que la criminología es la ciencia del fenómeno criminal. Entonces el Derecho Penal estudia las normas jurídicas relativas a la penalidad, en tanto que la Criminología se inclina sobre los hechos y las personas a las que se refieren las normas jurídico penales.

Añade Pinatel que el estudio de las relaciones entre el Derecho Penal y la Criminología pueden ser el objeto de una disciplina intermediaria, donde juristas y criminólogos son susceptibles de encontrarse: "La Política Criminal".

- 2.- Según Von Listz, (Tratadista de Derecho); "la política Criminal es la disciplina que, en función de datos filosóficos y científicos se esfuerza, teniendo en cuenta las circunstancias históricas, en elaborar las doctrinas represivas y preventivas que pueden ser aplicadas en la práctica".

M. Ancel estima de su lado que, "La Política Criminal es a la vez una ciencia y un arte . cuyo objeto es permitir la mejor formulación de reglas positivas, a la luz de los datos de la ciencia Criminológica".

A partir de estas dos primeras aclaraciones, sabemos ya la relación que existe entre las políticas de conducción adoptadas por los Estados, el Derecho Penal y la Criminología y evidentemente nos damos cuenta que tiene una incidencia directa en el desarrollo de cada uno de ellos.

Sin embargo, consideramos que es necesario precisar que se entiende por Criminología y, sobre todo, cuales son sus metas, para de esta manera comprender la gran influencia que ha sufrido la criminología hasta hoy, de los sistemas penales vigentes. Nos reservamos, por hoy, la explicación de la gran discusión que causó el considerar a aquella como ciencia.

- 3.- ¿Qué es lo que entendemos por Criminología? Por razones obvias contestaremos esta pregunta con una definición que a nuestro entender es completa y recoge todas las corrientes que en Criminología se han dado, no sin antes aclarar que cada autor da su definición de Criminología pero que convergen en rasgos comunes que fundamentalmente se funden en tres aspectos: El hombre, la conducta del hombre y la organización social en la que esta última se produce.

Nosotros escogemos la definición dada por Christian Debuyst (Criminólogo belga) que la define así: "Podríamos decir que la Criminología es el estudio científico del crimen y de la criminalidad, del delincuente, así, como de la reacción social, que la sociedad manifiesta hacia este acto". Como consecuencia de esta definición vislumbramos en seguida que, "**el objeto de la criminología** no nos es dado como si se impusiera objetivamente, o como si se tratara de un conjunto de comportamientos que se podrían considerar como delinquentes por naturaleza. Su objetivo son las **conductas antisociales** que nos libera inmediatamente de la circunscripción del Derecho Penal, Delito".

Entendido en esta forma el objeto de la Criminología "Conductas antisociales"; y, diferenciando del delito que es: "Un acto u omisión antijurídico y culpable"; nos es permitido comprender como: El alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, etc., pueden ser objeto de estudio de la Criminología.

- 4.- ¿Cuáles son las metas de la Criminología?; tomando en cuenta todo el camino recorrido por la Criminología desde su nacimiento como ciencia con el movimiento positivista hasta nuestros días de la Criminología Crítica, podemos decir que sus metas han sido y son:

Si el objeto de la Criminología son las conductas antisociales, ella no se contenta con comprenderlas al contrario trata de evitarlas, pero si aún así se hace presente trata de saber el porqué (papel de la criminología aplicada al caso particular, criminología clínica), **dentro de la misma perspectiva tiene como meta evitar la reincidencia y propugnar la reinserción social del individuo,**

Con la evolución de las ideas criminológicas y tomando en cuenta lo expresado por los criminólogos críticos Taylor Walton y Young que: El objetivo central de la Criminología materialista, consistiría en establecer el papel del Derecho en cuanto afecta a la producción, y, a través de ella, el conjunto del estilo de vida y cultura de una sociedad dada; las metas de la Criminología, que ya pasó del modelo consensual al modelo llamado conflictual (en la criminología de la reacción social), entra en un nuevo período, ya no hablemos de extraviado, de hombre diferente, hoy se comienza a hablar del no integrado, esto nos plantea un problema de revisión completa de organización social, y, esto a mi modo de ver, no es meta solamente de la Criminología y aún más me atrevería a afirmar que no es meta en ninguna forma de la Criminología.

Esta cuarta precisión me permite, en este maremoto de ideas, exponer mi criterio y decir lo siguiente: La meta de la Criminología en la evolución propia y exacta de esta ciencia del fenómeno criminal debe ser: "El estudio de los comportamientos antisociales, su comprensión, buscar alternativas de prevención y si a pesar de esto se dan, (debido a las condiciones propias de la organización social), buscar de entre los mecanismos de contención que los cuerpos sociales posean en ese momento, los más aptos y que se adecúan mejor al incremento de la dignidad del hombre para procurar su aceptación en el grupo y a la vez conseguir de este individuo que en mejores condiciones de vida pueda ser útil en su medio".

Si se tiene como meta de la Criminología moderna, la antes mencionada, no encontramos obstáculo para apartándonos de las diferentes perspectivas que tenga el criminólogo, dada su formación; pueda llegarse a la construcción de un sistema de investigación que basándose en el respeto de la dignidad del hombre, que a la vez está a la base de la ideología de los Derechos Humanos, sea efectiva dentro del grupo social estudiado, puesto que sería el producto de un conocimiento de la realidad en que se desenvuelva el hombre o grupo que presenta conductas que para ese grupo son consideradas como antisociales.

Permitiría además esta toma de posición, entre otros:

- 1) El reconocer que existen los marginados por organización social, los extrañados por desajustes de personalidad, los hombres diferentes por apreciación propia de los valores éticos, los enfermos por alteraciones profundas de personalidad.
- 2) El trato diferente que cada manifestación de comportamiento antisocial merece.
- 3) El asignar el justo puesto al Derecho Penal, como uno de los mecanismos de control que el grupo social posee, dentro del contexto de una organización jurídica.
- 4) El tratar de enfrentar la prevención de los delitos que tienen carácter económico con mayor decisión y más compromiso por parte de los grupos minoritarios dominantes, etc.

Es decir, se podría aprovechar los resultados de una buena investigación criminológica, que abone a una Política Criminal más ajustada a las necesidades de cada grupo y, por ende, se tendría un sistema Penal más acorde con los Derechos Humanos, que desde luego serían el marco referencial de la Criminología.

Precisando conceptos hemos establecido, también, la relación de la Criminología con el Derecho Penal y ya no nos resultará difícil comprender el porqué se ha sostenido que la configuración actual de los sistemas penales de nuestra América hayan repercutido negativamente en la elaboración de una criminología en América Latina, y que cualquier cambio que se haga dentro de los mismos, si no tenemos claras las metas de la Criminología puedan incidir negativamente en el florecimiento de la misma.

A esta altura del trabajo, ya no existe ningún impedimento para aunar criterios con los autores latinoamericanos que sostienen como se ha hecho por mi parte de que, se debe dar una Criminología propia de Latino América y aún más de cada grupo social que hoy conforman los Estados o Países de América Latina, y esto porque cada grupo es poseedor de una realidad si bien semejante, sin embargo diferente.

Los rasgos similares que poseemos nos hace pensar que existiendo, como dice Zaffaroni, un mosaico de culturas diferentes y además coexistiendo en un estado de desmejora social propia de la configuración actual del mundo, la forma de presentación de los comportamientos antisociales tienen matices que son propios nuestros y evidentemente la forma de afrontarlos debe ser apropiada.

Rosa del Olmo es su obra "América Latina y su Criminología" reconoce en forma clara la dependencia total de la misma, de las concepciones europeas, pese a que entre 1938 y 1947 se dan cuatro Congresos Latinoamericanos de Criminología y esto va siempre unido a la dependencia en la búsqueda de alternativas para el control

del crimen. Sin ser contraria al conocimiento de lo que se produce en el mundo en Criminología, pues yo misma tengo una formación europea, nunca he sido partidaria de los trasplantes puros y simples, se puede y se debe aprovechar los conocimientos de una ciencia, pero cuando se trata de aplicar los conocimientos científicos se debe considerar los demás elementos que entran en juego.

Quizá esta gran verdad de que los Derechos Humanos sirvan de Marco Referencial a la Criminología y que Zaffaroni lo expresa en algunos de sus trabajos, nos permitan cambiar lo roles en la Historia y así encontraríamos una Política Criminal que se base en conclusiones extraídas por la Ciencia Criminológica de la propia experiencia de los pueblos y de sus reales necesidades, cambiando la forma de tratar el delito por parte de los Sistemas Penales y de otros contenedores sociales alternativos. Así se producirá la incidencia de los Derechos Humanos en Criminología y su relación con el Derecho Penal y no el fenómeno contrario, como lo hemos podido analizar muy escuetamente en estas líneas.

Antes de dar por terminada mi reflexión, no quiero dejar un cabo suelto con respecto a la Criminología que en forma muy reducida en los años anteriores y hoy con fuerza se comienza a dar en todos los ámbitos de América Latina.

Ya hace muchos años cuando me iniciaba en la Cátedra sostuve que a pesar de no existir una verdadera Criminología Latinoamericana, existía sin embargo una profunda preocupación criminológica por parte de destacados penalistas e incluso el florecimiento momentáneo de varios Institutos de Criminología en América del Sur, los Congresos Criminológicos, etc., son el reflejo de esta preocupación igual cosa ha ocurrido en nuestro país y así algo que es digno de recordarse dentro de la Historia de la Criminología de nuestro país es el XXV Curso Internacional de Criminología que se realizó aquí en Guayaquil en Noviembre de 1975, de la Sociedad Internacional de Criminología para considerar el tema de "los procesos de descriminalización", pese a que Rosa del Olmo diga que no era un tema que le correspondía a América Latina.

Es posible que así sea, pero el ILANUD (Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente) de las Naciones Unidas acababa de crearse el mes de Agosto de 1975 y hasta la presencia del profesor Zaffaroni como su máximo dirigente y como consecuencia de sus trabajos particulares no hemos tenido una verdadera preocupación por el fenómeno criminal y su tratamiento en América Latina.

Hoy comienza un nuevo amanecer para el estudio del fenómeno criminal de nuestra América, los trabajos proliferan en todos los niveles por eso quería aportar con un grano de arena y nada más al señalar que lo que se debe hacer y ya, además de que se debe hacer claramente, es la definición de las metas de la criminología dentro de la síntesis de las diferentes corrientes que la conforman.

Notas Bibliográficas

Bergalli R., Bustos J., Miralles T.

"El Pensamiento Criminológico I" Editorial Temis 1983.

Bergalli R., Bustos J., González C., Villadas C., Miralles T., De Sola A.

"El Pensamiento Criminológico II" Editorial Temis 1983.

Beristáin Antonio

"Derecho Penal y Criminología"

Del Olmo Rosa.

"América Latina y su Criminología"

Siglo veintiuno editores 1981, (tercera edición 1987)

Federación Internacional de Universidades Católicas (FIUC)

"Los Derechos Humanos, enfoque Cristiano"

Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador 1986.

García Ramírez.

"Criminología, Marginalidad y Derecho Penal".

Ediciones De Palma, Buenos Aires 1982.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

"Sistemas Penales Y Derechos Humanos en América Latina"

"Primer informe" De Palma 1984.

"Informe Final" De Palma 1986.

López Rey Manuel.

"Criminología" dos tomos.

Aguilar S.A. de ediciones 1973.

Naciones Unidas.

"Preguntas y Respuestas sobre Derechos Humanos"

1973

O'Donnell Daniel.

"Protección Internacional de los Derechos Humanos"

Comisión Andina de Juristas 1988.

Sacoto de Merlyn Pilar.

"Introducción a la Criminología".

Ediciones PUCE 1989.

Szabo Denis.

"Criminología y Política en Materia Criminal".

Siglo veintiuno editores 1980 (primera edición en español).

Zaffaroni Eugenio Rafael.

"Criminología"

Editorial Temis S.A. 1988.

Constitución y Códigos de Derecho Penal, Procesal Penal, Ejecución de Penas y Menores de nuestro País.

LA OMBUDSMANIA Y LOS DERECHOS HUMANOS

Dr. Ramiro Avila Santamaría*

Estoy más de dieciocho meses preso y no tengo sentencia. No tengo a quien reclamar. Fui para que me hagan la liquidación y el inspector se vendió. No tengo a quien reclamar. Ya voy más de tres meses tratando de sacar las escrituras y nada. No tengo a quien reclamar. Pedí alimentos para mi hijo y al amanuense no le da la gana de despachar. No tengo a quien reclamar. Presenté todos mis papeles y no me sale el préstamo en el Seguro. No tengo a quien reclamar. No me atienden. No tengo a quien reclamar.

<<No tengo a quien reclamar>>, piensan y sienten la generalidad de los impotentes usuarios de la administración de justicia y de la administración pública.

Se tienen los derechos pero no se los puede ejercer.

El Ombudsman es el puente entre el Estado y la ciudadanía, es la institución que puede resolver los conflictos que actualmente no se pueden solucionar, es la persona a quien se puede reclamar cuando la administración no concede lo que por ley se establece, es la esperanza para tener los derechos y poder ejercerlos.

Antecedentes Históricos¹.- El Ombudsman nace en Suecia, en 1809, originalmente conocido como "Regeringsform", tenía como finalidad equilibrar los poderes del rey y el parlamento. En 1974, después de veinte años de discusión, se establecieron constitucionalmente cinco instituciones de control parlamentario al Ejecutivo: la Comisión de Constitución (controla las decisiones del Consejo de Ministros), los revisores (controla las finanzas), las interpelaciones, el veto de desconfianza a los ministros y el *Ombudsman du Riksdag*, encargado de vigilar el cumplimiento de las leyes por las autoridades administrativas.

El Ombudsman, que en un inicio era una institución al servicio del parlamento, por sugerencia de la Comisión que reformó la Constitución, se convirtió en una institución al servicio de los ciudadanos. Esta perspectiva implicó dotarle de independencia absoluta de los poderes del Estado, incluso del Parlamento. Sus funciones principales fueron las de examinar las quejas y realizar actividades de inspección a la administración pública.

* Secretario encargado de la Facultad de Jurisprudencia, profesor de "Derechos Humanos" de la P.U.C.E.

¹ Legrand, André, "L'Ombudsman Parlementaire Suédois, une originalité persistante", en *Revue Française d'Administration publique*, Octubre-diciembre, # 64, 1992.

En Suecia se crea un Ombudsman paralelamente con la expedición de una ley, con el objeto de garantizar su cumplimiento. Así, por ejemplo, el Ombudsman de consumidores, para asegurar la aplicación de la ley sobre economía de mercado; el Ombudsman de la libertad de comercio y de industria; el Ombudsman de la igualdad de sexo, creado por la ley de igualdad de sexos en la vida profesional; el Ombudsman de la no discriminación, creado por la ley contra la discriminación étnica.

El ejemplo sueco se proyectó primero en los países escandinavos posteriormente en Europa y finalmente esta original y necesaria institución está invadiendo el mundo entero, con distintas tonalidades, adecuándose a las diferentes realidades. Su concepción, y utilidad han sido tan difundidas, en tan poco tiempo, que Becet ha denominado a este fenómeno, "la Ombudsmanía".²

La institución del Ombudsman está evolucionando constantemente en su práctica cotidiana, constituyéndose, al mismo tiempo, un fermento de la evolución social.

Definición: El Ombudsman es un órgano de control externo de la administración -situado al margen de los procedimientos tradicionales de administración- encargado de entender y solucionar los litigios que surgen entre los servidores públicos y los funcionarios.

Etimológicamente significa <<representante>>, <<porte-parole>>.

Características: Rowart³ sostiene que el modelo clásico debe responder a las siguientes características:

- 1) Recibir quejas y dar solución a las fundamentadas;
- 2) Investigar las peticiones de los ciudadanos contra el Estado, emitir criterios y recomendaciones públicamente;
- 3) Controlar las actividades administrativas. No tiene jurisdicción ni poder director sobre la administración.

A estas características se debe añadir una fundamental: la independencia. Independencia declarada constitucionalmente para buscar la verdad sin que le acarreen consecuencias políticas. Por esta cualidad, además, el Ombudsman se constituye en un tercero independiente de los intereses en conflicto. Para garantizar su independencia, generalmente, el Parlamento lo designa por mayoría absoluta; de lo contrario, se correría el riesgo de aparecer como elegido por la mayoría parlamentaria y ser cuestionada su independencia.

2- Becet, Jean Marie, "A propos de la <<Ombudsmanie>>: le mediateur et les organisations internationales", en *Revue des droits de l'homme*, Vol. 1-2, 1977, pag. 117.

3- Rowart, Donald, "Pourquoi un ombudsman parlementaire?", *op. cit.*

Por su designación se le podría considerar como un órgano parlamentario. Pero en su espíritu es un "elegido por los electos"⁴.

La institución del Ombudsman se sitúa en la corriente de la desjuridización y participa del acercamiento no contencioso de las relaciones administrados- administradores. A diferencia de la solución tradicional de conflictos, es un medio informal y gratuito.

En cuanto a las características personales del Ombudsman no hay acuerdos. Sin embargo, cuatro han sido las cualidades personales que han primado a nivel mundial: jurista, administrados (con conocimientos profundos de la práctica administrativa), profesor universitario y técnico según la rama. En general se exige que el Ombudsman tenga experiencia, reputación de integridad personal, que inspire confianza. Gracias a su personalidad y representatividad ("carisma") se puede aumentar o desaparecer el arsenal de garantías en favor de los administrados.

Competencia: Recibida una queja o petición por parte de un administrado, el Ombudsman instruye el caso. Si la petición es fundamentada, realiza una profunda investigación (a pesar del secreto administrativo). Puede solicitar documentos, acceder a los expedientes, inspeccionar los servicios, convocar a los funcionarios involucrados, en fin, el Ombudsman tiene amplias facultades para desentrañar la verdad y detectar las deficiencias de la administración.

Realizada la investigación, si es del caso, el Ombudsman recomienda soluciones para superar la situación que generó la queja. No se debe olvidar que el Ombudsman no interviene en litigios sobre la base del derecho, es decir, a pesar de detectar fallas en la administración, no tiene poder de decisión, de anulación o sustitución. Sus recomendaciones las formula en nombre de la libertad, el principio de la buena administración y la equidad. "El Ombudsman no ordena, persuade" (salvo en Irlanda que tiene facultades coercitivas)⁵

Si es que sus recomendaciones no reciben el apoyo debido o, mejor dicho, si sus sugerencias no se cumplen, presenta un informe al Parlamento, el mismo que es publicado por la prensa. Consecuentemente, la publicidad es la gran sanción. Los jueces, autoridades y, en general, administradores, cuidan su imagen ante la opinión pública.

4- Rideau, Joel, "Le système de l'ombudsman", en *Revue de Droits de l'homme*, Vol. II-3, 1969, pag. 432.

5- Moore, Victor, "Peut-on évaluer le rôle des ombudsman", *Revue Française de Administration Publique*, op. cit.

Es por estas facultades, por su popularidad y por su accesibilidad, que el Ombudsman se ha constituido más que en un órgano de control en un instrumento de defensa de los derechos humanos.

Clasificación: El Ombudsman puede recibir varias denominaciones por sus cualidades. Parlamentario, cuando es elegido y apoyado por el Parlamento. Administrativo, por ser el encargado de mejorar las relaciones cotidianas de los servicios públicos con los administrados. Por su integración puede ser colegiado⁶ o unipersonal. Por su relación con los ciudadanos, indirecta cuando para que actúe requiere de la intervención del Parlamento (como en Gran Bretaña el comisario parlamentario británico, como en Francia el Mediador de la República Francesa); y directa, la figura más común, cuando interviene por la sola petición del ciudadano.

El Ombudsman y otros Recursos o Procedimientos: Los RECURSOS ORDINARIOS (como la queja, la revisión, la apelación, el habeas corpus) presentan dificultades para el común de los ciudadanos. La justicia es cara y, por lo tanto, selectiva, no accesible a todos. Por otro lado, los procedimientos administrativos son lentos, pesados, complicados y, por disposición legal, requieren de un abogado!

La protesta podría ser canalizada a través de la PRENSA, pero también es selectiva. Sólo se publican cuestiones o casos importantes y que puedan interesar a los "consumidores" de los medios de comunicación. En Australia, Canadá y Estados Unidos, a nivel privado, se creó la figura del <<Ombudsman de la prensa>>, para atender las reclamaciones contra los órganos públicos. Sin embargo, muchas quejas no se publicaron, la prensa no tienen acceso a la información directa y, por ello, no puede verificar las quejas, no es objetiva y podría dar trámite y publicidad a quejas infundadas.

Otro medio para solucionar los conflictos con la administración podría ser acudiendo directamente a los PARLAMENTARIOS. Se supone que en una democracia representativa se puede acudir a sus representantes para que atiendan a sus electores, que siempre necesitan de asistencia. Pero, por sus múltiples atribuciones y por la imposibilidad física de atención a todos los miembros de un Estado, no pueden resolver los conflictos del común de los ciudadanos.

La única salida actualmente, frente a las formas tradicionales de solución de conflictos entre la ley y su aplicación, es el Ombudsman. La sola existencia de este recurso, personalizado, constituye un factor psicológico importante en el proceso que tiende a modificar, en un sentido favorable a los derechos humanos, las relaciones entre los administradores y los administrados.

6- En Suecia, en 1967, el Ombudsman militar estaba compuesto por tres miembros. En 1972 el Comité de estudios constató tres defectos del órgano colegiado: gasto de energía, gasto de tiempo en cuestiones de organización administrativa, riesgos de tensión entre los miembros por concepciones o gestiones.

El Ombudsman a Nivel Mundial: Existen 90 Ombudsman parlamentarios en 35 países: 25 tienen competencia nacional, 44 tienen competencia en Estados Federados y 21 a nivel local (por ejemplo, Canadá ha instituido el Ombudsman en ocho provincias de diez que está conformado). "La expansión de la institución ha sido tan rápida que tiende a convertirse en parte integrante de las instituciones administrativas en los esquemas democráticos del mundo"⁷.

En Finlandia⁸ el Ombudsman fue creado por ley constitucional, en 1919, para vigilar la legalidad de los actos de las autoridades públicas. Es elegido secretamente por el Parlamento por un período de 4 años y debe presentar un informe anual de sus actividades. Controla las actividades de los administradores, de los tribunales e inclusive de las autoridades religiosas; excepto, las actividades del presidente de la República, del canciller de Justicia y de los miembros del Parlamento. Cualquier persona, sin distinción de nacionalidad, edad o condición jurídica, sin requisitos formales, puede presentar una queja, siempre que haya agotado el trámite judicial y no esté siendo investigado por algún órgano administrativo. En caso de que detecte alguna irregularidad (deshonestidad, parcialidad, negligencia grave, abuso del poder o, como sucede generalmente, violación a los derechos de los administrados) sugiere que se tomen medidas adecuadas, sugiere la imposición de sanciones administrativas, incluso puede iniciar un enjuiciamiento y, en cualquier caso, se publican sus decisiones. En 1991 recibió 2.753 quejas y resolvió 1.727; en 1992 recibió 2.757 y resolvió 1.833. Ha realizado, en promedio por año, 70 inspecciones a prisiones, hospitales psiquiátricos, comisarios de Policía y a unidades de las Fuerzas Armadas.

En Gran Bretaña⁹ el comisario parlamentario fue creado, en 1967, con el objeto de que el Parlamento controle los actos del poder Ejecutivo. Es nombrado por la Corona en base a una proposición del Gobierno, previa consulta al líder de la oposición y al presidente de la Comisión de Investigación. No se le exigen requisitos especiales y termina sus funciones al cumplir 65 años. Tiene status de juez de Alta Corte. Las funciones del comisario parlamentario han ido aumentando progresivamente en varias áreas de la administración¹⁰. En líneas generales, está facultado para exigir la

7- Rowald, Donald, "Pourquoi un ombudsman parlementaire?", *Revue Francaise d'Administration Publique*, op. cit.

8- Soderman, Jacob, "La Mission de l'ombudsman finlandais", op. cit.

9- Reid, Willian, "Le Comisaire Parlementaire pour l'administration au Royaume-Uni", en *Revue Francaise d'administration publique*, op. cit.

10- En 1973, para la aplicación de la ley de servicio nacional de salud (*Health service Commissioners*); en 1987, se amplía el número de organismos públicos (*Parliamentary and Health Service Commissioners Act*); en 1990, se le faculta para que controle las actividades de las Cortes y Tribunales (*Courts and Legal Services Act*).

presentación de documentos, citas de personas, iniciar, seguir y suspender una investigación. A diferencia de otros países, no puede tramitar una queja por iniciativa propia, sino por petición de uno de los miembros del Parlamento; no puede criticar leyes aprobadas por el Parlamento ni la política de la Administración Pública (salvo los casos de mala administración); tampoco puede inmiscuirse en los asuntos externos del Estado ni en contratación pública. Anualmente presenta informes a las dos cámaras. En caso de que no se de cumplimiento a una de sus recomendaciones -este supuesto nunca se ha presentado- el Parlamento decide la manera como puede arreglar el asunto en controversia. Las decisiones del Comisario Parlamentario no se limitan a la simple recomendación individual, que tiene como consecuencia un arreglo para con el administrado (excusas, indemnización, nuevo examen de la causa), sino que sus recomendaciones tienen el carácter de generales, es decir, tienen como objetivo evitar que se reproduzcan las injusticias nuevamente.

En Francia¹¹, denominado mediador de la República, fue creado en 1973. Responde a una concepción inspirada en diversos modelos de Ombudsman existentes, especialmente del sueco y del británico. Es elegido por el Consejo de Ministros (se considera que sus intervenciones serían mejor recibidas si vienen de una autoridad nombrada por el Gobierno antes que un control del Legislativo sobre el Ejecutivo) para un período de seis años. Se garantiza su independencia a través de disposiciones constitucionales y legales: no puede recibir instrucciones de ninguno de los poderes, no es responsable de sus actos ante el presidente ni el Consejo de Ministros, no ejerce otros cargos públicos, tiene inmunidad por sus actos y opiniones emitidas en el ejercicio de sus funciones. Paulatinamente han ido aumentando sus facultades: desde un control del disfuncionamiento de la administración, pasando por la introducción de la noción de equidad (1976)¹², hasta la denominación de autoridad independiente (1989). En 1991 recibió treinta mil quejas; de éstas, el 40% modificaron el acto que generó su intervención, el 6.8% fueron mantenidas, el 50.5% fueron reclamaciones no fundadas y el 2.6% fueron quejas abandonadas o desistidas.

En Canadá - exactamente en Quebec¹³ - apareció en 1968, inspirado en el modelo neozelandés (1968) y en el danés (1955). La Corte Suprema de Canadá le denominó "Agente Público Independiente". Es nombrado por la Asamblea Nacional de

11- Pelletier, Jacques, "Vingt ans de médiation à la Française", en *Revue Française d'administration publique*, op. cit.

12- La noción de equidad implica una intervención más amplia. El mediador puede sugerir modificaciones a las leyes y reglamentos y puede intervenir en asuntos judiciales, para que se ejecuten las sentencias firmes o para hacer recomendaciones a los jueces.

13- Jacoby Daniel y Robardet Patrik, "Le protecteur du citoyen du Quebec comme agent de changement", en *Revue Française d'administration publique*, op. cit.

Quebec, en base a una propuesta del primer ministro, dura cinco años en su cargo y puede ser renovado. Recibe quejas del público relacionadas con la administración, investiga, interviene, sugiere reformas necesarias y presenta anualmente informes al Parlamento. Su objetivo es combatir errores, injusticias y arbitrariedades de la administración y del Gobierno. Puede actuar por iniciativa propia o a petición de parte. Recibe quejas escritas, verbales inclusive telefónicas. La institución se ha ido expandiendo y se ha demostrado su incidencia en la sociedad: por ejemplo, las universidades están dotadas de Ombudsman internos para tratar las quejas de los estudiantes; existe el comisario de Deontología Policial que recibe las quejas sobre la actuación de la policía; se creó el Comisario sobre la distribución de electricidad. Vistió todas las cárceles de Quebec y, como efecto de su informe, se cerraron por inadecuadas seis cárceles. En 1991 recibió 21.087 quejas.

En Italia¹⁴ fue creado en 1970. No tiene status constitucional, pero está reconocido legalmente. Los Difensori Civici tienen carácter regional. Son elegidos por Asambleas Regionales e intervienen en los actos de la administración que engendran fenómenos de mala administración. El modelo es el clásico.

En Polonia¹⁵ existe constitucionalmente desde 1987, inspirado en el modelo escandinavo. Es elegido por la Diète, dura cuatro años en sus funciones, y se le exige, como requisitos, tener conocimientos de jurisprudencia, experiencia profesional y cierta autoridad moral. Actúa a petición de parte o de oficio. En el primer caso, no se le exige formalidades ni impuestos; o sea, tiene total libertad para atender las causas. Está facultado para acudir a un órgano superior, pedir que se inicie un juicio civil o un proceso administrativo, para proponer recursos contra decisiones administrativas, revisión de sentencias, proponer reformas legales sobre derechos humanos y acudir al Tribunal Constitucional. En 1991 recibió 127.000 quejas, de las cuales el 20% ameritaron investigación. Realiza visitas por año a las prisiones.

En Senegal¹⁶ fue instituido en 1992. Elegido por el Parlamento, dura en sus funciones seis años. Goza de inmunidad, tiene libertad de iniciativa para actuar, no recibe instrucciones ni directrices de autoridad alguna y elige a sus propias autoridades. Tiene tres objetivos: mantener buenas relaciones entre la administración y los administrados a través del diálogo; arregla los conflictos justamente; prevenir los

14- Sacchetti, María Luisa, "La médiation à l'échelon régional: l'expérience italienne des difensori civici", en *Revue d'administration publique*, op. cit.

15- Letowska, Ewa, "L'ombudsman polonais et la défense des droits civiques", en *Revue de l'administration publique*, op. cit.

16- Camara, Ousmane, "Le Mediateur de la République du Senegal", en *Revue Francaise de l'administration publique*, op. cit.

casos de disfuncionamiento de la administración, a través del mejoramiento de reglas y procedimientos de servicios y comportamientos. Está facultado para sugerir cambios de actitudes y hasta solicitar la renuncia del mal funcionario. Puede intervenir en todo organismo público y de servicios del Estado o en organismos que presten servicios públicos.

En Venezuela¹⁷ se denomina Fiscal General de la República. Es nombrado por el Parlamento, dura cinco años, es independiente, no pertenece a partido político alguno. Tiene como deberes velar por el respeto de derechos y garantías constitucionales, velar por la celeridad y buena marcha de la justicia, ejercer la acción pública, velar por la ejecución correcta de las leyes y garantías de los Derechos Humanos en los Centros de Detención, ejercer las acciones necesarias para responsabilizar a los malos funcionarios y otras definidas por las leyes. Existen en la Fiscalía General 2.500 agentes y está dividida en cinco direcciones: gestión, relaciones (prensa), coordinación judicial, servicios jurídicos y protección del ciudadano. La última dividida a su vez en tres sub secciones: derechos humanos (derechos de los detenidos y de los indígenas), familia y menores, y defensa del ciudadano, sociedad y medio ambiente. Recibida la queja, se comunica al administrador involucrado; se reúne a las partes para que propongan soluciones; si no se llega a una solución, se realiza una investigación y se elabora un informe en el que se sugiere una solución (persuasión, mediación o presión).

En España¹⁸, denominado "el Defensor del Pueblo", fue instituido por la Constitución de 1978, definido como un mandatario elegido por el Parlamento para asegurar el respeto de los derechos y de las libertades garantizadas por la Constitución. Controla a la administración y rinde cuentas de su gestión al Parlamento. Su elección requiere las 3/5 votos de las Cámaras. Puede acceder a todos los documentos administrativos (excepto los del Consejo de Ministros) y a todas las instituciones públicas (prisiones, hospitales, comisarías); puede informar sobre materias específicas, como menores, y puede proponer recursos. Para garantizar su actividad, se ha constituido un delito obstruir sus actividades. Acceder al defensor es fácil, se lo hace directamente, sin condición ni formalidades. Su objetivo principal "no es buscar culpables, sino de encontrar soluciones"¹⁹.

17- Arocha Hernández, Francisco, "Le <<Fiscal General de la República>> au Venezuela", en *Revue Française de l'administration publique*, op. cit.

18- Gil-Robles, Alvaro, "Le défenseur du peuple espagnolo et la justice", en *Revue Française d'administration publique*, op. cit.

19- Gil-Robles, Alvaro, op. cit. pag. 266

A nivel regional, el Tratado sobre la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, prevé la creación del mediador europeo. Su creación, afirma GOSALBO²⁰, se inscribe en el proceso de democratización de la vida comunitaria. Su Estatuto se asimila parte de los tres modelos europeos (escandinavo, francés y británico). Aunque aún no está en vigencia, el proyecto de estatuto dispone que el mediador será designado por el Parlamento, por un lapso de cinco años, para conocer las quejas sobre la administración comunitaria. Estaría facultado para recibir quejas de particulares, personas jurídicas y de los parlamentarios relacionadas a mala administración de las instituciones y órganos comunitarios que tengan su sede estatutaria en un estado miembro. Sus facultades serían investigar, recomendar soluciones y, en su defecto, llevar el caso al Parlamento Europeo o a la Comisión de la Comunidad Europea.

En el sistema europeo de protección de los Derechos Humanos, ante el número reducido de comunicaciones admisibles en relación a las presentadas, en una reunión del Comité de Asuntos Legales de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, se manifestó el deseo de crear un "Europaen Ombudsman"²¹. La misma argumentación sirvió de base para que, en la última reunión de la Comisión Internacional de Derechos Humanos (julio, 1993), se proponga a nivel del sistema de protección de los Derechos Humanos de la ONU, la creación de un Ombudsman.

El Ombudsman ha conquistado, inclusive, las organizaciones internacionales²². En 1973 se establecieron dos en el PNUD; en 1974 lo OMS adoptó la institución; en 1976, en el coloquio sobre los procesos y recursos en las organizaciones de las Naciones Unidas, se recomendó la protección de los derechos a través de procedimientos adecuados, bien definidos, para examinar los diferendos que puedan surgir en el seno de la organización, para establecer los hechos y buscar una solución amigable, sin necesidad de llevar el caso a un órgano jurisdiccional.

Conclusiones: Regiones, Estados, provincias y Organizaciones Internacionales han adoptado el Ombudsman. Esta difusión, aunque provocó arduos debates en algunos países, se debe a la generosidad de sus ventajas.

20- Gosalbo Bono, Ricardo, "Maastricht et les citoyens; le médiateur européen", en *Revue Française de l'administration publique*, op. cit.

21 Dijk, Pieter van, "A European Ombudsman for Human Rights-Reopening a discussion", en *Human Rights Journal*, Vol. 1-2, 1977, pag 188.

22- Becet, Jean Marie, "A propos de la <<ombudsmanie>>: le mediateur et les organisations internationales", en *Revue de droits de l'homme*, Vol. 1-2, 1977.

El Ombudsman debe ser considerado en un doble aspecto: factor de mejoración de la administración (mejora el servicio y los procedimientos de la administración) y constituye un modo eficaz de atender las quejas. En un buen sentido puede ser considerado como gran ayuda para el jefe del poder Ejecutivo (decanta su Administración Pública).

El Ombudsman constituye una figura ligada íntimamente a la democracia y a los Derechos Humanos. Su vigencia depende de la importancia que se de a la libertad de expresión, a la libertad de manifestar la disconformidad con un hecho administrativo y a la libertad de exigir los derechos. Por otro lado, constituye un fácil y eficaz modo de protección de los derechos humanos.

Para aceptar la institución del Ombudsman, para su implantación, se debe tener en cuenta que tiene como finalidad el reconciliar, no el calificar situaciones injustas; el solucionar conflictos, no el sancionar.

“Todo esfuerzo en la promoción de los Derechos Humanos debe ser saludado con respeto”

(Jean Becet)

REGIMEN JURIDICO DE LA UNION DE HECHO

Dr. Wilfrido Lucero Bolaños*

La unión de hecho entre un hombre y una mujer fue uno de los tantos tabús de los que vivió nuestra sociedad en el pasado. Prefirió no tocar el tema y quizás ignorarlo conscientemente, aunque las uniones de hecho no sólo que eran una realidad que estaba a la luz y a los ojos de todos, sino al mismo tiempo un fenómeno que avanzaba constantemente, sobre todo, en algunas regiones del país.

Falsas consideraciones principalmente de orden religioso y moral, en una sociedad en la que con frecuencia no existe una conciencia clara de los verdaderos valores del hombre, habrían logrado una gran confusión sobre el tema y aun satanizarlo para que se lo mantenga intocado, aunque en el fondo se advertía que era el origen de graves conflictos e injusticias.

En tales circunstancias nadie se atrevía a contradecir a los "moralistas" y menos aún a hacer propuestas concretas sobre alguno de los aspectos del problema porque de antemano sabía que iba a ser tildado y apostrofado sin misericordia.

Quizás las circunstancias anotadas y ese calculado temor a enfrentar la realidad, expliquen con mayor aproximación los motivos por los cuales ninguna Constitución anterior a la actual y, por consiguiente, ninguna ley en el pasado hayan contemplado disposición alguna orientada a regular las uniones de hecho, dejando que éstas se establezcan y desenvuelvan con sujeción solamente a la buena disposición de las partes interesadas, cuando no a la ley de la oferta y la demanda o a las conveniencias de orden puramente material.

La preocupación y la normatividad jurídica de las uniones de hecho son, relativamente recientes y nuevas, al menos si se las refiere a otras instituciones de nuestro derecho que han adquirido en el tiempo su madurez y consolidación.

Significó una verdadera conquista del pueblo ecuatoriano, que mediante un pronunciamiento plebiscitario, lograra introducir en la Constitución Política del Estado que rige desde 1979 hasta ahora, es decir, desde que se restauró el régimen de derecho en el país, los principios y las normas fundamentales que enmarcarían el régimen jurídico de las uniones de hecho.

* *Ex parlamentario y ex presidente del Congreso Nacional*

No se trataba de propiciar el amor libre o de atentar en contra del matrimonio, como muchos sostenían, sino simplemente de reconocer la existencia de una realidad, se esté o no de acuerdo con ella, que necesitaba ser regulada por sus innegables repercusiones sociales, familiares y económicas.

Los efectos de las uniones de hecho que en el pasado fueron generalmente devastadores necesitaban normas claras y precisas que los enmarquen y regulen, porque cuando la pareja se separaba al cabo de algunos años de esforzada convivencia, desaparecía todo o casi todo: el varón se adueñaba de todos los bienes que fueron el fruto del trabajo común, sin que importe su cuantía; y la mujer no sólo que tenía que afrontar situaciones económicas muy difíciles sino que, al mismo tiempo, debía cuidar de los hijos comunes, proveyéndoles de vivienda, alimentación, vestuario y educación, amén de los gastos que demandan las contingencias y circunstancias imprevistas.

Era evidente que uno de los elementos de la pareja resultaba a la postre tremendamente perjudicado por la ausencia de normas jurídicas que determinen los derechos de los cohabitantes o convivientes en casos como éste. Ese elemento perjudicado casi siempre era la mujer no sólo por la ausencia de normas sino también porque no se había reconocido la igualdad jurídica del hombre y de la mujer, y aún las instituciones del orden familiar consagradas en nuestros Códigos supeditaban completamente los derechos de ésta a la voluntad y a la autorización de aquél.

Los hijos –como casi siempre sucede en casos análogos– eran también las inocentes víctimas de una situación que había desaparecido y que tenía como única consecuencia, el desamparo.

La Constitución y la Unión de Hecho

La Constitución Política del Estado dedica un solo artículo, el 23, a las uniones de hecho, pero en él se establecen los principios básicos de esta institución jurídica.

Dice la Constitución: “La unión estable y monogámica de un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, dará lugar a la sociedad de bienes, que se sujetará a las regulaciones de la sociedad conyugal, en cuanto fueren aplicables, salvo que hubieren estipulado otro régimen económico o constituido, en beneficio de sus hijos comunes, patrimonio familiar”.

Por lo mismo, era menester la aprobación posterior de una ley que desarrollara estos principios constitucionales y les diera viabilidad para su aplicación práctica.

como ocurrió con la expedición de la “Ley que regula las uniones de hecho”, que es una ley especial, que entró en vigencia el 29 de diciembre de 1982, Registro Oficial N° 399.

Se trata de una ley relativamente corta: consta de 11 artículos, una disposición transitoria y un artículo final.

Requisitos de la Unión de Hecho

Varios son los requisitos que tanto la Constitución como la Ley exigen para que pueda hablarse de una unión de hecho:

1. Unión estable y monogámica. No puede considerarse como unión de hecho a la relación esporádica, circunstancial o que se produce con intervalos en el tiempo. La estabilidad de la relación es una característica esencial de esta unión, precisamente para evitar la confusión y el caos.
La unión debe ser monogámica, es decir, entre un solo hombre con una sola mujer.
2. La unión debe ser entre personas libres de vínculo matrimonial con otra persona. Si uno de los dos está casado, o ambos, no procede la unión de hecho. Por lo mismo, tanto el hombre como la mujer deben tener la condición de solteros, viudos o divorciados.
3. La estabilidad de la unión debe ser por más de dos años.
Ciertamente que se hacía indispensable señalar en el tiempo lo que debía entenderse por unión estable, y la ley ha determinado que cumplen con este requisito las uniones de más de dos años en adelante. Y,
4. La unión debe tener por finalidad vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente. Esta finalidad distingue específicamente a la unión de hecho de cualquier otra clase de unión que puede establecerse entre un hombre y una mujer aunque cumplan los otros requisitos.

Cumplidos los cuatro requisitos que han quedado señalados anteriormente se puede afirmar que existe una unión de hecho y que, por lo mismo, ésta “ha dado lugar a una sociedad de bienes, que se sujetará a las regulaciones de la sociedad conyugal, en cuanto fueren aplicables...”, de conformidad con lo dispuesto por los Artículos 23 de la Constitución y 1 de la Ley que regula las Uniones de Hecho.

Excepciones.- Sin embargo de lo anterior, tanto la Constitución como la Ley establecen la posibilidad de que la unión de hecho no de lugar a una sociedad de bienes, estableciendo dos casos de excepción:

- a) Que la pareja haya estipulado otro régimen económico distinto al de la sociedad de bienes, en cuyo caso deberá constar de escritura pública, según lo dispuesto por el Art. 3 de la Ley; y,
- b) Que los convivientes hayan constituido para sí y en beneficio de sus hijos comunes o de éstos solamente, patrimonio familiar sobre sus bienes. Sin embargo, si quedasen bienes restantes sobre ellos subsistirá la sociedad de bienes, de acuerdo a lo dispuesto por el inciso final del Art. 4 de la Ley.

Presunción de la Unión de Hecho

El Art. 2 de la Ley establece la presunción de la existencia de una unión de hecho “cuando el hombre y la mujer así unidos se han tratado como marido y mujer en sus relaciones sociales y así han sido recibidos por sus parientes, amigos y vecinos”.

De lo transcrito se infiere que para que se presuma que existe una unión de este tipo, la pareja debe tener un comportamiento y un trato como si realmente fuesen marido y mujer, ante la sociedad en general, sus parientes y amigos, es decir, que demuestren que son los pilares del hogar común que han formado y que su conducta corresponde a ese hecho.

Naturalmente, que esta presunción legal está sujeta a la prueba correspondiente.

Reconocimiento Legal de la Unión de Hecho

No basta que la unión de hecho cumpla con los requisitos que han quedado señalados para que pueda operar y ser tenida como tal.

Es indispensable, además, que se produzca un pronunciamiento legal, mediante una sentencia judicial, de que precisamente se han reunido los requisitos que señala la Ley y que se reconoce la existencia de la unión de hecho con todos sus efectos.

No hay al respecto normas procesales complementarias de la Ley que señalen con toda precisión y claridad el trámite que debería observarse para que la autoridad, en este caso el Juez, llegue a reconocer la existencia legal de la unión de hecho, mediante una sentencia declarativa.

Se tiene que acudir, entonces, a las normas y principios generales del derecho y al inciso segundo del Art. 2 de la Ley que recoge una norma que se halla también consagrada en el Código de Procedimiento Civil, cuando dispone que “el Juez aplicará las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba correspondiente”

al referirse al carácter que debe tener la relación del hombre y de la mujer para presumir que ha generado una unión de hecho.

En consecuencia, este reconocimiento legal empieza por la presentación de la demanda ante el Juez de lo Civil correspondiente, cumpliendo para este efecto con las normas existentes en el Código de Procedimiento Civil.

Se adjuntarán a la demanda todos los documentos y las pruebas preparatorias que se vayan a hacer valer en el juicio, entre las cuales puede estar una información sumaria de testigos, o solicitar en la misma demanda que se reciban esas declaratorias testimoniales, bajo el entendido de que en estos casos la prueba de testigos tiene una especial importancia ya que es casi imprescindible acudir a ella para comprobar ante el Juez los elementos legales que constituyen la unión de hecho.

No es raro encontrar que los convivientes han firmado conjuntamente inclusive escrituras públicas de adquisición de inmuebles y que lo han hecho en calidad de marido y mujer, como si hubiesen sido cónyuges, o que han suscrito en la misma forma documentos privados.

Si uno de los convivientes ha fallecido, se adjuntará a la demanda, además, la partida de defunción y se solicitará que se cite a los herederos presuntos y desconocidos del causante, por la prensa, de conformidad con lo dispuesto por el Art. 86 del Código de Procedimiento Civil para que en el término de 15 días propongan las excepciones dilatorias y perentorias de que se crean asistidos.

En el trámite hay que contar, también, con uno de los Agentes Fiscales.

Cumplido este trámite, que es sumario y especial, el juez dicta sentencia aceptando la demanda y declarando la legalidad de la unión de hecho.

Esta sentencia, una vez ejecutoriada, se convierte para los convivientes, en un documento similar o equivalente a la partida de matrimonio.

La Ley no contempla, aunque debería hacerlo, un Registro de estas legalizaciones de las uniones de hecho.

Principales Efectos de la Declaratoria

Declarada judicialmente la legalidad de una unión de hecho, el tratamiento que recibe en el ámbito de las personas es similar al que se reconoce para los cónyuges.

y en el campo de los bienes se somete al régimen jurídico que el Código Civil ha establecido para la sociedad conyugal. Por lo mismo, el haber de esta sociedad de bienes y sus cargas, la administración ordinaria, la liquidación de la sociedad y la partición de gananciales se rigen por las mismas normas de la sociedad conyugal.

En cuanto a los diversos órdenes de sucesión, cuando ha fallecido uno de los convivientes, se aplican al conviviente sobreviviente las mismas reglas de la sucesión intestada establecidas para el cónyuge, así como las normas que conciernen a la porción conyugal. No existe, por tanto, ninguna diferencia.

En lo que concierne al pago del impuesto a la renta, los convivientes tienen derecho a las mismas rebajas y deducciones contempladas para los cónyuges.

Tienen derecho también a los beneficios del Seguro Social; al subsidio familiar y a todos los demás beneficios sociales establecidos para los cónyuges.

Efectos en la Filiación, Paternidad y Maternidad

Aparte de los efectos que se han registrado anteriormente, es menester señalar que la declaratoria de unión de hecho surte efectos también en la filiación de los hijos y consecuentemente en la paternidad y maternidad.

Cuando se introdujeron las reformas al Libro I del Código Civil que estuvieron orientadas básicamente a consagrar la igualdad jurídica del hombre y la mujer, se añadió al Art. 24 el literal **d)** con el cual se completó su alcance, habiendo quedado la indicada disposición legal de la siguiente forma:

“Art. 24. Se establece la filiación, y las correspondientes paternidad y maternidad:
d) Por haber nacido en una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente”.

Administración de la Sociedad de Bienes

La Ley 115 en su Artículo 9 introdujo desde entonces el principio de la igualdad jurídica del hombre y de la mujer, que se hallaba desde luego contemplado en la Constitución, cuando dispuso que la administración ordinaria de la sociedad de bienes corresponde al conviviente que hubiere sido autorizado por instrumento público, y que solamente en el caso de que no hubiese tal autorización, la administración le corresponderá al hombre.

Ambito de Aplicación de la Ley

Aunque el principio general es que toda ley rige para lo venidero, la Ley 115 definió en su DISPOSICION TRANSITORIA el ámbito de aplicación cuando dispuso que “las uniones de hecho que a la fecha de vigencia de la presente Ley (115) reúnan las condiciones del Art. 1 se regirán por ella”.

Esta disposición se basó en el carácter social y económico de la Ley que imponía que sus normas habrían de aplicarse no sólo a las situaciones venideras sino también a las ya existentes.

Como se puede constatar, la Ley que regula las Uniones de Hecho contiene las normas indispensables para desarrollar el mandato constitucional expresado en el Art. 23 de la Constitución Política y para conseguir el objetivo de que “esta unión debe ser tratada en forma similar a la de los cónyuges”, amén de que en muchos aspectos se remite también a las normas del Código Civil y al Código de Procedimiento Civil.

NUEVAS TECNOLOGIAS DE REPRODUCCION HUMANA Y SU CONTROL LEGAL

Dra. Ximena Avilés Chevalier*

Introducción.-

Una pareja de casados frente a la imposibilidad de gestación por parte de la mujer decide acogerse a los nuevos métodos de reproducción asistida, para lo cual contratan con otra mujer para que gaste la criatura. Este es el caso de Baby M. que tanto revuelo causó a nivel mundial, debido a la puesta en práctica de métodos científicos inimaginables hasta hace poco. La denominada madre subrogada, casada y con cuatro hijos más, procreó (con el consentimiento de su esposo) una criatura - para lo cual aportó su propio óvulo, llevando el feto a feliz término, pero el material genético no era de su marido. Al nacer el niño se negó a entregarlo al progenitor -padre biológico-, para que la esposa de éste lo adoptara, sin querer renunciar a la maternidad, que tanto el contrato de maternidad subrogada como la legislación vigente en el Estado de Nueva Jersey, no lo reconocían. Después de las correspondientes acciones judiciales, se le reconoció a la denominada subrogada, madre jurídica, su derecho filial, y, como tal, la maternidad de la criatura. Sin embargo, la custodia del niño se la adjudicó al padre biológico, también jurídico, y a la madre subrogada sólo el derecho de visita.

Este caso cuya primera sentencia salió en 1987, no ha sido el primero, y contrariamente a lo que se podría pensar la práctica de métodos de reproducción asistida han ido teniendo cada vez más acogida a nivel mundial, por lo que bien se podría decir que la década de los setenta pasará a la historia por un hecho especialmente trascendente, cual es el de la vida humana generada en probeta, así como la amplia gama de nuevas posibilidades de fecundación asistida.

En los umbrales del siglo XXI, las técnicas de reproducción asistida han abierto cauces nuevos de maternidad y paternidad, convulsionando en particular al Derecho de Familia, en sus más profundos cimientos.

* Abogada, representante ecuatoriana con ponencia al VII CONGRESO MUNDIAL SOBRE DERECHO DE FAMILIA, Sept. de 1992, San Salvador, El Salvador.

Datos Estadísticos y Breve Historia Legislativa.-

Datos estadísticos han demostrado que estas técnicas de reproducción destinadas a prestar remedio a la infertilidad, han ido incrementándose paulatinamente, así los métodos de inseminación artificial, se viene realizando desde hace bastantes años, por poner un ejemplo en España, el primer banco se semen data de 1978 y han nacido ya unos 2.000 niños en esta nación mediante este método y varios cientos de miles en el resto del mundo. La fecundación in vitro con transferencia de embriones, de mayor complejidad técnica, se dio a conocer universalmente en 1987 con el nacimiento de Louise Brown, en el Reino Unido, mientras que en España, hay ya más de cincuenta nacimientos bajo esta técnica.

El índice de parejas estériles es bastante alto, por lo que éstas técnicas han abierto expectativas y esperanzas en el tratamiento a este problema. Se calcula que en España hay unas 700.000 parejas infértiles, así como varios centros médicos, sanitarios públicos o privados en los que se realizan estos métodos, a más de 13 Bancos de gametos.

Sin embargo, éstas expectativas, creadas por los progresos científicos y tecnológicos, pueden generar una amplia gama de incertidumbres sociales así como conflictos en relación a las posibilidades y consecuencias que las mismas pueden producir. Conocido es que los avances científicos se adelantan al Derecho, y que éste llega en un momento dado, luego de reiteradas prácticas, costumbres o hechos, a crear, recoger y legislar sobre las nuevas situaciones. La pregunta es, de qué manera la Ley debe enfrentar éste reto en particular, el que sin duda ha llegado a desestabilizar los cimientos más tradicionales y seguros del Derecho Civil Familiar.

El estudio comparativo de las experiencias vividas en otras legislaciones, como en el caso de Suecia, España, Noruega, Inglaterra, entre otras, nos permitirá aclarar y confirmar la necesidad de una revisión completa al sistema jurídico universal existente.

Al producirse las primeras prácticas de reproducción alternativas a la infertilidad, éstas eran aisladas y al parecer excepcionales, por lo que no hubo mayor preocupación en los diferentes Estados por recogerlas en un cuerpo Legal. Tal es el ejemplo de Suecia (1984), país que actualmente consta de una ley especial pionera sobre el tema, entre las razones para que en Suecia no se diera con anterioridad una normativa, era entre otras, la no necesidad de regulación de un tema que se daba poco en la práctica, las presiones de la Iglesia, fuertes grupos de oposición y el hecho de existir la alternativa de la adopción. Hasta que el Ministerio de Sanidad Pública sueco

solicitó al gobierno un estudio sobre el asunto apuntando la necesidad de regulación por ser en el momento unas técnicas muy utilizadas y la evidente laguna legal existente.

Así en diciembre de 1981 el Gobierno sueco nombró una Comisión de estudio, The Insemination Committee. En septiembre de 1983 dicha comisión presentó unas recomendaciones al respecto, y estudiadas éstas por el Gobierno con las modificaciones pertinentes el resultado se presentó al Parlamento en 1984, ley que entra a regir en marzo de 1995.

Casos parecidos se presentaron en los demás países con legislación actual sobre esta materia, explicándose los retardos del caso, por la prudencia y la cautela que tales temas requerían, tanto es así que ningún país se decidía en arriesgarse, deseando más bien esperar a otras iniciativas para proceder con las propias, consideraban que se requería de mucha madurez para hacerlo, argumento que no es menos cierto, pues se está manejando asuntos extremadamente delicados, que implican un cambio radical en el concepto de familia, de protección de derechos fundamentales de la persona que podían quedar de lado, y en general del futuro mismo de la sociedad, de la persona, y lo que es más de los niños y niñas del mañana.

Principales Métodos de Procreación Medicalmente Asistida (PMA).-

Pero para adentrarnos más en el tema, se hace necesario hacer un cuadro explicativo de los principales métodos de procreación medicalmente asistida (PMA) conocidos actualmente:

- IA** Inseminación Artificial.
- IAH** Inseminación Artificial Homóloga, con aportación de gametos masculinos por el marido o compañero de la mujer.
- IAD** Inseminación Artificial Heteróloga, con aportación de gametos por medio de donante anónimo.
- FIV** Fecundación In Vitro con transferencia de preembrión.
- GIFT** Transferencia Intratubárica de gametos.

Cabe anotar que dentro de estas modalidades se pueden producir varios hechos, como es el caso de:

Fecundación Post Mortem y la Maternidad Subrogada, pudiéndose perfectamente, en éste último caso, llevar a cabo la donación de gametos femeninos ajenos a la madre sustituta.

Cambios Sufridos en el Concepto de Filiación.-

Si alguna institución jurídica en particular se encuentra removida en sus más sólidas estructuras, debido a la PMA, es la de la filiación, ya que si hacemos un recuento histórico al examinar nuestro derecho occidental desde Roma, veremos que si bien no ha existido un criterio unitario sobre esta categoría jurídica y ésta ha ido evolucionando en el tiempo en función de los cambios sociales, siempre lo ha hecho bajo las mismas premisas y elementos esenciales, cuya esencialidad no ofrecía duda alguna y eran indispensables.

Desde aquellos tiempos hasta hace poco, se ha ido definiendo a la filiación en base a los términos de maternidad y paternidad, y de ahí sus diferentes modalidades, sobre todo en lo atinente a la impugnación de paternidad y reconocimientos, determinados siempre por el dato esencial de la existencia de unas relaciones sexuales para la procreación. Sin embargo, con la reproducción asistida se parte del hecho de fecundación asexual, de la que derivan algunas implicaciones que han permitido la creación de nuevos términos legales, tales como padre jurídico o legal, padre social o padre biológico en el caso de la IAD y FIV, cuestionándose quién es realmente el padre, el donante o el marido. Así como conceptos jurídicos que nunca se cuestionaron (salvo el caso de impugnación de maternidad producido por errores administrativos) y que eran lo único cierto y verdadero, tanto que por siempre se ha dicho: "Mater semper certa est" ("La maternidad siempre cierta es"). Actualmente, esta definición está en crisis, pues se habla más bien de maternidad plena, o no plena o parcial; en la maternidad biológica plena la madre ha gestado al hijo con su propio óvulo; en la no plena o parcial, la mujer sólo aporta la gestación (maternidad de gestación), o su óvulo (maternidad genética), pero no ambos; son matices que no siempre están claros, evidenciándose la necesidad de aclararlos y ser establecidos sin equívocos.

Se ve alterada así la tradicional concepción del vínculo filial, con graves implicaciones no sólo en el Derecho Familiar, en el concepto mismo de familia, sino también en el Sucesorio, amén de los derechos del niño, entre los que se puede resaltar al de conocer su identidad, pues, tanto, en la Doctrina como en los diferentes considerandos que han tenido los países al momento de crear sus Leyes, se han encontrado con el interrogante de si debe o no debe conocer el nacido a su padre biológico, en el caso de la procreación con donante desconocido, en otras palabras, es quizá el punto más controversial el hecho de proteger o no el anonimato del donante.

Así mismo, otra gran polémica causa el derecho o no del niño o niña a la herencia, en el caso de la fecundación post mortem; así como, por citar nada más otro ejemplo muy cuestionado, el derecho a estas prácticas para la mujer sin compañero o marido.

Como se ve son cuestiones de indudable trascendencia, completamente fuera del alcance cultural tradicional del conocimiento, por lo que muchos tratadistas han preferido hablar de la creación más bien de nuevas categorías jurídicas para estos casos, así se expresa Rivero Hernández cuando dice: "Más esa situación o relación nueva requiere un tratamiento en congruencia con ello: bien elaborar una nueva categoría jurídica (y social) con terminología idónea, y un régimen jurídico apropiado con soluciones también nuevas; o buscar adecuarla a los viejos esquemas conceptuales y legales y dentro de éstos, definir por una parte quienes son el padre y/o la madre del ser nacido por fecundación artificial, y por otro lado, determinar que tipo de relación (jurídica o la que fuera para no prejuzgar por ahora) puede haber entre el ser nacido por ese procedimiento y la persona que proporcionó el gameto masculino o femenino correspondiente (cuando ésta no es la que formalmente figure como padre/madre). Sea lo que fuere, lo cierto es que estamos en presencia de situaciones nuevas no previstas por nuestros legisladores, y que, por lo tanto, es imprescindible su estudio, y que el Derecho, elaborado para resolver conflictos clásicos entre particulares, o entre los particulares y el Estado, se encuentra desbordado por una situación para la cual no estaba preparado: la ciencia y la técnica, que tradicionalmente habían sido aliados de la dignidad de la persona, se presentan a través de algunas de las recientes prácticas biomédicas, como generadoras de situaciones altamente conflictivas para esa misma dignidad.

Está claro que las técnicas de procreación artificial se encuentran en la raíz de este fenómeno: el reemplazo de la familia biológica, fundada en los lazos sanguíneos, por una "familia artificial", de base tecnológica. La pregunta es: cuál es el rol a jugar por el Derecho en este conflicto? Debe plegarse a todos los desarrollos técnicos posibles, o por el contrario, debe efectuar una valoración de ellos a fin de decidir cuáles son socialmente valiosos y cuáles no?

Ordenamientos Jurídicos Existentes.-

En los últimos años, algunos países de Europa han aprobado leyes en materia de procreación médicamente asistida, que siguen orientaciones muy variadas, no sólo en cuanto a la naturaleza de la normativa adoptada (civil o penal), sino en la filosofía de base desde la cual se observan las técnicas mencionadas. El Dr. en Derecho, Roberto Andorno (argentino, quien actualmente se encuentra haciendo investigación sobre la materia en la Universidad de París), en su ponencia presentada en el VII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, realizado en septiembre de 1992, hace una clasificación de las tendencias legislativas existentes, así como un resumen de las mismas, las cuales queremos dar a conocer en el presente trabajo.

Estas tendencias las ha clasificado en dos: una que da prevalencia a los desarrollos técnicos (España, Gran Bretaña, Francia) y la otra, que se centra en la protección de las personas ligadas a las nuevas tecnologías de reproducción, en particular, el niño y la familia (Alemania, Suecia, Noruega).

A.- La primacía de la técnica

La corriente legislativa que da primacía al avance de las tecnologías por encima del interés de las personas ligadas a ellas –en particular, del niño o niña– se caracterizan por una serie de notas comunes:

- Ausencia de requisitos especiales (p. ej. que se trate de una pareja heterosexual unida por un vínculo estable) por parte de los destinatarios de las PMA.
- Aceptación de todas las variantes técnicas, en particular, del empleo de gametos de terceros ajenos a la pareja, tanto masculinos como femeninos.
- Anonimato del donante de gametos, sin posibilidad para el hijo de conocer la identidad de su padre o madre biológicos.
- El respeto de la vida embrionaria se retarda un cierto tiempo, en general catorce días luego de la fecundación.
- Como consecuencia de lo anterior, hay una amplia libertad en materia de manipulación embrionaria, y de creación de embriones en exceso con congelación, donación o destrucción de los “sobrantes”.

En esta línea se destacan la legislación española, la británica, y los proyectos de ley del Gobierno francés recientemente presentados al Parlamento.

España ha regulado la materia a través de la Ley N^o 35/1988 sobre reproducción humana asistida del 22 de noviembre de 1988. El artículo 1^o de esta ley dispone que: “las técnicas de reproducción asistida tienen como finalidad fundamental la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces” (par 2). Sin embargo, los párrafos siguientes extienden la aplicación de las técnicas a otros campos, ya que también pueden utilizarse para la “prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario” (par 3), es decir, con fines eugenésicos, o para facilitar la experimentación sobre embriones y fetos humanos vivos, que es admitida por la ley (art. 2 par. 4; art. 15).

En lo que hace al status jurídico del embrión, el legislador español adopta la tesis que distingue entre el pre-embrión (antes de los 14 días desde la fecundación), y el embrión. La manipulación del pre-embrión (congelamiento, experimentación, etc.), encuentra mayores facilidades que la del segundo.

En cuanto a los usuarios de las técnicas, toda mujer mayor de edad y capaz, aún no estando vinculada a ningún hombre, puede ser receptora de las técnicas de PMA (art. 6). No se exige, en consecuencia, la existencia de una pareja heterosexual, y por lo mismo, la inseminación post mortem es aceptada (art. 9 par 2).

Se admite el empleo tanto de espermatozoides como de óvulos de terceros (o de los dos simultáneamente) (art. 5). La donación es anónima, lo cual significa que el niño no tendrá acceso a la identidad de sus progenitores biológicos (art. 5 par 5). Al mismo tiempo, no es posible el ejercicio de la acción de desconocimiento de la paternidad o maternidad por parte del padre o madre "social" (art. 8).

Gran Bretaña ha seguido una orientación prácticamente idéntica a través de la Human Fertilisation and Embryology Act, de noviembre de 1990: no se exige ningún requisito por parte de los beneficiarios de las técnicas; la donación de gametos es anónima, no siendo reconocido al niño el derecho a conocer la identidad del donante, sino sólo sus características genéticas. La congelación, donación y experimentación sobre embriones es admitida (arts. 3, 12, 13 y 14).

Si bien en Francia no existe una legislación específica hasta el momento, existen dos proyectos de ley del Gobierno, presentados al Parlamento en marzo del año pasado, que son actualmente objeto de debate. En líneas generales, los criterios adoptados coinciden con los de la legislación española y británica. En materia de filiación, sin embargo, la jurisprudencia suprema, haciendo aplicación de los principios de derecho común, se ha apartado de tales criterios. Es así como ha aceptado la acción de desconocimiento de paternidad cuando se hubiera hecho recurso a una PMA heteróloga (es decir, con gametos de un tercero ajeno a la pareja). En tales casos, y a modo de compensación, el marido que ha consentido en el recurso a la técnica debe indemnizar al niño por la ausencia de un padre legal.

B.- La primacía de la persona

Esta corriente legislativa se caracteriza por tomar como punto de mira principal el interés de los niños nacidos de las técnicas de procreación artificial. La preocupación esencial que la inspira es la de evitar una excesiva artificialización de la familia, y a este fin se procura que el vínculo biológico de "paternidad" y "maternidad" y el

vínculo social coincidan en la mayor medida de lo posible, por entenderse que el desdoblamiento de los mismos es nocivo para la salud psíquica del niño. Es por ésto que las PMA heterólogas son miradas con disfavor, cuando no directamente prohibidas. Al mismo tiempo, se exigen ciertas condiciones de estabilidad por parte de los receptores de las técnicas (que en todos los casos deben constituir una pareja heterosexual) y se reconoce al niño el derecho a conocer la identidad de su padre biológico, en el supuesto que se hubiera recurrido a gametos de terceros ajenos a la pareja. Dentro de esta corriente jurídica se destacan principalmente las legislaciones de Alemania, Suecia y Noruega.

Alemania cuenta desde el 24 de octubre de 1990 con una ley relativa a la protección del embrión –Nº 745/90–, que regula parcialmente la procreación medicalmente asistida. A diferencia del criterio seguido en otros países, el legislador alemán ha preferido la legislación penal a la civil para fijar las reglas a observar en la materia. A esta norma se agregan las reglas deontológicas fijadas por la Comisión de Benda (1985) y por el Congreso Médico (1985).

La posición prevaleciente en la doctrina es contraria a la PMA heterólogas, por el hecho de implicar la irrupción de un tercero en la estructura familiar. En este sentido, la transferencia una mujer de óvulos provenientes de otra está sancionada penalmente en forma explícita (art. 1.1.1.). De este modo se evita que el vínculo del niño con su madre sufra una fractura irreparable. La donación de espermia no está prohibida, pero necesita una autorización especial en cada caso.

La ley tiende a proteger al embrión humano desde el momento mismo de su concepción. En este sentido, no se admite la constitución de “bancos de embriones”, siendo obligatoria la transferencia al útero materno –de la madre biológica– de todos los embriones obtenidos por fecundación “in vitro”, que en ningún caso pueden ser más de tres (art. 1.1.3.).

En materia de filiación, no existe una norma especial en relación a la acción de desconocimiento de paternidad cuando se empleen gametos de terceros. La Corte Federal, sin embargo, ha sentado en 1983 el criterio de que el marido puede contestar la filiación del niño, aún cuando hubiera presentado su consentimiento a la PMA heteróloga. La Comisión Benda, por su parte, aconseja conservar la información relativa al donante, a fin de que el niño, una vez que ha cumplido dieciséis años, pueda conocer sus orígenes.

En Suecia la reglamentación de la PMA está contenida en dos Leyes: la Nº 1140 del 20 de diciembre de 1984, relativa a la inseminación artificial, y la Nº 711 del 14 de junio de 1988, relativa a la fecundación “in vitro”.

Por la primera, el empleo de esperma de terceros es aceptada, si la mujer es casada o vive en concubinato, y siempre que el interés del niño aparezca preservado. En este sentido, se reconoce expresamente el derecho del niño a conocer, "una vez alcanzada la madurez suficiente" (art. 4), la identidad de su padre biológico.

La Ley de 1988, por su parte, sólo admite la FIV homóloga. La comisión que trabajó en la preparación del proyecto, entendió que debía fijarse un límite a las manipulaciones de la reproducción humana, y en la combinación de dos gametos y fecundación "in vitro", ese límite ya estaba superado.

Noruega ha adoptado el 12 de junio de 1987 una Ley Nº 68 análoga a la sueca, que reserva las PMA para parejas unidas en matrimonio (art. 4). La FIV, por parte, sólo es aceptada en su variante homóloga, es decir, con gametos de la pareja (art. 12). La donación de óvulos no es admitida.

El mismo Dr. Andorno al realizar un balance global de las dos posturas, considera que cada una de ellas se inspira en una cierta concepción de la dignidad de la persona y del tipo de familia que se quiere para el futuro. Opina que el arribo de las mismas no ha sido consecuencia de meras soluciones pragmáticas frutos del azar, sino que en cada caso se advierte más bien un trasfondo ético-filosófico decisivo.

Por otra parte, piensa que el rol concedido al Derecho en el área biomédica es también muy diferente en los dos supuestos, en la que la tendencia llamada de "primacía de la técnica" representa una profunda modificación de lo que se concibe ser la función del Derecho frente a los progresos técnico-científicos, puesto que el orden jurídico, que siempre ha sido considerado como instancia de valoración de los comportamientos sociales es reducido a una función de carácter administrativo, como una suerte de instrumento neutro que ya no emite juicios de valor, sino que se limita a legitimar las prácticas biomédicas, en las que el interés de los sujetos intervinientes, en particular, el del niño, pasa a segundo plano.

Mientras que las legislaciones del segundo grupo, es decir, las denominadas de "la primacía de la persona", adoptan, en cambio un enfoque radicalmente opuesto, en las que el Derecho debe asegurar ya no la ciencia como fin en sí, sino la dignidad de las personas y en especial el interés del nacido. Ya no se trata de acomodar las normas jurídicas a las prácticas biomédicas, sino al contrario, de orientar éstas a fin de que el respeto a la vida humana aparezca asegurado. Se reconocen además el derecho a una maternidad no disociada y el derecho a la propia identidad.

Por otra parte, ambas posturas, aparecen protegidas a través de la exclusión de la donación de óvulos, de la donación de embriones, de la maternidad de sustitución y del esfuerzo llevado a cabo por el legislador a fin de que el niño aparezca inserto en su verdadera familia, es decir, en la biológica.

Lo cierto es que frente a estos cambios cabe decir que: “Los progresos de la biología suscitan el mismo complejo de maravillamiento, esperanza y temor que siempre ha suscitado el progreso científico” (Jean Marc Varaut), siendo indiscutible, la necesidad de proteger el equilibrio psico-físico de las personas y de la integridad de la familia, si es que se considera a la familia biológica basada en los lazos de sangre, como un bien jurídico protegido, por parte del Derecho, adoptando las normas pertinentes para protegerla, puesto que de lo contrario estaríamos entrando a una nueva era en la que como bien anota el autor norteamericano, Leon Kass en su libro: “Toward a More Natural Science” (Hacia una ciencia más natural), “existen serias razones para pensar que la eliminación de la familia biológica, provocada por la gestación de hombres en laboratorio a partir de gametos anónimos, va a conducir a las próximas generaciones a cortar todo lazo con el pasado y el futuro y a vivir en un presente solitario e impersonal”. El reto está planteado, ustedes hombres y mujeres de ley tienen la palabra.

EL DERECHO DE AUTOR: EL DERECHO DE LA POSTMODERNIDAD

Dr. Marco Proaño Maya*

Para el doctor Guillermo Zea Fernández, presidente del Centro Colombiano del Derecho de Autor, estamos asistiendo por la dinámica de las nuevas tecnologías, a la instauración de la ciencia jurídica de la postmodernidad: El Derecho de Autor.

Este derecho ha tenido una evolución unida al destino del desarrollo científico y del progreso económico, en la producción y difusión de la obra intelectual, alentando la formación de verdaderas industrias del intelecto, que procesan y distribuyen conocimientos, arte y cultura.

Nuevas expresiones formales de comunicación al público, como la cinematografía, el disco, el cassette, el videocassette, la televisión, la televisión por cable y las antenas parabólicas, el radio, las señales portadoras de programas transmitidas por satélite, la computación y sus secuelas de utilización técnica en el almacenamiento de la información, han contemporanizado un derecho que por estar ligado a los medios de comunicación colectiva, están sujetos al valor y a los propósitos de la tecnología.

El Derecho de Autor inscrito en las estructuras jurídicas institucionales, ha permanecido sin vinculación orgánica con el ejercicio de esos mismos derechos.

Los Estados, no han asumido una conducta oficial que defienda el respeto a los derechos intelectuales, sometiéndose a los intereses del poder y del sistema, configurando un derecho debilitado por las limitaciones administrativas y la falta de perspectivas ante las dimensiones de la modernización y de la tecnología.

El desafío contemporáneo es encontrar soluciones congruentes con el desarrollo tecnológico de la difusión de las obras intelectuales, que amenaza con dejarlas sin protección, ante lo cual es necesario "repensar la totalidad de la materia" como visionariamente recomendó Valerio de Sanctis.

Hay que salvaguardar los derechos de los creadores intelectuales y formar la conciencia moral en los usuarios.

Profesor de Seguridad Social y Riesgos del Trabajo de la P.U.C.E.

El Derecho de Autor: Un Derecho Universal

El Derecho de Autor es un derecho universal, superior a la enunciación territorial.

Históricamente el desarrollo del Derecho de Autor comprende tres épocas claramente definidas:

- a) Desde la antigüedad hasta el siglo XV, cuando se inventa la imprenta, por Gutenberg;
- b) Desde el siglo XV, hasta la institucionalización del Estatuto de la Reina Ana de Inglaterra (Statute of Ane); y
- c) Epoca de la evolución legislativa y la consolidación del Derecho de Autor Internacional.

En la antigüedad, dada la forma como se exteriorizaba la actividad intelectual, no existió una legislación para reglarla.

La obra intelectual fue hostilizada, pero al mismo tiempo protegida por hombres esclarecidos.

Los compositores y escritores, así como los artistas plásticos trabajaban al amparo de las comunidades religiosas, de las cortes y príncipes, que subvenían su existencia con dádivas y compensaciones.

En las culturas eternas de Grecia y Roma, fueron escasas las manifestaciones, que pudieran interpretarse como aproximaciones al Derecho de Autor.

En una opinión atribuida a Séneca, se revela la confusión que existió entre los derechos del autor como titular de su creación intelectual, con el de la propiedad del objeto material cuando advierte en una de sus obras: "Decimos que los libros pertenecen a Cicerón; el librero llama suyos a los mismos libros; uno los reivindica como autor y el otro como comprador y es con razón que se dice que los libros pertenecen al uno y al otro. En efecto pertenecen a ambos, pero no de la misma manera".

La invención de la imprenta, generalizada en el siglo XV, permitió, por una parte, extender las manifestaciones de la cultura y, por otra parte, lograr que la producción intelectual y artística impresa, alcance significado, configuración y destino. A partir de la difusión pública, la obra encuentra su valoración moral y económica.

Con la invención de la imprenta, aparece el sistema llamado de “los privilegios”, que consistía en prohibir la reproducción de las obras, sin el permiso de la autoridad soberana.

Calificados como una “sórdida conspiración entre monarcas y editores”, los privilegios reconocieron generalmente a los editores, el monopolio para la explotación de las obras, asumiendo la responsabilidad de sus publicaciones, en forma exclusiva, bajo determinadas condiciones, durante cierto tiempo y en determinado territorio.

El editor era protegido eficazmente, bajo el sistema de los privilegios. El editor que compraba una obra para imprimirla era considerado propietario de esa obra.

El autor tuvo que enfrentarse a las corporaciones de impresores y editores que le obligaban a aceptar sus condiciones, dentro de los límites de su propia voluntad.

Para la concesión de un privilegio, las obras eran examinadas y estaban sujetas a censura previa.

El régimen de los privilegios se extendió por toda Europa. Las obras literarias y científicas podían ya ser reproducidas a través de la impresión, ampliándose su difusión en la sociedad.

En la evolución histórica del Derecho de Autor, la promulgación del Estatuto de la Reina Ana en 1710, es muy significativa, pues representa la primera advertencia en contra de la piratería intelectual, convertida en el problema más peligroso y desafiante del Derecho de Autor Contemporáneo.

En el siglo XVIII, el derecho de los autores fue reconocido por el Consejo de Estado de Francia, el mismo que en 1786 dictó un Reglamento que reconoce el derecho de los compositores de música.

La concepción que inspiró este proceso de desarrollo del Derecho de Autor, hasta el siglo XVIII, fue la de proteger económicamente al editor y solo indirectamente al autor.

Fue necesaria la Revolución Francesa para que el Derecho de Autor encuentre la plenitud de su reconocimiento. Se abolió la censura y se terminó con el sistema de los privilegios.

La Revolución Francesa consagró al Derecho de Autor como un derecho fundamental, distinguiéndole en invocación de Le Chapellier como: "La más sagrada, la más legítima, la más inatacable, y si se puede llamar así, la más personal de todas las propiedades".

En el proceso final de la evolución legislativa del Derecho Autoral, se ha afianzado la doctrina que sostiene que el Derecho de Autor se integra en un derecho moral que importa la personalidad misma del autor, y un derecho económico que representa la facultad de explotación de la obra en favor del autor.

Evolución Territorial del Derecho de Autor

Por qué si las obras de la inteligencia son tan antiguas como la vieja historia de la humanidad, se retardó tanto el derecho positivo en reconocerlas dentro de la normatividad jurídica?

La concepción programática del Derecho de Autor, surge con la invención de la imprenta, que permite la reproducción de las obras, facultando al autor ejercer y disponer de sus derechos. Es entonces, la relación del autor, más que con su obra, con los distintos medios de reproducción y difusión de esa obra, lo que configura el derecho positivo.

En su evolución territorial, el Derecho de Autor, ha sido reconocido en tres etapas definidas:

- a) En las legislaciones nacionales;
- b) En Tratados y Convenciones Internacionales; y,
- c) En una Legislación Universal, que proclame los principios fundamentales que rigen el Derecho de Autor, y haga posible su aplicación común y uniforme en las leyes sustantivas como adjetivas.

Este es un gran objetivo, que responde a la necesidad de enfrentar los desafíos del desarrollo poderoso de los medios de reproducción y difusión de la obra intelectual.

El Derecho de Autor, inicialmente se estructuró para regular las relaciones de los autores dentro de cada Estado; pero, siendo el Derecho de Autor un derecho ecuménico, porque la obra intelectual es como el hombre: Universal, era imperativo extender el ámbito de su aplicación al autor extranjero y a su obra.

En 1878, convocados por el escritor Víctor Hugo, se funda la Asociación Literaria y Artística Internacional. En 1883 se redacta un Proyecto de Tratado, el mismo que es aprobado como definitivo en 1885. El 6 de Septiembre de 1886, bajo el título de Convenio Internacional para la protección de las Obras Literarias y Artísticas, se aprueba la Convención de Berna, que consta de 21 artículos, un artículo adicional y el protocolo final.

La Convención de Berna, que está vigente un siglo, con las sucesivas revisiones en las conferencias de París (1896), Berlín (1908), Berna (1914), Roma (1928), Bruselas (1948), Estocolmo (1967) y París (1971), es el instrumento internacional más alto de protección intelectual.

La Convención de Berna se aproxima al ideal de una legislación universal sólida y eficaz en la defensa del Derecho de Autor.

Los Estados Unidos de América se adhirieron al Convenio de Berna, mediante la ley 100-568 de 31 de Octubre de 1988, dando un espaldarazo a su institucionalización, después de un siglo de procesos y debates.

En 1952, en Ginebra, con el auspicio de la UNESCO, se suscribe la llamada "Convención Universal sobre Derecho de Autor" cuya vigencia ha estado alentada fundamentalmente por la participación de los Estados Unidos.

Con la Convención Universal, el sistema internacional del Derecho de Autor, se amplió en extensión geográfica.

Naturaleza Jurídica del Derecho de Autor

El estudiar con seriedad la naturaleza del Derecho de Autor impedirá aberraciones jurídicas en la aplicación de las normas generales.

El problema de la naturaleza jurídica del Derecho de Autor ha causado controversia en la doctrina y en la legislación. Con razón Lafaille ha manifestado "la teoría científica sobre la naturaleza del Derecho de Autor está aún hoy en plena elaboración".

La distinta terminología empleada, causa procesos de contradicción en la formación conceptual que define al Derecho de Autor. Como lo observa Piola Caselli, la denominación empleada tiene una importancia mucho mayor que la de una simple nomenclatura, pues el adoptar una terminología equivocada, "inclina a solucionar forzosamente los problemas de la materia mediante la aplicación analógica de reglas

concernientes a instituciones jurídicas extrañas a aquella, por ejemplo, para quienes asimilan al Derecho de Autor a la categoría de un derecho real, serían las normas aplicables al dominio, las que por analogía tendrían que considerarse para su ejercicio y protección.

De la terminación que se adopte, no solo dependerá la correcta interpretación de la naturaleza de este derecho, sino también la eficacia de su protección jurídica.

Direcciones Fundamentales en la Doctrina y en la Legislación Acerca de la Naturaleza del Derecho de Autor

La determinación sobre la naturaleza jurídica de los Derechos de Autor ha originado diversas teorías en debate, sostenidas por tratadistas y precursores de esta disciplina, las que están formuladas en la doctrina y en la legislación:

1.- El Derecho de Autor como un Derecho Real

La concepción que inspiró las primeras leyes, reconociendo un derecho de propiedad sobre la obra, asimilándole al derecho de propiedad sobre las cosas (objetos corporales), concibe al Derecho de Autor dentro de los derechos reales.

La relación que existe entre el autor y su obra intelectual, es la misma que existe entre el titular del dominio y la cosa material. La protección que causa el derecho es la misma y está traducida en la facultad de usar y gozar del bien protegido.

Esta teoría de asimilación del Derecho de Autor a los derechos reales, ha sido progresivamente desechada en la doctrina y actualmente ha perdido vigencia.

Edmond Picard calificó a esta teoría de "herejía jurídica" y afirma categóricamente que nada es más diferente de un bien material que una creación intelectual, "porque además de su originalidad y belleza propias del talento creador del hombre, es universal hasta el infinito".

Citado por Edmundo Pizarro, el civilista francés Marcel Planiol es categórico cuando señala: "la diferencia sustancial entre propiedad o dominio y la propiedad literaria, está en el objeto sobre el que recae. el mundo material se presta para la apropiación, no sucediendo lo mismo en el campo de las ideas, donde no cabe una apropiación única, impidiendo que la colectividad se aproveche de la obra y se beneficie de ella".

El término "propiedad" está constituido para regir cosas materiales y corporales y no se puede asimilarla al Derecho de Autor, que defiende las obras del espíritu. La palabra propiedad dice Calixto Oyuela, fue creada y aplicada teniendo en vista una precisa relación de derecho, de una cierta naturaleza, perfectamente caracterizada por la índole de las cosas que forman su objeto. Justo es entonces, añade el tratadista argentino, oponerse a que esa palabra se aplique a una relación fundamentalmente distinta, solo porque ella presenta algunas analogías.

No podemos aceptar la teoría del Derecho de Autor como un derecho de propiedad, por las siguientes consideraciones:

- 1.1.- *Objeto de protección.*- El derecho tiene como objeto bienes materiales, mientras que el derecho de autor se dirige hacia las manifestaciones creativas del espíritu.
- 1.2.- *Temporalidad.*- El derecho de propiedad es perpetuo, mientras no se transfiera su titularidad; en cambio el derecho de autor es temporal, pues su duración corresponde a la vida del autor, y de acuerdo con las legislaciones a un tiempo determinado después de su muerte en favor de sus herederos.
- 1.3.- *Naturaleza.*- El derecho de propiedad es esencialmente patrimonial, en cuanto permite la disposición y el disfrute de los bienes; en cambio, el Derecho de Autor se distingue por su doble contenido: moral y patrimonial.
- 1.4.- *Universalidad.*- En la relación jurídica del derecho de propiedad existen el "ius utendi" y el "ius abutendi"; mientras que, en el Derecho de Autor, una vez que el autor comunica su obra, cesa en el derecho de uso y de libre disposición en favor de toda la sociedad.

2.- El Derecho de Autor como un Derecho de la Personalidad

Esta teoría sustentada principalmente por el tratadista alemán Otto Von Gierke, concibe al Derecho de Autor como un derecho inseparable de la acción creadora del hombre.

La obra intelectual no es sino la prolongación de la personalidad del autor. Para Gierke, no se puede enajenar el ejercicio de un derecho inmanente a la personalidad, sin enajenar al mismo tiempo ese atributo.

En el aspecto patrimonial, que importa al Derecho de Autor, solo cabe la cesión del ejercicio de un derecho.

Para Gierke, por el Derecho de Autor se confiere facultades al autor, como mantener su obra inédita o comunicarle al público facultad que no la concibe como un derecho patrimonial, sino como un derecho de la personalidad.

La facultad de utilización de una obra, no tiene necesariamente un carácter patrimonial, por cuanto el autor puede ejercer dicha facultad sin ningún interés económico, pudiendo asumirlo solamente como elemento accesorio.

El Derecho de Autor no se define únicamente en su carácter moral, pues representa, también, un aspecto pecuniario o patrimonial.

3.- El Derecho de Autor como un Derecho Moral-Patrimonial

Calificado como doctrina dominante en la legislación positiva, el jurista italiano Edoardo Piola Caselli, sostiene que el Derecho de Autor es un derecho doble, que se integra en un derecho moral vinculado a la personalidad del autor y a la integridad de la obra; y un derecho patrimonial, que representa la facultad para la explotación económica de la obra en favor del autor.

Esta doctrina ha sido aceptada en la mayoría de las legislaciones nacionales, que consagran el doble carácter del Derecho de Autor: moral-patrimonial. El derecho moral que representa los valores más altos de la creación intelectual en el respeto a la personalidad del autor así como en la fidelidad e integridad de la obra; y el derecho patrimonial, que es el ejercicio de la utilización económica de la obra.

4.- El Derecho de Autor como un Derecho Social

La doctrina autoral mexicana encuentra al Derecho de Autor dentro del derecho social, considerado éste como una categoría distinta en la división clásica entre Derecho Público y Derecho Privado.

En el Derecho de Autor no hay la vinculación de subordinación jurídica entre el empleador y el trabajador, que distingue al Derecho Laboral; pero su carácter es el de un derecho social y profundamente humano.

5.- Un Nuevo Derecho: Los Derechos Intelectuales

El tratadista belga Edmond Picard plantea que dentro de la clasificación general de los derechos hay una nueva categoría con autonomía y desenvolvimiento propios: Los Derechos Intelectuales.

En un ensayo presentado en 1873, denominado "Embriología Jurídica", distingue los derechos en personales, reales y de obligación y derechos intelectuales, otorgándoles a cada uno su naturaleza y objeto. Las cualidades son el objeto de los derechos personales, los hombres son el objeto de los derechos de obligaciones, las cosas son el objeto de los derechos reales y la producción intelectual es el objeto de los derechos intelectuales con caracteres y concepciones propias.

Según Picard, los derechos intelectuales comprenden:

- 5.1.- Derechos sobre las obras literarias y artísticas;
- 5.2.- Los inventos;
- 5.3.- Los modelos y dibujos industriales;
- 5.4.- Las marcas de fábrica;
- 5.5.- Las enseñas comerciales.

De estos cinco grupos, el primero es el único que corresponde a la caracterización de una creación intelectual que, el derecho de Autor reconoce y protege.

Los inventos, modelos, marcas de fábrica y enseñas comerciales siendo una producción intelectual, prevalecen como aplicaciones industriales susceptibles de ser sustituidas sucesivamente como aportaciones al progreso técnico industrial, mientras las obras literarias y artísticas permanecen inexorables en el tiempo.

"Propiedad Intelectual", "Propiedad Literaria y Artística", "Propiedad Literaria Científica y Artística", "Propiedad Inmaterial", "Derecho de la Personalidad", "Derecho Extrapatrimonial", "Derechos Intelectuales", son las distintas denominaciones que responden igualmente a distintas teorías sobre la determinación de la naturaleza del Derecho de Autor.

Los Estados Unidos de Norte América, Inglaterra, Canadá, y otros países anglosajones, han adoptado el término "Copyright" expresión que encuentra su origen en la época de los "privilegios". Esta expresión "copyright", traducida al idioma, significa "derecho de copia", significado literal que no representa la titularidad de todos los derechos.

Este término tenía su justificación cuando por derecho intelectual, se consideró el ejercicio del derecho de reproducción de la obra, por parte del editor o impresor.

Sin embargo, de que su significado literal no expresa la titularidad legítima de los derechos autorales, en la legislación y en los sistemas internacionales de protección, se lo califica por extensión como Derechos de Autor, con todas las facultades morales y económicas que representa la sustantividad de este derecho.

El carácter, naturaleza y extensión del Derecho de Autor, están determinados en la ley, la doctrina y la jurisprudencia, como un derecho nuevo, integrado en dos aspectos, moral y patrimonial que determinan su normatividad.

Es imperativa la uniformidad conceptual frente a la naturaleza del Derecho de Autor, como de las prerrogativas para sus titulares y el régimen delictual y de sanciones. Es este derecho, el Derecho de Autor, por su vocación universal, el único que puede ser intangible en su aplicación jurídica y en su preservación moral.

Legislación Nacional sobre Derechos de Autor

1.1. Constitución Política del Estado

En la Carta Política del Estado, no existe ninguna disposición relativa al Derecho de Autor o a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas y de los organismos de radiodifusión.

1.2. Leyes Básicas

1.2.1.- Ley sobre el Derecho de Autor aprobada el 30 de Julio de 1976 y publicada en el Registro Oficial de 13 de Agosto de 1976.

El Reglamento a la Ley sobre el Derecho de Autor fue aprobado el 30 de Noviembre de 1977 y publicado en el Registro Oficial N° 495 de 30 de Diciembre de 1977.

1.2.2.- Ley de Defensa Profesional de los Artistas aprobada y publicada en el Registro Oficial N° 798 de 23 de Marzo de 1979.

1.2.3.- Ley en Contra de la Piratería Intelectual aprobada mediante Decreto Supremo Número 2821 de 25 de Agosto de 1978, y publicado en el Registro Oficial N° 735 de 20 de Diciembre de 1978. Este Decreto fue reformado mediante Ley del Congreso Nacional el 24 de Junio de 1992, publicada en el Registro Oficial N° 984 de 22 de Julio del mismo año.

El Ecuador y las Convenciones Internacionales sobre Derecho de Autor

El Ecuador es signatario de las dos Convenciones Universales sobre Derecho de Autor, la Convención de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas y la Convención Universal sobre Derecho de Autor. Igualmente ha participado en los siguientes instrumentos internacionales multilaterales:

- 1.- Convención Internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas y de los organismos de radiodifusión, suscrita en Roma en 1961;
- 2.- Convenio para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas suscrita en Ginebra en 1971.
- 3.- Convención de Río de Janeiro de 1906;
- 4.- Convención de Buenos Aires de 1910;
- 5.- Convención de Caracas de 1911;
- 6.- Convención de La Habana de 1928;
- 7.- Convención de Washington de 1946.

Es necesaria la modernización de las legislaciones nacionales que aseguren una protección efectiva de los Derechos de Autor, adaptándose a la normatividad de los convenios multilaterales.

Los organismos internacionales y los Estados deben comprometerse con la defensa de los Derechos de Autor, que por su vocación universal, es el único que puede ser intangible en su aplicación jurídica y en su preservación moral.

ALGUNAS INCONSISTENCIAS DE LA LEY DE CULTURA

Dr. Eduardo Puente Hernández*

La Ley de Cultura que se halla vigente fue expedida el 8 de agosto de 1984 y publicada en el Registro Oficial N° 805 de 10 de agosto del mismo año. Se halla dividida en 8 títulos que contienen en total 38 artículos más 5 disposiciones transitorias y un denominado artículo final.

Pretende la Ley establecer un marco organizacional de la institucionalidad cultural al crear el Sistema Institucional de la Cultura ecuatoriana que según los considerandos garantizaría una coordinación eficaz entre las instituciones culturales del sector público y del sector privado; permitiría de este modo el desarrollo cultural del país.

La finalidad de la Ley descrita de manera expresa es: el fomento y promoción de la cultura nacional, así como la defensa y conservación del patrimonio cultural ecuatoriano.

El Sistema, según el Art. 2 de la Ley, tiene como sus órganos constitutivos: el Ministerio de Educación y Cultura (de conformidad con el reglamento a la Ley, las atribuciones y deberes de este órgano se los delega a la Subsecretaría de Cultura), el Consejo Nacional de Cultura, la Casa de la Cultura, el Instituto Nacional de Patrimonio Cultural. Hasta aquí como que se cumple con el objetivo de establecer un marco estructural determinado; pero el legislador concluye que aparte de estos órganos, el Sistema está formado "por las demás instituciones del sector público y del privado que realizan actividad cultural" y nos complica el panorama que de ninguna manera es resuelto por el Reglamento a la Ley, ya que en este aspecto lo único que nos señala es que entre estos últimos se debe incluir a los consejos nacionales de archivos, bibliotecas y museos (esta aclaración reglamentaria nos parece innecesaria ya que es por demás evidente que tales consejos son instituciones que realizan actividad cultural como dice la Ley).

Por otro lado, si nos atenemos a la concepción antropológica de cultura todas las instituciones públicas y privadas en los distintos campos social, político, económico, educativo, ecológico, etc. estarían desarrollando actividades culturales, el Sistema abarcaría a todas las instituciones que conforman el catastro institucional del Ecuador.

* Ex presidente A.E.D. 1983, secretario general del Consejo Nacional de Cultura

Si la Ley de Cultura pretendió dar organicidad a la institucionalidad cultural debía establecer un verdadero sistema entendido éste en los términos contemplados en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Cabanellas, que indica que un sistema es un ordenado y armónico conjunto que contribuye a una finalidad, o un conjunto de principios, normas o reglas lógicamente enlazadas entre sí, acerca de una ciencia o materia. Enfáticamente podemos señalar que la Ley lo que consiguió es crear una caricatura de sistema.

Como consecuencia de no haber podido crear un sistema; la coordinación interinstitucional eficaz y el desarrollo cultural del país, que se supone conclusión de este proceso generado a través de la Ley, no pasaron de ser simples deseos del legislador completamente alejados y hasta enfrentados con los efectos fácticos de la aplicación de la norma.

Pero lo más grave es que la finalidad de la Ley de Cultura, que hemos descrito líneas arriba, se cumple muy parcialmente no en su aplicación solamente sino en sus disposiciones normativas, puesto que no hay disposición dentro de esta Ley, por ejemplo que vele por la conservación y defensa del patrimonio cultural ecuatoriano; peor aún que garanticen realmente la promoción de la cultura nacional (vale la pena dejar señalado que el concepto de cultura nacional ha sido debatido por sociólogos, antropólogos y culturólogos, sin que podamos afirmar categóricamente que en el caso ecuatoriano exista una cultura nacional; en este campo se habla más bien de culturas y procesos de configuración de lo que sería un objetivo estratégico: La cultura nacional entendida como un proyecto por constituirse, sobre la base de la unidad en la diversidad cultural, en donde la identidad cultural juega un papel fundamental).

La Ley de Cultura en cambio si crea un mecanismo de fomento cultural; es el denominado Fondo Nacional de Cultura, más conocido como FONCULTURA, descrito en el Título VIII de la Ley. Fondo que opera como un Banco de Fomento Cultural, destinado a financiar la ejecución de proyectos culturales de interés nacional o regional (por qué no local?) calificados por el Consejo Nacional de Cultura a través de su Comité Ejecutivo.

El financiamiento que otorga el FONCULTURA se lo realiza bajo tres modalidades: créditos reembolsables con tasas de interés preferencial señaladas por la Junta Monetaria; asignaciones no reembolsables (donaciones) y préstamos mixtos, estos últimos así llamados porque siendo créditos reembolsables contienen componentes no reembolsables, calificados por el Consejo Nacional de Cultura, según la importancia y trascendencia del proyecto a financiarse.

Pero bien, en cuanto a la configuración del Sistema Institucional la Ley pone énfasis en el título IV a la estructura y funcionamiento del Consejo Nacional de Cultura y en el título V a la naturaleza, objetivos y estructura de la Casa de la Cultura Ecuatoriana, mientras que se refiere muy ligeramente al Ministerio que se supone es el órgano directriz del Sistema; puede alegarse que el Ministerio de Educación y Cultura tiene su caracterización institucional en otras normas; sin embargo, cómo pudo olvidarse el legislador de la Subsecretaría especializada en la labor que nos ocupa o sea de la Subsecretaría de Cultura y que debió aparecer en la Ley como objetivos y atribuciones muy claros desarrollados en detalle en su orgánico estructural y funcional, siendo parte importante del Sistema en tanto dicta las políticas culturales según lo previsto en el Reglamento y por ser parte de la Administración Central que en última instancia depende del Ejecutivo.

El otro órgano identificable del Sistema, según la Ley, es el Instituto Nacional de Patrimonio Cultural que, siendo conscientes con la finalidad de la Ley, debió merecer mejor tratamiento estableciendo sus facultades y atribuciones estratégicas dentro del Sistema, aunque sean la Ley y el Reglamento de Patrimonio Cultural los que se encarguen de los detalles en esta materia.

La Ley no menciona nada (al menos en forma explícita) sobre el papel preponderante que deberían tener dentro del Sistema instituciones como: La Biblioteca Nacional, el Archivo Nacional, museos, instituciones de formación artística; conservatorios, institutos de danza, etc.

A manera de ejemplo, la Biblioteca Nacional debería ser un ente autónomo y no una biblioteca pública de la Casa de la Cultura; debería ser esta Institución la que maneje el registro de Autor y el Depósito Legal, y además conformar, por derecho propio y en forma explícita, el Sistema Institucional de la Cultura ecuatoriana.

Pero, como estos organismos no se hallan en la Ley de Cultura en forma explícita tienen un tratamiento igual que los demás organismos e instituciones tanto públicas como privadas que hacen cultura, las dejaron enunciadas de manera ambigua como queda dicho. El Sistema se quedó sin la posibilidad de determinación constitutiva al punto que hasta hoy no se sabe exactamente cuántas y cuáles instituciones forman el Sistema por la simple razón de que no existe un inventario completo y actualizado de instituciones culturales del sector público y del sector privado; además que, el así denominado Sistema Institucional de la Cultura sería un sistema abierto ya que bastaría que una organización no gubernamental consiga personería jurídica y tenga en sus estatutos alguna referencia de actividad cultural para que ipso facto forme parte del Sistema.

El Reglamento, como queda señalado, nada dice para resolver este problema.

Considero que, si la Ley pretendió dar organicidad a la institucionalidad cultural del país debió dar el ejemplo de ser una Ley organizada en sus disposiciones y en su intencionalidad; para muestra un botón: la Ley establece que una de las atribuciones del Ministerio de Educación y Cultura (según el Reglamento de la Subsecretaría) es la de dictar y orientar la política cultural (artículo 4, literal a) y más adelante se contradice cuando señala que los organismos se sujetarán en su acción cultural a la política general formulada por el Consejo Nacional de Cultura (artículo 33) política cultural - política general.¿?

Y así, sería largo enunciar las inconsistencias de la Ley como aquella que determina que el presidente del Consejo Nacional de Cultura será el ministro de Educación o el subsecretario de Cultura por delegación; pero el presidente del Comité Ejecutivo bien podría ser cualquier funcionario del Ministerio designado para el efecto y que potencialmente podría dejar al margen al titular de la Subsecretaría de Cultura en decisiones trascendentales, además el ministro de Educación y el ministro de Relaciones Exteriores pueden enviar delegados al Comité Ejecutivo no así el presidente de la Casa de la Cultura cuya representación es indelegable. La representación del sector privado o de los organismos no gubernamentales en el seno del Consejo Nacional de Cultura tienen un mecanismo de selección nada operativo; pues se supone que cada institución cultural del sector privado legalmente reconocida tiene que presentar una terna para que los demás miembros del Consejo escojan a un representante. ¿?

En conclusión, podemos decir que la intención de la Ley es buena y válida pero no se tradujo en sus disposiciones y por el contrario tal como se halla elaborada no solo dificulta sino que imposibilita la realización de esa intencionalidad; ahora bien el Sistema Institucional de la Cultura ecuatoriana es una necesidad sentida en los sectores culturales del país, ahora que corren vientos modernizadores valdría plantearse una nueva Ley de Cultura, que supere estos atolladeros en los que se ven sumidas las instituciones culturales del Ecuador.

EL OBJETO DEL DERECHO COMPARADO

Dr. Pedro Córdova*

Se ha dicho, que precisamente por la dificultad de establecer con propiedad el concepto del Derecho Comparado, no estamos en condiciones de precisar, a su vez, el objeto del mismo. Quizás, sin embargo, podríamos o deberíamos decir que el problema es a la inversa: No ha sido posible establecer hasta ahora, una definición única o mayoritariamente aceptada, precisamente porque no se ha determinado su objeto.

Como quiera que ello sea, lo cierto es, que en el mundo de la especulación, al que pertenece también en buena parte el quehacer del Derecho Comparado, se han vertido con profusión opiniones y criterios, los mismos que tomados en conjunto, muestran más que un atisbo de soluciones, un complicado y variado enfoque que en cierto modo desconcierta. Únicamente con el propósito de ejemplificar lo que acabamos de aseverar, citaremos algunos de estos enunciados que, por otra parte, nos permitirán enfatizar en la importancia y difusión cada vez mayores que esta disciplina va adquiriendo. Si es verdad aquello de que un excesivo número de definiciones y de referencias a su objeto extrañan una falta de madurez por parte de una disciplina; no es menos cierto que una abundancia de criterios y de inquietudes implica también el interés y la innegable importancia de ella. La cita que a continuación nos permitiremos hacer nos ayudará igualmente a resaltar la vitalidad que ostenta el Derecho Comparado en nuestros días. Nombres famosos, ligados a las más significativas conquistas y a los más versados estudios en el campo genérico del Derecho, pertenecientes a las más variadas nacionalidades y dueños de un renombre que ha trascendido las fronteras de sus respectivos países, son los que a continuación aludiremos:

René David (francés) manifiesta que “el objeto del Derecho Comparado es el Derecho extranjero, para conocer la forma como ha sido concebido y como se lo aplica”

Antonio Hernández Gil (español) considera que el objeto del Derecho Comparado “está constituido por los Derechos diferentes examinados con criterio comparativo, a fin de conocer como ellos se manifiestan y buscar el modo de armonizarlos”.

* Profesor de Derecho Comparado de la P.U.C.E.

Enrique Martínez Paz (mexicano) dice: “El objeto del Derecho Comparado es el Derecho”.

Naojiro Sujiyama (japonés) con minucioso detalle, clasifica las posibilidades del objeto del Derecho Comparado, de la siguiente manera:

- 1º Clasificación: En función de las ramas jurídicas a que puede aplicarse:
 - a) Todas las ramas, indistintamente;
 - b) Solo las ramas que pueden estudiarse de idéntica manera.
- 2º Clasificación: En función de sistemas y tendencias de las legislaciones:
 - a) Las similares;
 - b) Las diferentes.
- 3º Clasificación: En función de los Derechos Extranjeros:
 - a) En conjunto (el derecho de un país cualquiera, íntegramente considerado).
 - b) En materias determinadas. (Derecho Civil, Penal, o Laboral).
- 4º Clasificación: En función de las relaciones jurídicas:
 - a) Solo internas;
 - b) Internas y externas.

N.C. Gutteridge (inglés) habla de que el objeto del Derecho Comparado “es el estudio, por el método comparativo, de los preceptos o de las reglas del Derecho de dos o varios sistemas, sobre una materia dada”.

Frantisek Weyr (checo) estima que el objeto del Derecho Comparado es “el contenido concreto de los diversos sistemas jurídicos que nos permiten delimitar los Derechos y deberes tipos y comprobar las diferencias que existen entre los diferentes Derechos y lo que les es particular”.

Intencionalmente nos hemos abstenido de hacer críticas o comentarios a las opiniones que hemos transcrito, las mismas que recogen lo más generalizado del pensar a este respecto. Vale la pena, sin embargo, que reparemos en cuando menos tres aspectos de interés:

1. Que generalmente los autores que hemos mencionado, al fijar el objeto del Derecho Comparado, esbozan paralelamente un concepto del mismo.

2. Que la mayoría hace referencia a solo el Derecho Legislativo, limitando con ello considerablemente, el avance y las posibilidades de confrontación, porque se ven ladeados el jurisprudencial y el consuetudinario.
3. Que, desde luego, sin llegar a confundirlos, pero también en un buen número, los juristas que se refieren al objeto, mencionan al mismo tiempo la finalidad del Derecho Comparado.

Aquel enfoque genérico de considerar que el objeto del Derecho Comparado es el Derecho, así a secas, sin adjetivo que lo limite, parece ser el más adecuado y el que más ambiente ha hecho, sin que lo dicho signifique que carezca de objeciones y de criterios. Sin embargo, es innegable que, precisamente por la amplitud que ofrece, otorga la posibilidad de contentar a los más exigentes espíritus.

De todos modos, si reflexionamos en la mayor objeción que se hace a este criterio, consistente en decir que el término Derecho es equívoco, lo cual por consiguiente no permite una necesaria precisión, habremos de coincidir que en efecto así es, que la palabra castellana Derecho, que viene de la latina "directum" ofrece un buen número de acepciones, como quizá la mayoría de las palabras de todos los idiomas. Consecuentemente, respecto de la materia que nos ocupa, tendríamos que reparar en que también el término Comparado, que integra su denominación, ofrece tantos matices y posibilidades de llevarlo a cabo, que debería también ser aclarado.

René Rodiere, uno de los más célebres comparatistas de nuestros días, nos habla en efecto de que al tratar de fijar el objeto del Derecho Comparado, ha encontrado la presencia de dos notorias "paradojas", como él las llama, una respecto del término Derecho y otra que mira al término Comparado. Si lográramos aclarar y delimitar su contenido, estaríamos al mismo tiempo estableciendo el alcance propio de su objeto.

La Ambigüedad del Término Derecho.-

Es verdad establecida por la lógica, más que por la lingüística, que la inmensa mayoría de palabras que componen un idioma se presentan como dotados de una doble, triple o más numerosa significación. Pero por supuesto existen unas que ofrecen mayor equivocidad que otras y bien podemos decir que en Castellano la palabra Derecho es una de ellas, porque presenta diversos ángulos desde los cuales se la puede mirar, teniendo por lo mismo, necesidad de acudir al contexto en el que se presenta, para captar correctamente su significado circunstancial.

En sentido objetivo, el término Derecho significa norma o conjunto de normas. Pero en sentido subjetivo, es prerrogativa o facultad.

Si lo utilizamos para referirnos al Derecho Civil, o al Mercantil, o al Penal, estamos hablando de ramas o áreas concretas del mundo de lo jurídico.

Cuando hablamos del Derecho Antiguo, Medieval o Contemporáneo, lo estamos atribuyendo un significado temporal, histórico.

A veces se lo identifica con la ley y en otras se lo emplea para designar a todo el ordenamiento jurídico vigente de un país.

Se le utiliza también como sinónimo de impuesto cuando decimos Derecho de Aduana o Derecho de Matrícula, por ejemplo.

Si trasladamos al campo del Derecho Comparado toda esta gama de posibilidades de entender al término Derecho, ya podemos imaginarnos las dificultades que de ello provendrán, más aún si a ellas sumamos las inquietudes propias de los Comparatistas que reparan también en el hecho de que no todos los pueblos, ni siquiera todos los juristas coinciden en determinar qué es lo que debemos entender por Derecho.

La “paradoja” a la que alude Rodière, radica precisamente en el hecho de que cuando se habla de Derecho no todos entendemos la misma cosa, a pesar de que todos podemos estarnos refiriendo exclusivamente al campo o área de lo jurídico, pues para unos y no por capricho, el Derecho se ve restringido a solo las normas legales vigentes en un momento dado, es decir, el Derecho se confunde con la Ley. En ciertos casos, hay además otra limitación, o cuando menos una variación, porque para unos será la norma vigente ahora, mientras para otros puede también constituir Derecho, una regla que estuvo vigente, pero que hoy está convertida tan solo en un precepto histórico.

No obstante lo anotado, existe un consenso mayoritario respecto a que el término Derecho abarca un campo más amplio, puesto que se incluye dentro de él, además de la ley, a las normas de carácter consuetudinario y a aquellas que proceden de la Jurisprudencia. Hay quienes, consideran que el término Derecho resulta ser tan extenso que cubre íntegramente todas las posibilidades de las reglas que por alguna razón caen dentro del ámbito de lo jurídico, e incluso de aquellas que tienen la expectativa de llegar a ser reglas jurídicas. En consecuencia, hasta ciertos hechos y fenómenos que pueden generar o dar lugar a un Derecho futuro, estarían involucra-

dos en esa noción. Es lo que se ha dado en llamar la "juridiciable", es decir, lo que por el momento no es una norma, pero que está en condiciones de llegar a serlo. Esto de lo "juridiciable" que ha tenido tanta acogida por parte de los juristas de nuestros días, establece que son los fenómenos sociales humanos, las realizaciones de los grupos, las que por su propia naturaleza están destinadas a servir de fundamento para una regla de conducta; son pues hechos o fenómenos que por sí mismo por el valor que encierran, se hacen tomar en cuenta por el Derecho y dan lugar a la presencia de ciertas reglas.

A manera de conclusión, podríamos decir entonces que enfocado el vocablo Derecho, desde el punto de vista de una acepción con un carácter de temporalidad, estamos en condiciones de hablar de un Derecho presente o vigente, de uno pasado o histórico, y de uno futuro o que se halla en proceso de consolidación. Desde un punto de vista especial, geográfico, entendemos que tiene el mismo rango, la misma disposición para ser designado como Derecho, todo ordenamiento jurídico de aquí o de allá, de dentro o de fuera de un Estado, hallándose también en consecuencia, en la posibilidad de ser tomado en cuenta para la confrontación, pues también se puede comparar, tanto un Derecho Nacional con uno o varios extranjeros, o solo entre Derechos extranjeros, pero también, indiscutiblemente, sólo entre reglas de un Derecho interno, pues nadie podrá negarnos la atribución de poner frente a frente dos o más disposiciones, dos o más instituciones, incluso dos o más términos, pertenecientes a una sola legislación.

Si esto es así, se dice, cómo podemos hablar de un objeto preciso, de un objeto concreto, respecto del Derecho Comparado?

La posición más acogida por los juristas y los comparatistas en particular es la de que se debe tomar el término Derecho en su sentido más amplio, más generoso que permita por lo tanto involucrar dentro de él a todas las posibles referencias que él pueda establecer.

Finalmente, nos parece interesante mencionar en este punto referente a la ambigüedad del término Derecho, un enfoque especial que nos trae el tratadista japonés NODA, cuando nos habla de la posibilidad de entenderlo bajo un doble criterio: Uno optimista y otro pesimista.

El criterio optimista:

Es el que prima en Occidente, donde de un modo unánime se considera al Derecho como el mejor medio, como el más adecuado y eficiente instrumento para solucionar los conflictos que se presentan dentro de la sociedad. Es así mismo en este

hemisferio, que se estima al Derecho como el mejor camino para el establecimiento de relaciones más firmes y seguras entre los individuos. Todo esto, en razón de hallarse más a mano, de haberse acostumbrado, la llamada civilización occidental, a dirimir sus controversias y a organizar su vida en común, al amparo de una norma jurídica. Quizás se deba, tal actitud, al prestigio del Derecho Romano y del Derecho Canónico que sucesivamente imperaron con acierto, allanando el camino para una plena aceptación del Derecho como un adecuado marco de las relaciones sociales.

El criterio pesimista:

Según NODA, es el que predomina en Oriente, donde el Derecho juega más bien un rol supletorio, pues solo ha de ser empleado cuando los conflictos y diferencias entre los individuos, no han podido ser superados mediante el uso de otras normas, como las del trato social o las morales, por ejemplo. El caso del propio Japón, cuya sociedad ha procurado y procura aún en nuestro tiempo solventar sus asuntos y problemas personales con el empleo de reglas de cortesía que para ellos son absolutamente prioritarias y por consiguiente de más alta jerarquía que las jurídicas. La proverbial delicadeza del japonés, encuentra su explicación y su razón de ser en esta ancestral forma de comportarse. El honor, la dignidad, el respeto, la tolerancia, la tradición, etc., son otros tantos móviles que impulsan al hombre en general, a conducirse de un modo y otro y, particularmente al oriental, a sujetarse a formas de actuar irrenunciables. El Derecho por lo tanto, ocupa un lugar secundario, al que habría que apelar como último recurso, casi como demostración que todo el ordenamiento social y los principios que lo guían, se han roto o se han descompuesto sin remedio.

Podríamos aventurarnos a pensar que tal vez no es éste un criterio pesimista sobre el Derecho, pues se lo tiene como la solución a la que se puede apelar cuando los otros medios han fallado. Lo que a nuestro juicio más bien existe es un sentimiento de confianza o de desconfianza, para apelar a él como instrumento idóneo para solucionar conflictos.

La Ambigüedad del Término Comparado.-

Más que ambigüedad o equivocidad del término en sentido propio, se presenta, respecto de "Comparado" una dubitación en lo que concierne a la forma o modo en que se practicará esa confrontación, porque, si bien podría decirse que queda más o menos claro que lo que se habrá de comparar es el Derecho, en su más amplia significación, resta sin embargo la necesidad de averiguar cómo se ha de proceder en dicho trabajo, cómo vamos a operar: Si indiscriminadamente, tomando todo lo que se

presenta bajo un ropaje jurídico o por el contrario, haciendo ciertas discriminaciones, es decir, clasificando de algún modo las áreas, enfoques, tiempos de vigencia, etc. del Derecho, a fin de responder concreta y acertadamente a la serie de interrogaciones que a este propósito convergen y que buscan, principalmente, señalar las bases y el sentido en el que se orientará la tarea de la Comparación.

Para algunos tratadistas, existen dos modos primarios de realizar la confrontación: una vertical y otra horizontal.

La primera, llamada indistintamente, como vertical, histórica o temporal que toma como criterio definidor, las diversas etapas por las que ha atravesado determinado tipo de Derecho en su recorrido a través de los períodos de su aplicación, enmarcados a su vez en las épocas o edades por las que el mundo mismo, en su devenir constante, ha caminado. Así podemos hablar de un Derecho Antiguo, Medieval, Moderno o Contemporáneo, en función de los períodos de la historia. Así podemos hablar, igualmente, de un Derecho preincásico, precolonial, colonial, gran colombiano o republicano, si con el mismo criterio temporal nos referimos a la historia concreta de nuestro país. Siguiendo esta directriz, la comparación tendría que hacerse tomando el Derecho de un país o de una región, en sus distintas épocas.

La segunda, denominada horizontal, geográfica o especial, establece como principio de base que hay que referirse en la confrontación, a los derechos que han regido y están rigiendo en un tiempo determinado pero en territorios distintos. Lo que aquí cuenta es la expansión sobre la geografía del planeta para conocer y relacionar a las legislaciones que en cada pueblo existen o han existido dentro de un mismo período. En función de este criterio podríamos comparar los derechos vigentes en varios países, el momento actual, o nos podríamos referir al Derecho que imperó en los estados medievales.

Es indudable que estas dos posibilidades de llevar a cabo la comparación de Derechos, pueden relacionarse, vincularse entre sí y en consecuencia mezclarse, dando fruto una tercera aptitud de confrontación, la que podría llamarse oblicua, diagonal o tangencial y en la que se combinaría indiscriminadamente el tiempo y el espacio, o lo que para el efecto es lo mismo, la historia y la geografía; es decir, que podríamos comparar las legislaciones de diferentes pueblos y de diferentes épocas, que bajo los lineamientos de las dos posiciones mencionadas anteriormente, no hubiera sido posible realizar. Con esta nueva perspectiva más amplia y por supuesto más real, bien se podría entonces comparar, por ejemplo, las normas jurídicas del Imperio Romano, con las del Carolingio, con la de las Siete Partidas, con la Legislación India y con nuestro Código Civil.

De este modo, la posibilidad de confrontación de Derechos se ve ampliamente acrecentado y consecuentemente, también el objeto del Derecho Comparado. Con esto, estaríamos en condiciones de afirmar, al mismo tiempo, que ciertamente el objeto del Derecho Comparado, viene a ser el Derecho “in genere”, es decir, en su más amplia y generosa acepción.

LA UNIFICACION SALARIAL

Dr. Carlos Páez Fuentes*

La unificación salarial diría que responde a una necesidad legal, y a una simplificación práctica, reclamadas desde hace mucho tiempo por las fuerzas de la producción, esto es, por empleadores y trabajadores, a más de que lleva en forma subyacente, una innegable ventaja económica, especialmente, para el sector asalariado.

Necesidad Legal

Doctrinaria y legalmente, el salario es una unidad económica indivisible, una cantidad de dinero determinada que paga el empleador al obrero en virtud del contrato de trabajo.

El salario es estricto rigor jurídico y económico, no tiene componentes, ni partes, es un todo unitario, solamente las veleidades demagógicas de nuestros legisladores distorsionaron este capítulo importante de la legislación laboral, hasta convertirlo en un rompe cabezas de difícil desciframiento.

En el Ecuador, el salario fue uno solo, y así nació con la Ley de Protección de Sueldos y Salarios, promulgada en el año de 1938, y posteriormente cuando se institucionalizó en el Código del Trabajo.

El salario en forma unificada perduró hasta fines del año de 1962, hasta que el 26 de noviembre del año indicado, mediante Decreto Legislativo se crea por primera vez la llamada Décimo Tercera Remuneración.

A partir de entonces vino el descalabro del sistema remunerativo, el cual se agudizó en períodos subsiguientes de tiempo, y así tenemos que el 24 de abril de 1973 se promulga en el Registro Oficial N° 292 la Décima Cuarta Remuneración, en virtud del Decreto Supremo emitido en dicho año.

El 9 de mayo de 1975 se crea la bonificación complementaria, según consta del Decreto Supremo 299 promulgado en el registro Oficial N° 799 de la fecha antes mencionada.

* Subsecretario de Trabajo, profesor de Práctica Procesal Civil de la P.U.C.E.

Cronológicamente se crea la Compensación por Transporte, mediante Decreto Supremo 2425, publicado en el Registro Oficial 573 de 25 de abril de 1978.

El 10 de Octubre de 1979 se crea el Décimo Quinto Sueldo constante en el Decreto Supremo 3402, y publicado en el Registro Oficial 810 de la fecha primeramente enunciada.

La Compensación al incremento del Costo de Vida se crea mediante Ley 109, promulgada en el Registro Oficial 363 de 8 de noviembre de 1982.

De reciente data es el nacimiento del DECIMO SEXTO SUELDO, constante en la Ley 19, publicado en el Registro Oficial 90 de 18 de diciembre de 1992.

Gobiernos democráticos y dictatoriales en su orden han contribuido a desarticular el régimen salarial, a volverlo caótico, complejo y de difícil cálculo y el señor Dr. Alfredo Corral Borrero, Ministro de Trabajo y Recursos Humanos, dentro del programa de grandes transformaciones que tiene previsto el Gobierno del señor Arq. Sixto Durán Ballén, Presidente Constitucional de la República, ha tomado la decisión valiente de simplificar, y unificar el sistema salarial, tema que, por otro lado, se le ha considerado desde hace mucho tiempo "sagrado e intocable".

Simplificación Práctica

La simplificación de los salarios se vuelve una necesidad urgente, porque para colmo de la complejidad tenemos varias clases de salarios que se los determina por medio de 5 mecanismos:

1) Salario mínimo vital y elevación general de sueldos y salarios; 2) Sueldos, salarios y/o tarifas mínimas fijadas por las Comisiones Sectoriales y por ramas de actividad económica; 3) Contratos individuales y colectivos de trabajo; 4) Remuneraciones adicionales; y 5) Bonificaciones. A todo esto se suma una serie de ingresos extras y bonificaciones de orden social.

Esta estructura salarial, a más de engorrosa, dificulta la aplicación del sistema, debido a la diversidad de sus componentes.

Cada una de las remuneraciones adicionales, como los beneficios de orden social, tienen diferente forma de cálculo, aplicación y fecha de pago; algunos tienen techos salariales, otros no; unos cubren a la totalidad de trabajadores, otros excluyen a ciertos grupos. En definitiva, el sistema salarial resulta ser de difícil manejo lo que,

además, contribuye a que un alto porcentaje de trabajadores desconozca el real monto de los ingresos que debe percibir mensualmente, y que muchos empleadores no cumplan con las obligaciones laborales en materia remunerativa.

Para que se aprecie lo complejo del sistema salarial ecuatoriano, resumiré la forma de aplicación, cálculo, fecha de pago de cada uno de los componentes de la remuneración.

El Décimo Tercer Sueldo

Se paga el 24 de diciembre de cada año. Es igual a una remuneración equivalente a la doceava parte de las remuneraciones que hubiere percibido durante el año calendario, Art. 94 C.T.

No tienen derecho al Décimo Tercer Sueldo, los operarios de artesanías.

No se toma en cuenta para el pago de aportes al IESS, fondo de reserva, jubilación, vacaciones, impuesto a la renta.

El Décimo Cuarto Sueldo

Se paga en abril en la Costa y en septiembre en la Sierra. Es igual a 2 salarios mínimos vitales de su respectiva categoría ocupacional.

No tienen derecho al mismo, los operarios de artesanías.

El Décimo Quinto Sueldo

S/. 50.000,00 anuales para los trabajadores en general; domésticas S/. 30.000,00; en 5 alcuotas de S/. 10.000,00 que se pagan en febrero, abril, junio, agosto, octubre a los primeros.

El Décimo Sexto Sueldo

Octava parte del sueldo mensual: nadie percibirá menos de la doceava parte de 2 sueldos mínimos vitales. Los que perciban un sueldo mensual mayor a 8 sueldos mínimos vitales, percibirán la octava parte mensual de 8 salarios mínimos vitales generales.

Bonificación Complementaria

S/. 12.000,00 anuales; pagaderos en 10 dividendos iguales, excepto en los meses en que se paga el Décimo Tercer y Cuarto Sueldos.

No tienen derecho a esta bonificación los operarios de artesanía, los jubilados patronales, los jubilados del IESS y los servidores públicos.

Compensación Costo de Vida

s/. 67.000,00 mensuales; domésticas s/. 44.000,00

No tienen derecho a esta compensación únicamente los jubilados patronales.

Compensación Transporte

Tarifa o pasaje en bus, multiplicado por 4 y este resultado por 20. Solo para los que ganan hasta dos salarios mínimos vitales.

Este mare mágnum de componentes y parches que tiene el salario, a contribuido a que determinados sectores políticos y sindicales desfiguren los reales ingresos que percibe mensualmente el trabajador, y en forma impropia y demagógica se pregona que la remuneración mensual en el Ecuador es de apenas 30 dólares, cuando su real ingreso es completamente superior como lo preciso a continuación:

Salario mínimo real mensual

1. Salario Mínimo Vital General	66.000,00
2. Compensación Costo de Vida	67.000,00
3. Bonificación Complementaria	1.000,00
4. Décimo Tercer Sueldo	5.500,00
5. Décimo Cuarto Sueldo	11.000,00
6. Décimo Quinto Sueldo	4.167,00
7. Décimo Sexto Sueldo	11.000,00
8. Compensación por Transporte	8.000,00
TOTAL	173.667,00
9. Fondo de reserva	5.500,00
	179.167,00

Del cuadro antedicho, se aprecia que el ingreso efectivo mensual que gana el trabajador ecuatoriano es de s/. 173.667,00, lo cual equivale a 90 dólares mensuales aproximadamente, que es el salario mínimo dentro del cual oscilan con pequeñas variantes las remuneraciones de los trabajadores en los países de Sudamérica.

Este salario tenemos que afirmar con veracidad no es óptimo para satisfacer las necesidades humanas, que cada vez son más acuciantes, pero tenemos, también, que clarificar con toda entereza, que la inmensa mayoría de ecuatorianos tiene o gana un salario superior al mínimo mencionado.

Lo tendencioso es que grupos interesados en confundir a la opinión pública tratan de hacer aparecer y lo limitan el ingreso mensual del trabajador únicamente al salario mínimo vital de s/. 66.000,00 para decir que es lo que gana el trabajador ecuatoriano, sin que aquello refleje la exactitud remunerativa.

Un alto porcentaje de trabajadores están sujetos a los salarios fijados por las comisiones sectoriales, y según las ramas de actividad económica, estos son notoriamente superiores al mínimo unificado de s/. 173.667,00; y perciben ingresos mucho más apreciables los trabajadores sujetos a contratación colectiva, y si diferenciamos los correspondientes a la contratación colectiva del sector público, todos conocemos los privilegios de los que disfrutaban, contribuyendo a crear márgenes de ahondamiento y desigualdad económica en el propio sector laboral.

En síntesis, el proyecto de unificación salarial contempla las adiciones de los siguientes componentes: **a)** Salario mínimo vital o sueldo o salario básico vigente; **b)** Compensación al incremento del costo de la vida; **c)** Bonificación Complementaria; **d)** Décimo Cuarto, Décimo Quinto y Décimo Sexto sueldos.

El Décimo Tercer sueldo pasaría a denominarse "BONO EDUCACIONAL", y se pagará en septiembre en la Sierra, y en el mes de abril en la Costa y Galápagos, y está destinado a sufragar los gastos de ingreso de los estudiantes, hijos de los trabajadores a los centros educativos.

Aspecto importante del proyecto y que comporta mejoramiento económico para los operarios de artesanía, es que tendrán derecho al 50% de este bono. En la actualidad los operarios de artesanía no tienen derecho al Décimo Tercer Sueldo, por lo que la ventaja económica es indudable para este numeroso grupo de trabajadores.

El proyecto prohíbe la indexación del salario mínimo unificado en la contratación colectiva, y cualquier incremento de beneficios sociales, bonificaciones, y otra clase de ingresos, etc, serán fijados en valores o cantidades absolutas, para evitar, sobre todo, una distorsión y desfinanciamiento en la economía fiscal.

Ventajas Económicas

1) Una primera ventaja económica de recibir el salario en forma unificada como lo concibe el proyecto, es que de hecho el trabajador percibe un mayor ingreso mensual, en cambio, con el sistema vigente percibe un mayor ingreso mensual, en cambio, con el sistema vigente percibe una suma inferior, por que varios componentes del salario como, por ejemplo, las remuneraciones adicionales, las recibe en forma diferida y en períodos de tiempo prolongados; 2) Aumenta la capacidad adquisitiva del trabajador para atender en forma menos angustiosa sus necesidades básicas; 3) Preserva en mejor forma su salario a las necesidades económicas que conducen a la inflación, inclusive administrando bien sus ingresos puede permitirle un pequeño ahorro, situación que se vuelve más frágil, y menoscaba la satisfacción de sus necesidades al recibir dinero salario postergado, que siempre estará afectado de inflación.

El Conades

El Consejo Nacional de Salarios será el encargado de fijar mediante resolución los salarios mínimos unificados de los trabajadores sujetos a las comisiones sectoriales, al igual que las pensiones jubilares mínimas unificadas; conservando las demás atribuciones consignadas en el art. 134 del Código de Trabajo.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA RESOLUCION 687 (1991) DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS Y EL PROBLEMA TERRITORIAL ECUATORIANO-PERUANO

Dr. Mauricio Montalvo*

En lo que va de su período como actual miembro del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas¹, el Ecuador en una sola ocasión no ha votado a favor por los proyectos de resolución sobre los que le ha correspondido pronunciarse. Ni siquiera en los controvertidos casos de la asistencia a la población kurda (Resolución 688 (1991)² y de las sanciones a Libia (Resolución 757 (1992)³, en que la mayoría de países no alineados y China no votaron a favor, el Ecuador sí lo hizo. El aislado caso se refiere a la Resolución 687 (1991)⁴ que establece el régimen de sanciones contra el Iraq.

La abstención ecuatoriana en este caso, como claramente lo indica la explicación de nuestro representante permanente, se fundamentó principalmente en lo dispuesto en la resolución 687 respecto a la frontera entre el Iraq y Kuwait.⁵ Hay varias cuestiones de legalidad y principio que justifican la posición de nuestro país pero ante todo pesa la existencia del diferendo territorial con el Perú, sobre el cual es imposible no hallar similitudes con el problema existente entre el Iraq y Kuwait.

De hecho, como otras delegaciones lo expusieron, la resolución contiene una serie de disposiciones de cuestionable validez jurídica y que difieren de principios establecidos en la práctica internacional, al menos hasta antes de agosto de 1990. Sin embargo, esas disposiciones no influyeron en la decisión ecuatoriana, como muy probable-

* *Ex-presidente de la A.E.D. (1984). Funcionario del Servicio Exterior ecuatoriano.*

1- *El Ecuador inició su mandato el 1 de enero de 1991 y lo concluirá el 31 de diciembre de 1992.*

2- *S/RES/688, 5 abril 1991. El resultado de la votación fue 10 votos a favor, 3 en contra (Cuba, Yemen y Zimbabwe) y 2 abstenciones (China e India). El Acta de la sesión consta en el documento S/PV.2982, 5 abril 1991.*

3- *S/RES/748 (1992), 31 marzo 1992. La votación fue 10 votos a favor, ninguno en contra y 5 abstenciones (Cabo Verde, China, India, Marruecos y Zimbabwe). El Acta de la sesión consta en el documento S/PV.3063, 31 marzo 1992.*

4- *S/RES/687 (1991), 8 abril 1991. El resultado de la votación fue 12 votos a favor, 1 en contra (Cuba) y 2 abstenciones (Yemen y Ecuador). El Acta de la sesión consta en el documento S/PV. 2981, 3 abril 1991.*

5- *S/PV.2981, p. 109-110.*

mente no lo hubiese hecho el asunto relativo a la frontera, si el Ecuador no hubiese tenido, a su vez un problema fronterizo de por medio. La actitud ecuatoriana se trata de un típico caso de pragmatismo diplomático, "realpolitik"⁶, en la que prevalece la conveniencia e interés directo de un Estado en determinado asunto o materia por sobre los enunciados teóricos de principios e incluso normas de derecho internacional⁷. Afortunadamente, en este caso particular de la frontera, el interés directo del Estado coincide con lo establecido en la doctrina jurídica y a una correcta interpretación de la Carta de las Naciones Unidas. Sin embargo, no se adoptó una posición coherente con otros principios jurídicos en otros casos posteriores, con lo cual la actitud asumida por el Ecuador frente al asunto de la frontera en la resolución 687 quedó debilitada al evidenciarse que la abstención obedeció, exclusivamente, a motivaciones circunstanciales y particulares del país; en otras palabras, por la existencia de un problema limítrofe con uno de sus vecinos⁸.

Pero es evidente que la situación así lo ameritaba. Las consecuencias de una resolución con disposiciones como las que finalmente se aprobaron⁹ tendrían repercusiones decisivas para el futuro, como en efecto las están teniendo¹⁰. Aunque el ca-

6- "Realpolitik: politics based on realities and material needs, rather than on morals or ideals" (The Concise Oxford Dictionary, 1987).

7- Es lo que David Kennedy, al analizar el régimen de las instituciones en la doctrina jurídica internacional, define como la actitud ambigua de los Estados que, sin importar lo establecido en el derecho internacional, lo que realmente hacen es aparecer "pragmáticos pero no muy pragmáticos, teóricos pero no muy teóricos" (D. Kennedy, "International Legal Structures", Baden-Baden (1987)

8- En la propia explicación del voto ecuatoriano se menciona que "si hubiera sido posible votar por separado los párrafos del proyecto de resolución que examinamos, el Ecuador habría señalado su desacuerdo con los puntos que tratan sobre la frontera entre el Iraq y Kuwait" (S/PV.2981, p. 107) y posteriormente se deja constancia del acuerdo con muchas de las disposiciones de la resolución (Ibid., p. 109-110).

9- Los párrafos, correspondientes al Capítulo A de la resolución 687 (1991), rezan así:

"2. Exige que el Iraq y Kuwait respeten la inviolabilidad de la frontera internacional y la asignación de islas establecidas en las "Minutas convenidas entre el Estado de Kuwait y la República del Iraq sobre el restablecimiento de las relaciones de amistad, el reconocimiento y asuntos conexos", firmadas por esos países en el ejercicio de su soberanía en Bagdad, el 4 de octubre de 1963 registradas en las Naciones Unidas y publicadas por las Naciones Unidas en el documento 7063, correspondiente a United Nations Treaty Series, 1964;

3. Pide al Secretario General que preste su asistencia para hacer arreglos con el Iraq y Kuwait a fin de demarcar la frontera entre el Iraq y Kuwait, utilizando para ellos material apropiado, incluido el mapa que figura en el documento S/22412 del Consejo de Seguridad, y que informe al respecto al Consejo de Seguridad en el plazo de un mes;

4. Decide garantizar la inviolabilidad de la frontera internacional mencionada y tomar, según corresponda, las medidas necesarias para ese fin de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas;"

Además, los párrafos considerativos seis y siete hacen referencia a la validez de las Minutas y la necesidad de demarcar la frontera, respectivamente.

10-- Recientemente, el 17 de junio de 1992, el Consejo de Seguridad ha vuelto a pronunciarse sobre la materia, reafirmando la validez plena de lo dispuesto en la resolución 687 (Declaración del Presidente del Consejo de Seguridad, Documento 24113, 17 junio 1992).

so Irak-Kuwait es muy particular y sui-géneris. comparte muchas características con nuestro propio diferendo con el Perú y conviene examinarlas para determinar el alcance y efecto de la resolución 687 a nuestra causa. En ese sentido, las explicaciones brindadas por los representantes de Estados Unidos y el Reino Unido, principales promotores de la resolución, de que lo dispuesto respecto a fronteras se aplica exclusivamente el caso iraquí y que por principio los asuntos de fronteras deben ser negociados entre los Estados, no son suficientes ni satisfactorias¹¹. Es más dichas declaraciones son contradictorias pues, si dichas delegaciones pensaban así, ¿por qué introdujeron las disposiciones de los párrafos 2, 3 y 4 en la resolución?

En los casos ecuatoriano-peruano e iraquí-kuwaití existían, sin ser las únicas, las siguientes características comunes que son las principales para nuestro estudio:

- a) Una enconada disputa territorial de muchos años;
- b) La existencia de un tratado internacional cuya validez es aceptada por una de las partes y cuestionada por la otra¹²;
- c) La falta de delimitación total de la frontera común¹³.

No obstante, es posible también distinguir una diferencia radical en ambos casos. En el nuestro, fuimos la víctima de una agresión y en cambio en el otro, el país que comparte nuestra situación, fue el agresor. Este detalle es decisivo en cuanto determina la reacción de la comunidad internacional en defensa de la víctima, circunstancia que nosotros no la experimentamos.

De todos modos, la similitud es particularmente evidente en cuanto a la existencia de un tratado internacional, sobre el cual Ecuador, en el un caso, y el Iraq, en el otro, niegan su validez aunque por diferentes razones. Tanto el Protocolo de Río como las Minutas entre Iraq y Kuwait son instrumentos internacionales formalmente válidos, de acuerdo a las normas del derecho internacional de los tratados¹⁴.

11- *Intervenciones de los Representantes Permanentes de Estados Unidos (S/PV. 2981, p. 86) y Reino Unido (Ibid., p. 113). Ambas intervenciones en este punto obedecieron y fueron orientadas directamente a las objeciones e incomodidades expuestas por la delegación del Ecuador.*

12- *El "Protocolo de Paz, Amistad y Límites", suscrito por el Ecuador y el Perú en Río de Janeiro el 29 de enero de 1942, por un lado, y las "Minutas convenidas entre el Estado de Kuwait y la República del Iraq sobre el restablecimiento de las relaciones de amistad, el reconocimiento y asuntos conexos" firmados por esos países en Bagdad el 4 de octubre de 1963.*

13- *La zona en que el Protocolo de Río es inejecutable, por un lado, y la disputa sobre la zona de Safwan (pozo petrolero de Rumaila) y las islas Bubiyan y Warbah, en el otro.*

14- *El Protocolo de Río fue firmado el 29 de enero de 1942, aprobado por los Congresos de Ecuador y Perú el 26 de febrero de 1942 y entró en vigencia esa misma fecha. Las Minutas entre Kuwait e Iraq se firmaron el 4 de octubre de 1963 y se registraron como Documento 7063 de las Series de Tratados de Naciones Unidas en 1964.*

La cuestión de la no delimitación nos asemejaba también al Iraq, pues aunque se tratan de reivindicaciones diferentes, ambas son fundadas en la negación de la validez del instrumento internacional y ambas situaciones han sido fuente de confrontación fronteriza constante¹⁵.

Estos aspectos son determinantes para explicar y definir el problema territorial del Ecuador con el Perú y por ello lo delicado y sensible que resultaba su tratamiento por parte del Consejo de Seguridad. A pesar de los rasgos peculiares del caso Iraq-Kuwait y la aplicación de una resolución tan amplia y exclusiva como es la 687 (1991)¹⁶, el Consejo de Seguridad estaba legislando y por ende, conforme a la práctica internacional, estableciendo un precedente jurídico para el futuro. Además, conforme el artículo 25 de la Carta, las decisiones del Consejo de Seguridad son obligatorias para los Miembros de las Naciones Unidas¹⁷.

Jamás antes el Consejo de Seguridad había resuelto sobre un problema bilateral de fronteras y no existía antecedente alguno que permitiera hacerlo¹⁸. La práctica habitual, conforme a la letra y el espíritu de la Carta había sido instar a las partes a que arreglen sus controversias por cualquiera de los métodos pacíficos establecidos en la Carta¹⁹. Así lo dispone el Capítulo VI de este último cuerpo legal y en particular el artículo 33, numeral 2²⁰. Al respecto, conviene recordar la historia de la Carta y las discusiones de sus autores. Renata Sonnenfeld lo describe así:

15- En el caso ecuatoriano-peruano la última situación de tensión se desató en agosto de 1991 y tuvo su momento más crítico durante el incidente de la Cordillera del Cóndor en 1981. En el otro caso, precisamente desembocó la invasión del Iraq a Kuwait en agosto de 1990, con lo cual se inició la crisis y posterior guerra del Golfo.

Recordemos que el Representante británico, al argumentar por la facultad del Consejo de Seguridad para adoptar decisiones en materia fronteriza, señala precisamente que "la falta de demarcación de esa frontera y la determinación del Iraq de hacer reclamaciones territoriales que son incompatibles con el acuerdo de 1963 constituyen la raíz de esta controversia y debemos enfocarla" (S/YPV. 2981, p. 112).

16- De hecho la 687 (1991) es la resolución del Consejo de Seguridad más larga jamás aprobada y la que más párrafos resolutivos o disposiciones específicas contiene.

17- Artículo 25: "Los Miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta".

18- Es sintomático anotar que los principales libros acerca del Consejo de Seguridad -S. Bailey, "The Procedure of the UN Security Council" (1988) y R. Sonnenfeld, "Resolutions of the United Nations Security Council" (1988)- no mencionan en absoluto la resolución de problemas fronterizos como competencia del Consejo de Seguridad y el punto "fronteras" no consta en sus índices.

Tampoco existe referencias sobre la materia en los libros de casos de derecho internacional. Incluso en uno de estos últimos se anota que como "en la mayoría de los casos el arreglo de fronteras territoriales entre Estados ha sido determinada por convenios (frecuentemente interpretados mediante arbitraje) prácticamente no existen principios de derecho internacional definidos en este campo" (L. Henkin et al, "International Law: Cases and Materials", 1987, p. 315, la traducción es mía).

19- Sin ir muy lejos, es lo que se adoptó sistemáticamente al propio Iraq en su conflicto con Irán, también referido a una disputa de carácter territorial. Ver las resoluciones S/RES/598 (1987), 20 julio 1987; S/RES/582 (1986), 24 febrero 1986; S/RES/540 (1983), 31 octubre 1983; S/RES/514 (1982), 12 julio 1982; S/RES/522, 4 octubre 1982; S/RES/479 (1980), 28 septiembre 1980.

Para otros casos y resoluciones del Consejo de Seguridad y bibliografía adicional consúltese R. Sonnenfeld, Op. Cit., p. 113-115.

20- Artículo 33, numeral 2: "El Consejo de Seguridad, si lo estimare necesario, instará a las partes a que arreglen sus controversias por dichos medios" (de arreglo pacífico de las controversias).

“ El proyecto de Dumbarton Oaks concedió al Consejo competencia de investigar cualquier disputa o situación que pueda resultar en fricción internacional; sin embargo, no le otorgó al Consejo ningún poder jurisdiccional. Al Consejo se le concedió únicamente la autoridad para instar a los Estados Miembros a tomar las medidas necesarias para solucionar sus disputas a través de la mediación o el arreglo judicial. Aunque de esta manera el Consejo fue autorizado a interferir en una disputa, no se le concedió el poder de resolverla, sino únicamente el de recomendar el arbitraje o un procedimiento judicial. A pesar de las enmiendas y numerosos cambios de redacción, el concepto básico de Dumbarton Oaks permaneció intocado a este respecto en San Francisco: el rol del Consejo de Seguridad respecto al arreglo pacífico de las controversias incluye la autoridad para “investigar” y “recomendar” pero no -evidentemente- competencia ” jurisdiccional”²¹.

Por lo demás, la doctrina más autorizada siempre ha sostenido que la solución a los problemas territoriales fronterizos corresponde exclusivamente a los países involucrados y que su determinación no puede concertarse sin la voluntad soberana y manifiesta de las partes²². En ese sentido la resolución 687 (1991) quiebra todo precedente e introduce, como competencia del Consejo de Seguridad, un aspecto que le es totalmente ajeno y, sobre todo, extremadamente peligroso. En el futuro no serán exclusivamente los Estados soberanos los que decidan sus asuntos territoriales pendientes sino, cuando convenga a los intereses de determinados miembros permanentes, el Consejo de Seguridad por vía de una graciosa y antojadiza interpretación extensiva de los conceptos de “paz y seguridad internacionales”²³.

21 -R. Sonnenfeld, *Op. Cit.*, p. 81 (La traducción es mía).

22- Para mencionar tan solo una voz autorizada reciente, cito a Oppenheim que señala: “El arreglo de fronteras territoriales corresponde usualmente a una interpretación apropiada de algún instrumento, a través del cual, la frontera ha sido establecida. La vía más común es a través de un tratado territorial. En otros casos, un laudo arbitral o una decisión judicial pueden hacer una determinación final, especialmente cuando el contenido de un tratado territorial ha sido cuestionado” (“Oppenheim’s International Law”, 1992, p. 667, la traducción y el subrayado son míos).

Tómese en cuenta que el autor no incluye al Consejo de Seguridad como mecanismo para definir un diferendo territorial bilateral. La cita corresponde a la 9a. edición de 1992, es decir un año después de adoptada la resolución 687 (1991).

Como respaldo a su tesis, que es plenamente aplicable a los casos que nos ocupan, señala innumerables opiniones y decisiones de la Corte Internacional de Justicia y fallos arbitrales diversos (*Ibid.*, p. 668).

También puede consultarse: Sharma, *International Boundary Disputes and International Law* (1976); Luard, *The International Regulation of Frontier Disputes* (1970); Cuchwurah, *The Settlement of Boundary Disputes in International Law* (1967); Prescott, *Boundaries and Frontiers* (1978).

23- El artículo 24 de la Carta establece la competencia del Consejo de Seguridad: “1. A fin de asegurar acción rápida y eficaz por parte de las Naciones Unidas, sus Miembros confieren al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales, y reconocen que el Consejo de Seguridad actúa a nombre de ellos al desempeñar las funciones que le impone aquella responsabilidad”.

Todas las delegaciones que no acompañaron a la resolución expusieron este criterio como uno de los argumentos para no votar por ella. El representante permanente de Yemen señaló que "el Consejo de Seguridad nunca ha fijado fronteras. Esa tarea siempre se ha dejado a negociaciones o se ha llevado ante la Corte Internacional de Justicia con el acuerdo de las partes afectadas"²⁴ y el de Cuba, más categóricamente, dijo: "se pretende que este órgano asuma -que yo sepa, por primera vez- determinadas atribuciones con relación a fronteras internacionales entre dos Estados Miembros... el Consejo de Seguridad carece por completo de autoridad para exigir el respeto a determinadas líneas fronterizas, o para demarcarlas, o para escoger en que porción de cual región del mundo esas fronteras son violables..."²⁵. Obviamente el Iraq también exhibió el mismo argumento: "nunca en el pasado el Consejo de Seguridad ha impuesto a Estados Miembros de las Naciones Unidas fronteras Internacionales en controversia"²⁶.

Incluso algunos países que votaron a favor, como la India²⁷, China²⁸, la Unión Soviética²⁹ y Bélgica³⁰, precisaron que lo hacían bajo el entendido de que el Consejo de Seguridad no estaba demarcando una frontera sino reconociendo una ya

24 -S/IV. 2981, p. 41

25- *Ibid.*, p. 61

26- *Ibid.*, p. 31

27- El Representante Permanente de la India dijo: "... En cuanto a la referencia que se hace en el proyecto de resolución a las fronteras internacionales, mi delegación la ha estudiado con sumo cuidado y detalle. Huelga decir que mi delegación nunca apoyará ninguna decisión según la cual el Consejo imponga arbitrariamente una línea fronteriza entre dos países. El trazado de fronteras es una cuestión muy delicada y debe ser resuelta libremente por los países en ejercicio de su soberanía. Cualquier otra cosa sólo sentará las bases para problemas en el futuro. En este caso particular vemos que la frontera entre el Iraq y Kuwait fue convenida por las más altas autoridades de los países respectivos como dos Estados soberanos plenamente independientes. Además, los dos países tuvieron la precaución de dejar constancia de su acuerdo en las Naciones Unidas. Así, pues, el Consejo no se compromete en establecer ninguna nueva frontera entre el Iraq y Kuwait. Lo que hace es reconocer la existencia de esa frontera, convenida por los dos países en ejercicio de su plena soberanía, y pedir a esos dos países que respeten su inviolabilidad." (S/IV. 2981, p. 77-78, el subrayado es mío)

28- El Representante Permanente de China dijo: "... respecto a la cuestión de las fronteras, China siempre ha sostenido que los países afectados deben lograr un acuerdo y arreglar la cuestión mediante negociaciones y consultas, de conformidad con el derecho internacional. Por ello, respetamos el acuerdo sobre la cuestión fronteriza alcanzado entre Kuwait y el Iraq en 1963 mediante la negociación. A nuestro juicio, las Minutas convenidas, registradas hace tiempo en las Naciones Unidas, constituyen un documento eficaz y jurídico." (*Ibid.*, p. 96, el subrayado es mío).

29- El Representante Permanente de la URSS dijo: "... Un elemento importante en este proceso es demarcar la frontera entre el Iraq y Kuwait de conformidad con el acuerdo al respecto que está depositado en las Naciones Unidas. Reviste importancia fundamental para acatar la disposición que la tarea de asegurar la inviolabilidad de la frontera entre el Iraq y Kuwait recae en el Consejo de Seguridad que, con este fin, puede adoptar todas las medidas necesarias de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas." (*Ibid.*, p. 101, el subrayado es mío)

30- El Representante Permanente de Bélgica dijo: "... La garantía por el Consejo de Seguridad de la inviolabilidad de la frontera internacional ya reconocida por ambos países tiene un carácter excepcional. Mi delegación ve en ello la reafirmación, en un contexto particular, de una norma fundamental del derecho de gentes cuya violación flagrante obligó a la comunidad internacional a una acción colectiva sin precedentes..." (*Ibid.*, p. 128, el subrayado es mío).

establecida en un tratado internacional vigente. Aún esta última interpretación, que trata de subsanar la falta de competencia del Consejo de Seguridad en la materia, implica serios riesgos a la posición ecuatoriana, atento lo prevaleciente con el Protocolo de Río, y dejó sentado un antecedente que podría ser usado de manera negativa contra la causa ecuatoriana. En la práctica, en Consejo de Seguridad tomó partido por una de las partes, desestimó los reparos jurídicos del Iraq a las Minutas de 1963 y se arrogó funciones que, según el artículo 36 de la Corte competen a un tribunal de derecho, específicamente a la Carta Internacional de Justicia, no a un órgano político de Naciones Unidas, como es el Consejo de Seguridad ³¹.

El Ecuador fundamentó su abstención en este último argumento. La existencia del diferendo con el Perú y las circunstancias que envuelven al Protocolo de Río fueron decisivas para fijar nuestra posición. El Representante Permanente del Ecuador la explicó así:

“Al formular un pronunciamiento sobre los límites territoriales entre el Iraq y Kuwait y al pedirle al Secretario General que haga arreglos con ambos países para demarcar la frontera actuando dentro del marco del Capítulo VII de la Carta, el Consejo ha interpretado que este caso es una de las excepciones contempladas en el Artículo 36 que dice que el Consejo de Seguridad ...deberá tomar también en consideración que las controversias de orden jurídico, por regla general, deben ser sometidas por las partes a la Corte Internacional de Justicia, de conformidad con las disposiciones del Estatuto de la Corte.

El Ecuador no acepta esta interpretación de la Carta. Cuando el Capítulo VII de la Carta autoriza el uso de todos los medios necesarios para llevar a la práctica las resoluciones del Consejo, no puede conferir a éste más atribuciones que las establecidas en la propia Carta. Un pronunciamiento del Consejo en esta materia, sumamente delicada, debe estar inequívocamente enmarcado en el derecho internacional y en la Carta de las Naciones Unidas para no convertirse en una nueva fuente de conflicto”³².

31 -El Consejo de Seguridad dio una interpretación correcta a los artículos 33 y 36 de la Carta cuando el 2 de agosto de 1990, en la resolución 660 (1990) “3. Exhorta al Iraq y a Kuwait a que inicien de inmediato negociaciones intensivas para resolver sus diferencias y apoya todos los esfuerzos que se realicen al respecto y especialmente los de la Liga de los Estados Arabes;...” (S/RES/687 (1990), 2 agosto 1990,

Por su parte el artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece la competencia de este tribunal. Su lectura establece la competencia natural de la Corte en un caso como el de las fronteras entre el Iraq y Kuwait. Este aspecto es mencionado específicamente por el Representante Permanente de Yemen (S/PV. 2981, p. 41).

32- Explicación del voto del Embajador José Ayala Lasso, (Ibid., p. 107)

La falta de competencia del Consejo en la materia y la ausencia de un precedente jurídico válido no eran los únicos impedimentos para aceptar la resolución. Su propia redacción es riesgosa y podría fácilmente usarse para vulnerar la posición ecuatoriana. El Párrafo 2 "exige" respetar la inviolabilidad de una frontera internacional que no es aceptada por una de las partes y en base de un acuerdo internacional que está en disputa. El párrafo 4 va más allá y dispone que el Consejo de Seguridad, como un todo, garantizará la inviolabilidad de esta frontera. Aunque en el caso ecuatoriano-peruano, afortunadamente, jamás se producirá un antecedente como el que desató la adopción de la resolución 687 (1991), no es menos cierto que el simple hecho de que el Consejo se haya pronunciado sobre un problema de fronteras de la manera en que lo hizo, atenta contra una de las bases que ha guiado nuestra política internacional: la nulidad del Protocolo de Río. Sin decirlo así, la resolución 687 (1991) ha establecido que el Consejo de Seguridad, cuando lo juzgue conveniente, puede determinar la intangibilidad de un acuerdo de fronteras, a pesar y por sobre la voluntad de una de las partes, o al menos sin que medie una decisión jurídica definitiva sobre un diferendo existente. Bajo ningún concepto el Ecuador podría aceptar este presupuesto.

Aunque no fueron expuestos por el Ecuador, otros argumentos también fueron esgrimidos en relación con el tratamiento del asunto de fronteras en la resolución 687 (1991). Primero la contradicción con el párrafo 3 de la resolución 660 (1990)³³, que exhortaba al Iraq y Kuwait a iniciar negociaciones intensivas para resolver sus diferencias. El Consejo de Seguridad en la resolución 687 simplemente "impuso" una solución sin permitir el arreglo negociado al que antes había instado y que era más congruente con la doctrina y la práctica internacionales. Segundo, la cuestión de garantizar la inviolabilidad de la frontera internacional, que se menciona en el párrafo 4 de la resolución, que no tiene tampoco precedente alguno y que se sujeta a una aplicación selectiva e incluso discriminatoria, como lo señalaron algunas delegaciones³⁴. Sin embargo y por el contrario, otras delegaciones consideraron esta disposi-

33- S/RES/660 (1990), 2 agosto 1990. Se refirieron a este aspecto el Iraq (S/PV. 2981, p. 32), Yemen (Ibid., p. 41) y Cuba (Ibid., p. 61).

34- Al respecto, las explicaciones de los representantes de Yemen y Cuba son muy elocuentes. El Embajador Al-Ashtal dijo: "No hay precedente de ningún caso en el que el Consejo de Seguridad garantice las fronteras de país alguno. ¿Acaso esto no abre la puerta a que se pida al Consejo de Seguridad que garantice las fronteras de otros muchos Estados, cuestión en la que hay muchos casos de desacuerdo?" (S/PV. 2981, p. 41). Por su parte, Alarcón de Quezada manifestó: Para solo mencionar dos casos (Palestina y Líbano) -como todos sabemos, hay otros- de situaciones en las que, por lo menos por decoro, el Consejo de Seguridad, al afirmar en el párrafo 4 de la parte dispositiva del proyecto de resolución que seguramente va a aprobar su decisión de "garantizar la inviolabilidad" de esta frontera determinada que se menciona en ese párrafo, al menos hubiera dicho que también la disposición o la voluntad de hacer respetar las otras fronteras internacionales que también aparecían en los mapas de la región" (Ibid., p.62).

ción "clave" y "fundamental"³⁵. Lo cierto es que no había antecedente alguno y que mal se podía garantizar una frontera sobre la cual pesaba una disputa jurídica y, como queda visto, mediaba un proceso de negociación bilateral³⁶.

Finalmente, dada la similitud anotada respecto a nuestro conflicto territorial particular, conviene destacar la posición del Iraq respecto a este punto. Además de los argumentos ya señalados, que cuestionan la competencia y procedencia del Consejo de Seguridad en la materia, el Representante Permanente del Iraq hizo una declaración que añade elementos de similitud adicional a nuestra causa. El Embajador Al-Anbari, al cuestionar las acciones del Consejo de Seguridad dijo:

"Las fronteras internacionalmente reconocidas son un pilar de la integridad territorial de los Estados. De ahí que deban tenerse en cuenta las opiniones de todos los Estados interesados. El Iraq piensa que la forma en que se presenta esta cuestión en este proyecto de resolución constituye una violación de la soberanía e integridad de mi país... El Iraq se reserva el derecho a reivindicar sus legítimos derechos territoriales de conformidad con el derecho internacional y la Carta de las Naciones Unidas. Las disposiciones del derecho internacional siguen siendo válidas en este sentido"³⁷.

Con las distancias del caso, esta declaración no es totalmente ajena a la que ha sido nuestra posición respecto al Protocolo de Río. Es cierto que en nuestro problema no medía una resolución del Consejo de Seguridad, pero la actitud es la misma ante un hecho consumado y formalmente válido. Por ello el contenido del artículo 25 de la Carta es particularmente pertinente en este caso y ha servido para explicar la posición del Ecuador en el tratamiento posterior de la materia en el Consejo de Seguridad, especialmente respecto a los trabajos de la Comisión Demarcatoria. Aunque se reafirman las reservas sobre la competencia del Consejo de Seguridad en materia territorial, el Ecuador, de acuerdo con el artículo 25 de la Carta, no se opone a las acciones que acuerde el Consejo en cumplimiento de la resolución 687 (1991), dejando en claro que el caso no constituye precedente para lo posterior³⁸.

35- Obviamente lo hicieron Estados Unidos (*Ibid.*, p. 86) y Reino Unido (*Ibid.*, p. 112), pero también Zaire (*Ibid.*, p. 52) y Francia (*Ibid.*, p. 92) que se refirieron al asunto de fronteras exclusivamente con referencia a este punto de las garantías.

36- Este proceso de negociación y conversaciones bilaterales, aunque inconstante y poco uniforme, es permanente y es reconocido oficialmente por ambas partes. Sin embargo, es evidente que la invasión del Iraq a Kuwait en agosto de 1990 representa un quiebre esencial al proceso y, formalmente, una ruptura unilateral por parte del Iraq. Una síntesis de las posiciones oficiales de las partes en este proceso puede hallarse, del Iraq, en la Carta del Ministro de Relaciones Exteriores del Iraq, Tariq Aziz, a sus colegas, de 4 de septiembre de 1990, y para Kuwait en el folleto "Refuting the falescies of Saddam and his gang: Kuwait is a historic, political and legal reality", sin fecha. Para una visión más objetiva e imparcial R. Schofield, "Kuwait and Iraq: Historical claims and territorial Disputes" (1991).

37- S/PV, 2981, p. 32.

38- Declaración del Embajador José Ayala Lasso durante las consultas del Consejo de Seguridad sobre los Trabajos demarcatorios entre el Iraq y Kuwait (S/24117, 18 junio 1992).

En conclusión, se debe sostener que el Ecuador actuó legal y correctamente cuando se abstuvo en la votación de la resolución 687 (1991). Múltiples e importantes razones de tipo jurídico respaldaban, y es más exigían, una decisión de esa naturaleza. Sin embargo, es indudable que un factor de carácter político, el problema territorial con el Perú, fue la razón fundamental y de mayor peso para determinar nuestra actuación. Este hecho no invalida ni desmerece los argumentos jurídicos y principistas que respaldaban la posición ecuatoriana. No obstante, es preciso reconocer, que la adhesión y consistencia del Ecuador con estos últimos se han visto debilitados por otros pronunciamientos del país ante resoluciones del Consejo de Seguridad de dudosa legalidad, en las cuales el país no tenía un interés circunstancial directo.

Empero, con igual mérito es necesario admitir, que los gestores de la política internacional del Ecuador deben haber sopesado todos estos elementos, y otros factores de presión, al momento de adoptar sus decisiones, especialmente en el contexto del Nuevo Orden Internacional y las necesidades más urgentes del país. Después de todo, el apego al derecho y a la justicia no es, precisamente, la característica más feliz de dicho Orden.

LA MODERNIZACION DEL ESTADO**

Juan Carlos Badillo*

Introducción

El desgaste político del Estado ecuatoriano de corte intervencionista y paternalista, sumado a la profunda crisis política y económica en que nos encontramos sumergidos, ha generado como nunca antes una respuesta social propicia para cambios estructurales en los esquemas políticos y económicos. La magnitud de la "necesidad social" de transformaciones y reformas urgentes es acuciante; aún cuando también es imprevisible el efecto que dichos cambios de producirse puedan operar en la sociedad ecuatoriana.

En cuanto a la Modernización del Estado se ha dicho que ésta más que un proceso es un destino que "... debemos asumir con entereza, madurez política, y que llegará queramos o no, a modificar nuestras instituciones, el estilo de conducción de los intereses públicos, las prácticas de la empresa privada, las relaciones laborales, y el horizonte general del país"¹. En todo caso es indudable que reformas profundas son necesarias para reactivar una sociedad como la ecuatoriana, acostumbrada a un fuerte intervencionismo estatal, economías cerradas, restricción de importaciones, subsidios elevados, imposición de precios, etc., y que ha provocado paralelamente el desarrollo de un sector privado económicamente dependiente, con bajos índices productivos y de competitividad; obstaculizando el mejoramiento de los niveles de eficiencia, no solo en el sector de la empresa pública sino que aún repercutiendo negativamente en el empuje que sistemas económicos más abiertos pudieron haber propendido en el resto de la sociedad ecuatoriana.

En cuanto a los objetivos prioritarios para la "Modernización Estatal", se han planteado entre otros: "Disminuir el gasto público, mejorar el nivel educativo, impulsar la inversión..."², mejoramiento en la atención a los contribuyentes, control del déficit fiscal, disminución del intervencionismo estatal, celeridad en los procesos burocráticos, reformas de atribuciones y funciones de los órganos públicos, ampliación de los servicios públicos, etc. Pero en definitiva la idea es unívoca en cuanto a que el propósito final es conceder a los ecuatorianos un incremento en su nivel de vida, y una mejor prestación de los servicios públicos, que hoy por hoy son insuficientemente atendidos.

* Egresado de la P.U.C.E

** Único trabajo presentado para el Concurso de Ensayo Jurídico Eduardo Carrión Eguiguren

1 Fabián Corral, "Apertura, Modernidad y Tradición", *Apuntes sobre la Modernización*, Quito, Ed. Cedigraf, [sf], p. 15.

2 Cfr. Jorge Ribadeneira, "Crónica del Día", Tomado de "El Comercio", de 26 de junio de 1993, p. A-5.

Antecedentes del Proceso

En todo caso, la intención de desburocratizar el aparato estatal, no es nueva, así como un antecedente mediato hemos de referirnos al "Programa Nacional de Desburocratización", que mediante Decreto Ejecutivo N° 374, de diciembre de 1984³ se instituyó en el afán de "procurar" que la ciudadanía reciba atención ágil y confiable de la Administración Pública, mediante la "... eliminación de trámites innecesarios y el logro de niveles de eficiencia y eficacia en la prestación de servicios públicos ..."; entre otras disposiciones se señaló que "... en las relaciones entre la Administración Pública y los ciudadanos deben prevalecer el principio de la presunción de la veracidad que consiste en tener como válida la declaración del ciudadano, hasta que no se pruebe lo contrario".

Complementariamente, en forma posterior, se dictó el Decreto 601⁴, con el afán de simplificar la situación burocrática y con la intención de frenar los abusos administrativos⁵. Con la entrada en vigencia de los Decretos referidos no se hacía sino reconocer explícitamente algunas de las garantías básicas de los administrados, entre otras: sustantivas como las de igualdad, principio de legalidad, justicia, legitimidad; y adjetivas como la del derecho a una decisión fundada⁶. Por otro lado, el mismo Decreto 601, reconociendo que la tramitología y el burocratismo se habían impuesto en el país puntualizó que "... es necesario suprimir usos y práctica no autorizados ni previstos por las leyes ...". Porque la práctica administrativa exigía y exige contrariamente a las más elementales garantías de los administrados mucha más información de la que realmente está señalada en la Ley⁷. El Decreto establece incluso

3 D.E. N° 373 de 21 de diciembre de 1984, publicado en el R.O. 92 de 24 de los mismos mes y año.

4 Decreto Ejecutivo N° 601, de 15 de marzo de 1985, publicado en el R.O. 148 de 20 de marzo de 1985.

5 Entre otras disposiciones el articulado señala que el Estado y las entidades del sector público que conforman la Administración Pública: (1) No exigirán a los administrados pruebas distintas o adicionales a aquellas expresamente señaladas por la Ley, en los procesos administrativos (Art. 1); (2) (que) Se abstendrá de exigir informaciones sumarias para probar hechos que no han sido controvertidos, ... admitirán, mientras no se demuestre lo contrario en el proceso administrativo, la información declarada proporcionada por el administrado en su solicitud o reclamación. (Art. 1); (3) No podrán exigir que los documentos otorgados en territorio extranjero, legalizados por el agente diplomático o cónsul del Ecuador acreditado en ese territorio extranjero sean autenticados o legalizados por el Ministerio de Relaciones Exteriores. Con excepción de la legalización otorgada por un cónsul ad-honorem, cuya calidad sí debe ser certificada por dicho Ministerio (Art. 5).

6 Cfr. Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, tomo II, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1985, p. 27-44.

7 La facultad administrativa está reglada el funcionario no puede ni debe salirse de esta situación, ni para pedir pruebas adicionales, ni para simplificar procesos administrativos, sobre este punto Agustín Gordillo, señala que "... el orden jurídico dispone que ante tal o cual situación de hecho él (funcionario administrativo) debe tomar tal o cual decisión; el administrador no tiene elección posible, su conducta le está dictada con antelación por la regla de derecho ...". Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Parte General Tomo I, Bs. As., Ed. Macchi, 1977, p. VIII-16.

sanciones de índole penal en caso de incumplimiento⁸.

Adicionalmente y dentro del mismo "Programa Nacional de Desburocratización", se dictó el Decreto 662⁹, con el objetivo de agilizar y disminuir los trámites de documentos extendidos por autoridades ecuatorianas, evitando la serie de autenticaciones no imprescindibles a que estaban sujetos para su validez, antes de ser remitidos al exterior.

Situación Jurídica Actual

El Gobierno Nacional ha planteado como una prioridad hacia la modernización del aparato estatal, la "Ley de Modernización del Estado", cuyo anteproyecto a la fecha se encuentra en estudio en el Congreso Nacional, éste señala en los "Considerandos" y como motivaciones para la promulgación de la Ley que "... es evidente, ante el alarmante y creciente deterioro e ineficiencia de determinados servicios públicos, el clamor ciudadano para que se adopten medidas que reordenando el aparato estatal, optimicen la prestación de los servicios públicos, a través de procesos de descentralización, racionalización y privatización ...". El texto legal transcrito es claro y no he encontrado una mejor delimitación en cuanto a lo que ha de realizarse para dinamizar el Estado ecuatoriano. Estado que por lo demás ha sido incapaz de suplir las necesidades básicas de la población, y de ahí que surja como corolario la necesidad de "... transferir competencias, funciones y responsabilidades del Gobierno Central a sus propias dependencias provinciales y a los Gobiernos Seccionales ...", y porqué no agregar, de delegar responsabilidades a la empresa privada.

El Estado ecuatoriano, de corte intervencionista y paternalista como ha venido siendo, se encuentra actualmente en palabras del propio anteproyecto "sobredimensionado, con duplicación de funciones, y superposición de actividades", lo cual claro está impide una eficiente utilización de los recursos nacionales, siendo estos últimos insuficientes para la larga lista de necesidades prioritarias, que han de ser dejadas de lado, para cargar con el pesado aparato estatal, a través de un improductivo gasto corriente.

⁸ En el afán de prever una coacción eficaz ante el incumplimiento de las normas establecidas en el Decreto, éste señala que "... En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se denegará la decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En el evento de que cualquier autoridad administrativa suspendiere proceso administrativo o se negare a dictar una resolución se podrá denunciar el hecho a los jueces con jurisdicción penal como acto contrario al derecho de petición garantizado por la Constitución de conformidad con el Art. 213 del Código Penal, sin perjuicio de ejercer las demás acciones que le confieran las Leyes".

⁹ Decreto Ejecutivo N° 662, de 3 de abril de 1985, R.O. (Suplemento) 159 de 4 de abril de 1985.

En cuanto al ámbito al cual se han de aplicar las reformas propuestas por el Proyecto de Ley, serán las "... diferentes dependencias administrativas del Estado y las personas jurídicas creadas por la Ley para el ejercicio de la potestad estatal o para la prestación de los servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado¹⁰". El ámbito de la Ley pudiera parecer muy extenso pero no hay que desatender que actualmente existen en el Ecuador 163 empresas en las que participan diversas entidades del Estado¹¹.

En lo personal considero que lo cuestionable en el Proyecto de la Ley de Modernización del Estado radica en aquella facultad que se otorga al presidente de la República de vía Reglamentaria expedir las "Políticas y Normas técnicas", dentro del proceso de Modernización (Art. 1), lo cual seguramente dará la pauta a más de una sutileza legal en cuanto a su interpretación sobre todo en cuanto a que podría suceder que el Ejecutivo interpretase lo que ha de entenderse por "Políticas y Normas técnicas" a beneficio de inventario. Por otro lado, antitécnicamente y en forma contraria a la Constitución, se faculta al presidente de la República para que dentro del proceso de Modernización mediante Decreto Ejecutivo, delegue o traslade total o parcialmente a la iniciativa privada las áreas de explotación económica reservadas al Estado y previstas en la Constitución Política del Estado (Art. 6).

Ahora bien, dentro de los puntos positivos del proyecto resaltaría: (1) La prohibición de creación de nuevas empresas, entidades, u organismos del sector público que tengan como finalidad dedicarse, directa o indirectamente a una o más de las actividades económicas que constituyen el ámbito de la Ley; y (2) El señalamiento "expreso" de cuales serán los destinos de los ingresos que se produzcan como resultados del proceso de modernización, estipulándose que en ningún caso, los fondos obtenidos podrán destinarse a gastos corrientes¹².

10 Se deja también abierta la posibilidad a que "... las entidades y organismos que integran la administración provincial o cantonal dentro del Régimen Seccional y las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos, puedan sujetarse a las disposiciones de esta Ley, previa decisión de sus órganos corporativos competentes (Art. 2).

*11 Patricio Peña señala que en esas 163 empresas participan diversas entidades del Estado: incluyendo las Fuerzas Armadas, Corporaciones, Municipios y el propio Gobierno Central, directamente o a través de sus Ministerios. Cfr. Patricio Peña R., "La Privatización, una solución buena para todos", *Perspectiva Económica*, (Quito), Ed. Project Management Consultant, N° 64, noviembre de 1992, p.1.*

12 El inciso final del Art. 18 del Proyecto estipula que "los ingresos que se generen por los procesos de modernización no podrán destinarse a gastos corrientes y serán destinados exclusivamente para financiar gastos de Capital y de Inversión, incluidos proyectos de desarrollo social, previamente definidos y aprobados por la Secretaría General de Planificación del CONADE".

Desde la perspectiva legal el proceso de Modernización del Estado tiene una área de aplicación muy extensa, así comprendería: (a) La racionalización y simplificación de la estructura administrativa y económica, (b) La descentralización y desconcentración de las actividades del sector público, y (c) La desmonopolización y privatización de las actividades económicas asumidas por el Estado. En definitiva un proceso global de descentralización.

Los procesos de desmonopolización y privatización de las actividades económicas que efectúan el sector público serán realizados a través de: (a) La Reestructuración de aquellas entidades que deban permanecer como parte del Estado; (b) El traslado total o parcial, al sector privado de la gestión que desarrollan; (c) La autorización para que el sector privado preste los servicios o realice las actividades que aquél desarrolla; y (d) El traspaso de sus acciones y demás activos y pasivos que posea o la apertura de los capitales de sus empresas. Es importante recalcar que en la perspectiva del Proyecto de Ley, la privatización es una de las alternativas y no la única; pues también se ha de considerar la reestructuración de las empresas como un mecanismo para lograr la eficiencia operativa de éstas.

Pero si bien el Proyecto de la "Ley de Modernización del Estado" tiene un primer plano en este proceso de desestatización, obviamente se ha requerido de esfuerzos legislativos previos y paralelos a efecto de brindar un marco jurídico adecuado en el cual el proceso del traspaso de activos se dé en circunstancias beneficiosas y ventajosas para el país; uno de estos pasos, ha sido la promulgación de la "Ley de Mercado de Valores"¹³, que establece la base en torno a la cual se procederá a la negociación de acciones de empresas estatales que pasarán total o parcialmente a gestión del sector privado, este punto es de suma importancia en el proceso de democratización del capital, toda vez que "en teoría" potenciará a los pequeños y medianos ahorristas para participar en el proceso de transferencia de propiedad de las empresas públicas y privadas.

Pero sin lugar a dudas una de las disposiciones más controvertidas en la Ley de Mercado de Valores es aquella que señala que "... las compañías inscritas en el Registro de Mercado de Valores y en bolsa cuyo objeto social sea realizar alguna de las siguientes actividades: agrícola, pecuaria, agroindustrial, manufacturera, forestal, pesquera, minera, de turismo y de construcción, podrán incrementar sus capitales con recursos provenientes de la conversión de deuda externa ecuatoriana, de conformidad con las disposiciones que para el efecto dicte la Junta Monetaria" (Art. 69). Los mecanismos de conversión que "han de precautelar siempre el interés nacional" según el texto legal, no han sido implementados aún sin embargo la posibilidad de

13 R.O. 199 (Suplemento) 28 de mayo de 1993.

conversión de deuda ecuatoriana existe, y por ende existe también la posibilidad de que la forma en que se calcule el costo real al cual se ha de convertir esa deuda sea manipulado, privando a la nación de los "recursos frescos" que son necesarios para la reactivación de la economía ecuatoriana, y que de hecho ha sido el motor de este proceso de modernización.

Por otro lado, la corriente avocada a una captación de recursos frescos que reactiven las economías estatales, ha sido entendida como una prioridad aún a nivel de los "Países Miembros de la Comisión del Acuerdo de Cartagena", a este sentido corresponden, las sucesivas revisiones y actualizaciones de los ordenamientos jurídicos comunitarios en materia de Inversión Extranjera: Decisión 24, Decisión 220, y ahora la Decisión 291¹⁴.

Localmente, un importante esfuerzo de apertura hacia la Inversión Extranjera, lo constituye el "Nuevo Reglamento de Inversión Extranjera", que reglamenta a la Decisión 291 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena; dicho reglamento contenido en el Decreto Ejecutivo 415¹⁵ da la pauta para que las inversiones extranjeras puedan efectuarse en "... todos los sectores económicos, sin autorización previa del MICIP (Ministerio de Industrias, Comercio, Integración y Pesca del Ecuador), en las mismas condiciones en que pueden hacerse inversiones de personas naturales y jurídicas ecuatorianas" (Art. 5). Puntualicemos, sin embargo, que existen aún restricciones legales que por estar contenidas en ordenamientos jurídicos especiales mantienen todavía un tratamiento específico en cuanto a la inversión extranjera¹⁶, normas que por otro lado, deben ser por vía legislativa armonizadas con los ordenamientos jurídicos: andino y local.

En materia de captación de recursos foráneos, la apertura internacional por parte del Gobierno Nacional, también es importante, no olvidemos que: (1) El Decreto 415 establece que "el MICIP (Ministerio de Industrias, Comercio, Integración y Pesca) coordinará con el Ministerio de Relaciones Exteriores la celebración de convenios para promover la captación de inversiones y celebrar Convenios para evitar la doble tributación, y que (2) El Ecuador en la actualidad se encuentra negociando convenios bilaterales con una serie de países con el propósito de dar mayor seguridad al capital extranjero interesado en realizar inversiones de riesgo en el país¹⁷.

14 R.O. 682 (Suplemento), de 13 de mayo de 1991.

15 D.E. 415, R.O. 106 de 13 de enero de 1993.

16 En concreto me refiero a disposiciones tales como las contenidas: en el art. 19 de la "Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero", el art. 45 de la "Ley de Aviación Civil", el art. 2 de la "Ley de Reserva de Carga", el Art. 1 de la "Ley de Fomento de la Marina Mercante Nacional", entre otras.

17 Según informaciones de prensa estos países serían E.E.U.U., Gran Bretaña, Argentina, Holanda, Francia, España, Taiwan. Tomado de Diario Hoy (Quito), "Seguridad para la inversión", Suplemento Economía, Año 1, Nº 21, p.1.

Sin embargo, a pesar de todas las reformas señaladas el concepto de los "sectores estratégicos de la economía", (Art. 46) incluido en la Constitución Política del Estado y que en la práctica destinaba dichos sectores económicos o a capital Estatal o a compañías militares, no ha sido suprimido. Abunda el señalar que por mera hermenéutica jurídica las reformas a la Constitución son necesarias previo a la privatización de los sectores taxativamente señalados en ella. En lo personal considero que inclusive la intención del proyecto de "Ley de Modernización del Estado", que en los Arts. 2 y 6, ubica dentro del ámbito de dicha Ley a "... las actividades económicas previstas en los numerales 1 y 2 del Art. 46 de la Constitución Política del Estado", es cuando menos antijurídica e insuficiente para plantear la reforma constitucional que de hecho estaría planteando.

Pero, en definitiva, los objetivos de éstos y otros instrumentos jurídicos promulgados y en estudio (como la Ley de Servicio Nacional Aduanero), en el afán de preparar el camino hacia la desestatización han sido: la simplificación en los trámites administrativos, la eliminación de las restricciones al capital foráneo, un mayor incentivo a la inversión y al crecimiento del sector privado, el fomento del desarrollo de un mercado de capitales en el país, facilidades para la privatización de empresas estatales y reducción del número de empleados públicos con el fin de alcanzar mayor eficiencia y eliminar los elevados déficits fiscales. Desgraciadamente los resultados hasta ahora obtenidos han sido inocuos como para ser alentadores, en todo caso ha quedado en claro que estamos imbuidos dentro de un proceso de modernización estatal que hoy por hoy es irreversible.

La Privatización

Es conocido que los procesos de privatización despiertan dentro de la sociedad expectativas diferentes, así: unos "... ven en la privatización un medio para aumentar la producción, mejorar la calidad y reducir el costo unitario. Otros esperan que frene el crecimiento de los gastos gubernamentales y acumule divisas para reducir la deuda del gobierno. Algunos prefieren destacar la iniciativa privada y los mercados privados como el camino más viable para el crecimiento económico y el desarrollo humano. Finalmente un grupo ve en la privatización una forma para ampliar la base de la propiedad y participación de la sociedad ..."¹⁸. Aclaremos sin embargo que la privatización como "proceso" tiene sus bemoles, no es lo más adecuado llegar al extremismo y afirmar que privatizar es la panacea total o el peor infortunio para un país. En lo personal considero que se ha de realizar un análisis individual de cada situación, antes de formular un juicio definitivo sobre éstos tópicos; o mejor dicho lo que en un caso determinado pudiese ser una solución adecuada pudiese no ser viable para otro tipo de situaciones. Lo cual no quiere decir que esté proponiendo una Ley para cada proceso de privatización, que resultaría engorroso, poco funcional, y arbitrario, y que recargaría innecesariamente a una ya fatigada Función Legislativa.

¹⁸ Steve Hanke, *Privatización y Desarrollo, México*. Ed. Trillas, 1989, p. 15.

Pero insisto en que no en todos los casos la privatización ha de ser necesariamente la mejor opción, por ejemplo en el caso específico de las aduanas que constituye un real ejemplo de "ineficiencia": entramamiento del comercio exterior, demoras insostenibles, altos costos, pago de cobros ilegales, inseguridad, alto riesgo, pérdida de mercaderías, corrupción, etc. Sin embargo, la opción más viable no necesariamente ha de ser la privatización, pues con un buen programa de reestructuración podría mejorarse la organización de éstas, en concreto ha planteado unos lineamientos generales para la modernización de estas dependencias, y que de ser adecuadamente aplicados podrían mejorar sustancialmente el servicio¹⁹.

Ahora bien, para una delimitación conceptual sobre lo que hemos de entender por privatización, podemos definirla como "... el acto de reducir el papel del gobierno, o aumentar la función del sector privado, en una actividad o en la propiedad de los bienes²⁰". O dicho de otra manera la transferencia de los bienes y funciones de servicio del sector público al privado, con actividades que incluyan la venta de empresas de propiedad de Estado y la subcontratación de servicios públicos con contratistas particulares.

El simplismo en la gestión de la empresa pública, se da entre otros elementos, por la ausencia de objetivos claros de inversión, rentabilidad y eficiencia, gubernamentalmente tampoco existe un "Programa Nacional de Inversión Pública", lo cual sumado a la imposibilidad de quiebra de éstas ha llevado a reproducir ineficiencias operativas, con gastos corrientes excesivos. Ineficiencias que son consentidas por el aparato estatal y cubiertas por los contribuyentes.

Por otro lado, las sobredimensionadas empresas estatales que manejan las telecomunicaciones, la seguridad social, el servicio eléctrico, de agua potable, el petróleo, etc., que lo hacen con costos sumamente elevados y que ofrecen servicios de poca calidad absorben desorbitados recursos del presupuesto estatal, ya de por sí deficitario. Entonces nos planteamos, ¿Es justo pagar por un servicio inoperante e ineficiente del cual nadie responde? La ejemplificación es abundante: dificultades para conseguir una línea telefónica, cortes de luz continuados e imprevistos, falta de previsión para las demandas de luz, agua y telefonía, suspensión de los servicios,

19 En concreto, Patricio Peña propone para el mejoramiento de los servicios de aduana, los siguientes lineamientos: (1) Supresión y simplificación de procedimientos, (2) Sistemas de Fiscalización, a través de controles: Operativo, de Puerto, Preventivo y Posterior, y (3) La constitución jurídica de una nueva entidad dotada de autonomía. Cfr. Patricio Peña R., "Las Aduanas: La necesidad de un Cambio", Perspectiva Económica, (Quito), Ed. Project Management Consultant, Nº 68, abril de 1993, p. 10.

20 E.S. Savas, Privatización, la clave de un mejor gobierno, México, Ed. Gernika S.A., 1989, p. 17.

falta de agilidad en los trámites. Y a la larga resulta que todo aquello que se pretende "ahorrar" por Ley, al consumidor final del servicio, es posteriormente gastado y con creces cuando hay que "motivar" a algún funcionario para la obtención de un trámite. Acaso, ¿No es mejor pagar una tasa real para obtener una línea telefónica, pero tener la certeza de que reuniendo el dinero necesario ésta será implementada? Y qué decir de los sistemas de salud; para obtener una cita médica en el IESS, ha de preverse ésta con dos meses de anticipación ya que "los turnos" de espera tienen esa frecuencia.

La duplicidad de tareas y asignación de recursos en algo tan básico como "la salud", es cuando menos execrable, así es cada día más alta la cantidad de personas que a más de asignar el 9.35%²¹ de su remuneración para tener "derecho" a la atención clínica en el Seguro Social, tienen que contratar un seguro privado con el mismo fin. Para 1993 alrededor de 200.000 trabajadores afiliados al Seguro Social, la mayor parte perteneciente al sector público cotizarían para un seguro médico privado²². ¿Es eso un enfoque al bien común de la sociedad?

Ahora bien, propiamente ya para iniciar una privatización exitosa, se necesita el cumplimiento de varios elementos, Patricio Peña²³, refiere los siguientes: (1) Una clara voluntad política de un Gobierno de llevarla adelante, (2) Existencia de un marco legal adecuado que genere confianza entre los potenciales inversionistas, (3) La existencia de varias empresas que no requieren de una Ley para ser privatizadas pues son las de especie de compañías anónimas, y que están en la órbita del derecho privado, (4) El convencimiento de algunos sectores de la población de que la privatización es provechosa para el país. De los puntos planteados el segundo será el más difícil de lograr, toda vez que el marco jurídico ha tomado y tomará aún mucho tiempo de estudio, y sin la implementación de una normativa jurídica adecuada el proceso de privatización estaría inconcluso.

Finalmente, en el estado en que se encuentra nuestra economía la privatización "...antes que un postulado doctrinario es un imperativo de la crisis que nos ha puesto frente al reto de producir y administrar con eficacia o fracasar como Estado y como país..."²⁴; un proceso que exige celeridad pero al mismo tiempo prudencia y eficacia.

21 Por disposición legal el patrono aporta adicionalmente con un 12.15% (incluido el porcentaje del IECE y del SECAP).

22 Marcelo Merlo, "La Modernización del Estado", *Perspectiva Económica*, (Quito), Ed. Project Management Consultant, N° 67, marzo de 1993, p. 12.

23 Patricio Peña R., "La Privatización, una solución buena para todos", *op. cit.*, p. 45.

24 Fabián Corral, "El Tabú de la Privatización", *Apuntes sobre la Modernidad*, *op. cit.*, p. 31.

De otro lado tampoco en dicho proceso hemos de desestimar los elementos de distorsión social que han de ser evitados, es importante la discreción y transparencia en los procesos de negociación y de compra de activos públicos, de otra manera podría originarse una reacción social negativa, un verdadero pándemonium que podría ser difícil de controlar²⁵.

Conclusiones y Recomendaciones

Complementariamente a los comentarios vertidos en cada uno de los tópicos previamente tratados, quisiera en forma expresa resaltar que:

(1) Para que la "Modernización" del Estado ecuatoriano sea eficaz, se requiere además de un fortalecimiento legal y económico un proceso de mejoramiento de las relaciones con los administrados. Lo económico es importante, pero ninguna validez tiene si las contraprestaciones administrativas, o de servicio que recibimos los contribuyentes siguen siendo igual de ineficientes.

(2) El mejoramiento de la atención al público, la celeridad de los trámites y una disminución de atribuciones y funciones de la Administración Pública ha de ser entendida como una de las primeras prioridades que ha de tomarse en consideración a efecto de presentar un Estado más ágil, que además puede ser determinante al momento de atraer inversión extranjera. Y este punto en concreto si puede y debe ser solucionado aunque sea parcialmente por las autoridades administrativas respectivas²⁶.

(3) Por otro lado, según lo hemos planteado, el proceso de modernización estatal, en el que incluimos el mejoramiento de los servicios públicos ha de circunscribirse a una "desestatización" que puede o no incluir una privatización de empresas del sector público, situación que ha de analizarse individualmente, tomándose en consideración no solo factores de rendimiento financiero, sino también en la óptica de una

25 Con ocasión de la privatización de la "Siderúrgica Usiminas" (la más grande de Brasil), por parte del gobierno brasileño, hubo manifestaciones de "grupos convocados por organizaciones sindicales", que impidieron a través de la fuerza que en la Bolsa de Valores de Río de Janeiro, pudiese realizarse la subasta, siendo ésta finalmente suspendida por el entonces Presidente Collor. Tomado de América Economía, noviembre de 1991, N° 56, p. 10.

26 Un ejemplo de esta situación lo tenemos en la Resolución Adm. DE-N° 2, de 7 de octubre de 1992, emitida por el director ejecutivo del IERAC, en la que se dispone que a partir de la fecha de la Resolución "... los notarios y registradores no exijan autorización de este instituto (IERAC) para la compra-venta, donación o permuta de predios rústicos cuando se lo haga en su totalidad ". Si bien el texto tiene absoluta concordancia con el texto legal, y podría parecer repetitivo, sin embargo era práctica común el que las autoridades referidas, exigiesen "contrario a derecho" para todos los casos de disposición en que estaba de por medio un predio rústico, autorización del IERAC.

Política Nacional de Desarrollo, de la función social que cumplen dichas empresas, y de la prestación uniforme y global del servicio (si esto fuere aplicable). En todo caso una reestructuración administrativa estudiada individualmente es apremiante, independientemente de si los servicios lleguen a privatizarse o no.

(4) Agreguemos que de tomarse la decisión de la privatización de las empresas estatales, este proceso atravesaría por dos problemas que deben ser atendidos de manera prioritaria: (a) La falta de una normativa jurídica adecuada, que además se preocupe de disminuir el aparato burocrático, para agilizar la administración, y (b) La situación de crisis en que se encuentra la economía ecuatoriana (una alta tasa de inflación, elevado déficit fiscal, altas tasas de interés y excesiva intervención del Estado).

(5) Finalmente, es importante recalcar que en la perspectiva del Proyecto de Ley, la privatización es una de las alternativas y no la única; pues también se ha de considerar la reestructuración de las empresas como un mecanismo para lograr la eficiencia operativa de éstas. La privatización es solo una herramienta que debe ser utilizada adecuadamente.

LA RENOVACION DE LA LEGISLACION AGRARIA ECUATORIANA

Diego Pérez Ordóñez*

I. Introducción.-

A decir de vastos sectores de la sociedad ecuatoriana, la Ley de Reforma Agraria vigente y el proceso del mismo nombre, lejos de estimular el crecimiento del sector agrícola y tender al mejoramiento de las condiciones de explotación de los predios rústicos, se ha constituido en un complicado obstáculo para el correcto progreso del agro. El cuerpo legal que por ahora ocupa nuestra atención incluye disposiciones polémicas y confusas, como aquella de la "función social" de la tierra, de contenido por demás vago y ambiguo; además, en opinión de no pocos, limita de modo arbitrario y peligroso el derecho real de dominio, y si a esto sumamos el hecho de que imposibilita el desarrollo natural de un mercado libre de tierras, las situación se vuelve harto complicada.

Por lo tocante a la antedicha limitación a la propiedad, se ha mencionado que ésta (la limitación) se produce en tres formas: las diez causales de expropiación enumeradas en el Art. 46 de la Ley de Reforma Agraria, la "reversión" de las propiedades rústicas al Estado por no haber sido explotadas en el lapso de dos años, y la posibilidad de que el predio haya mantenido formas precarias de trabajo.

El proceso de Reforma Agraria se inicia en el año de 1964, cuando la Junta Militar de Gobierno intenta estimular un sistema que propendiera a un cambio gradual y ordenado de la estructura agraria, en sus facetas económica, política y social, por medio de operaciones planificadas de afectación y redistribución de la tierra. En ese mismo año se expide la primera Ley de Reforma Agraria, y seis años más tarde, en 1970, se dictan algunos mecanismos de aplicación de la Ley, especialmente dedicados al sector costanero-litoral ecuatoriano. El primero de estos mecanismos es la Ley de Eliminación del Trabajo Precario en la Agricultura, luego tenemos el famoso decreto 1.001, que buscó terminar con la aparcería en el cultivo de arroz, estableciendo un peculiar proceso de única instancia en el que se decidía si se expropiaba o no la tierra destinada al cultivo de la gramínea. Este decreto se encuentra publicado en el Registro Oficial No. 124 del 18 de diciembre de 1970.

* *Estudiante de Derecho de la P.U.C.E.*

Nosotros creemos que es requisito indispensable para el crecimiento sostenido de los países el respeto de los derechos del individuo, entre los que se cuenta el de propiedad o dominio. En este caso particular es de especial importancia precautelar y fomentar la propiedad de las tierras rústicas, puesto que esta es la única manera de facilitar al productor agropecuario el acceso al crédito, y por lo tanto al aumento de las cosechas. La incertidumbre sobre las garantías al dominio impide al gran agricultor realizar inversiones tecnológicas de importancia que propendan a la modernización del campo, e impide al pequeño productor agrícola cultivar sus tierras con la eficacia que el caso requiere.

Lo anteriormente dicho, sumado al desafío que constituye para el Ecuador la apertura del mercado andino, ha llevado a amplios segmentos de la sociedad a cuestionar frontalmente los motivos y el contenido de la Ley de Reforma Agraria que nos rige. Las Cámaras de Agricultura de todo el país han liderado una campaña que, mediante la propuesta de expedición de una nueva ley agraria, busca actualizar las relaciones de producción y la tenencia de la tierra, entre otros aspectos de relevancia. A esta propuesta de los sectores productivos se oponen vehementemente las organizaciones campesinas e indígenas, que -a pesar de encontrarse políticamente distanciadas- coinciden en cuestionar todo intento por modificar el *status quo* imperante.

El objeto del presente estudio es, por lo tanto, hacer un análisis sereno e imparcial de los aspectos más relevantes de la Ley de Reforma Agraria, compararla con el proyecto de ley promocionado por las Cámaras de la Producción, y tomar en cuenta la opinión de la FENOC y la CONAIE, que representan a los campesinos, la primera, y al indigenado, la segunda. De esta manera podemos asegurar la objetividad del estudio y tener elementos de juicio suficientes para elaborar nuestras propias conclusiones, que estamos seguros no serán del todo eruditas, considerando nuestra relativa ignorancia del tema agrario.

II. Contenido Básico de la Ley de Reforma Agraria.-

De acuerdo con la Ley de Reforma Agraria que nos rige en la actualidad, el proceso del mismo nombre se aplica conjugando dos métodos: la organización nacional de un sistema de regiones, zonas y sectores de intervención prioritaria, y el método de regulación estatal de la función social de la propiedad sobre la tierra. Este concepto de "función social", dijimos, resulta ambiguo y confuso, pero hay quien opina que consiste en "los criterios de producción y productividad, a la no utilización de las relaciones de producción precapitalistas (renta en trabajo o en producto) así como al fenómeno social conocido bajo el nombre de presión demográfica"¹.

¹ Rosero, Fernando, "El Proceso de Formulación de la Ley de Reforma Agraria de 1973", Quito, IIE-PUCE, Estado y Economía, contenido en Chiriboga, Manuel, "El Problema Agrario en el Ecuador", Quito, 1988, ILDIS, pag. 495.

Otro de los conceptos de importancia contenidos en la Ley de Reforma Agraria es aquel de la "afectación", que, de acuerdo con el Art. 38 del referido cuerpo legal es "limitar total o parcialmente el derecho de propiedad sobre las tierras rústicas que no cumplan con la función social, con el fin de corregir los defectos de la actual estructura de tenencia y uso de la tierra, favorecer una mejor distribución del ingreso nacional, incorporar al proceso de desarrollo a los campesinos marginados y mejorar la eficacia productiva de la tierra"².

Las Cámaras de Agricultura de la I Zona, a este respecto, opinan que "se limita el derecho a la propiedad de la tierra que no cumpla con su función social. No se define qué significa <<función social>>, interpretación que queda a criterio de los funcionarios del IERAC"³.

El dominio sobre los predios rústicos puede, entonces, ser limitado por tres caminos:

- 1.- La reversión de las tierras rústicas al Estado, sin derecho a indemnización alguna, por estar sin explotación durante un lapso mayor a dos años consecutivos. (Art. 38 de la Ley de Reforma Agraria).
- 2.- La extinción del derecho de dominio, del mismo modo, sin indemnización, cuando el predio haya mantenido formas precarias de trabajo (Art.39).
- 3.- La expropiación, sujeta a diez causales enumeradas en el Art. 46, de las cuales son de uso más común:
 - Los predios deficientemente explotados.
 - Los que no fueren explotados directamente por el propietario.
 - Los que estén sujetos a gran presión demográfica, criterio demasiado confuso y vago.
 - Los que fueren a beneficiarse con proyectos de riego costeados por el Estado.
 - Los predios explotados de forma contraria a la vocación natural de los suelos.

Para clasificar el concepto de "expropiación" es necesario citar a un experto en el tema agrario, Ricardo Izurieta M. que afirma que "el afectado, aquel particular, que debe ceder su predio en función de los intereses de la sociedad, aquel afectado debe recibir el justo precio, esto es lo que se da cuando a alguien le quitan una casa, un terreno, un edificio, para que sea utilizado por una institución de derecho público o por el Estado mismo..."⁴

² Ley de Reforma Agraria expedida por Decreto Supremo No. 1172 del 19 de octubre de 1973 y publicada en el Registro Oficial No. 410 del 15 de octubre de 1973

³ Cámara de Agricultura de la I Zona, "La Nueva Ley Agraria", Quito, 1993.

⁴ "Presentación Ley Agraria", discurso pronunciado por el Dr. Ricardo Izurieta Mora Bowen el 3 de febrero de 1993 en la Bolsa Nacional de Productos Agropecuarios con motivo de la versión original de la Ley Agraria, pag. 4.

Lo dicho nos lleva a otro de los puntos polémicos -casi podríamos decir el más controversial de la Ley de Reforma Agraria-, el que tiene relación con el precio a pagar por el predio expropiado por el IERAC. Al respecto el Art. 55 de la Ley que nos encontramos estudiando dice que en las expropiaciones que se hicieren a partir de 1975 el precio de las tierras se fijará sobre la base del avalúo catastral comercial que regía una década antes de aquel en el cual se realice la expropiación, con las agregaciones y disminuciones previstas en el primer inciso del artículo. Como si esto fuera poco, en tiempos de aguda inflación, el pago de la expropiación se liquida en un 20% en efectivo y el 80% restante en Bonos de Reforma Agraria.

Estos bonos son de tres clases: A, B y C. Los primeros a quince años plazo con un 6% de interés, los segundos a veinte años plazo con un 5% de interés, y los últimos, los de la variedad "C", a treinta años plazo y 4% de interés. Podemos decir, sin temor a equivocarnos, que este sistema de liquidación atenta gravemente contra el derecho de dominio y contra la propiedad privada, debido a que el precio a pagarse (sobre todo en una economía inflacionaria como la nuestra) es infinitamente inferior al valor real y comercial del bien inmueble.

El IERAC tiene en su competencia la primera instancia del proceso de afectación de tierras, y los Comités Regionales de Apelación conocen la segunda instancia del referido proceso, produciéndose, en consecuencia, un fenómeno que se ha dado en llamar "dispersión de la jurisdicción", que trae como resultado inevitable el debilitamiento de la Función Judicial, puesto que se le encargan a otras entidades del Estado asuntos que deben ser de exclusivo conocimiento judicial. Lo mismo acontece, lastimosamente, en materia petrolera.

El Estado, según la Ley de Reforma Agraria, deberá propender a la formación de empresas, cooperativas, asociaciones y otras organizaciones agropecuarias, con el objeto de utilizar de manera eficiente los factores de la producción. Se dio prioridad a las organizaciones campesinas en la adjudicación de las tierras y fue creada la Organización Campesina Provisional de Reforma Agraria, que tiene como funciones específicas administrar las tierras entregadas por el IERAC para ser explotadas de conformidad con sus planes de trabajo, participar en el desarrollo rural, promover la explotación comunitaria de la tierra, entre otras.

III. La Nueva Propuesta de Ley Agraria.-

Originalmente se presentó al Congreso Nacional un proyecto de "Ley Agraria" que contenía 173 artículos, y que incluía aspectos relativos no solo a la cuestión agraria, sino que se trataba aspectos como los recursos hídricos, clases de aguas, servidumbres, agroindustria, e infraestructura agraria, para solamente citar algunos. La mayoría de estos tópicos invadían la esfera de otros cuerpos legales vigentes, como

la Ley de Aguas y el Código Civil, por lo que consideramos este anteproyecto demasiado extenso en la forma. Este proyecto tomó inicialmente el nombre de "Ley Agraria". Luego, se propuso un proyecto de 32 artículos, (denominado "Ley de Ordenamiento del Sector Agropecuario") el mismo que, al menos en nuestra opinión, es más conveniente y concreto. Además, en torno a este último existe mayor consenso y menor disparidad de criterios, exceptuando, como quedó dicho, el rechazo frontal de la FENOC y de la CONAIE, de las que nos ocuparemos luego.

En adelante, nos referiremos a este potencial cuerpo legal como "el proyecto" o como "Ley de Ordenamiento", para no cansar al lector.

Entre los objetivos que persigue este proyecto, y que están contenidos en su artículo inicial, tenemos los siguientes:

- Promover a aquellos que se dedican a la actividad agropecuaria o viven en el campo, así como proteger sus derechos e intereses.
- Estimular y proteger la actividad agropecuaria, mediante la creación de condiciones propicias para incrementar las inversiones en el sector y la utilización eficaz de los recursos productivos.
- Propiciar el incremento de la producción y la productividad del sector agropecuario.
- Velar por la explotación racional y equilibrada de los recursos naturales, en relación íntima con la protección del medio ambiente.

Junto con el Art. 2, creemos que el primero debería ser incluido entre los considerandos de la potencial ley, por ser meramente declarativos.

Por otro lado, es importante recalcar que este proyecto, a diferencia de la Ley vigente, sí se ajusta a los principios constitucionales que garantizan y reconocen la propiedad privada de la tierra que cumpla con su "función social", concepto que ahora sí se define en el Art. 4, que transcribimos:

"Art 4.- La tierra cumple su función social cuando está en producción y se conserva adecuadamente los recursos naturales renovables".

A pesar de ser un tanto escueta, esta definición contribuye al menos en algo a esclarecer uno de los puntos más controversiales del derecho agrario ecuatoriano. Esta, sin dejar de ser una cuestión aparentemente puntual, podría constituir uno de los más grandes aportes de la potencial Ley de Ordenamiento del Sector Agropecuario.

El proyecto permite que todos los ciudadanos puedan trabajar la tierra aunque no sean propietarios de la misma. Con este objeto el Estado propicia el trabajo directo de las tierras por su propietario, sin perjuicio de lo que haga su cónyuge o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o cuarto de afinidad. No es necesario que el propietario y sus parientes se radiquen en las tierras que trabajan, pudiendo hacer uso de dependientes para este objeto.

Como el objetivo principal de este trabajo es analizar lo tocante al dominio de las tierras, tanto en la Ley de Reforma Agraria como en el proyecto de ley que nos ocupa, debemos resaltar que éste último, en vez de diez, señala cuatro causales de expropiación:

- Cuando las tierras sean explotadas mediante formas precarias de trabajo.
- Cuando las tierras aptas para la explotación agropecuaria se hayan mantenido totalmente inexploradas por más de cuatro años consecutivos y siempre que no estuvieren en la zona de reserva ecológica del predio, constituyen bosques protectores o fueren víctimas de casos fortuitos.
- Cuando no hubieren completado el requisito de explotación de por lo menos un 70% de la superficie cultivable en un período de cuatro años, cuando implique reincidencia luego de un período posterior a su sanción por parte del IERAC.
- Los predios para cuya explotación se empleen prácticas que atenten gravemente contra la conservación de los recursos naturales renovables.

Al respecto, creemos prudente recurrir una vez más al Dr. Izurieta para ampliar nuestra visión. El referido experto opina que las causales de expropiación que acabamos de citar son "concretas y objetivas, no es una cuestión subjetiva que va a depender del criterio de nadie ni que nadie se va a aprovechar de esa posibilidad para las famosas coimas o la corrupción, son causales objetivas..."⁵

No todos elogian al proyecto: el ex-Presidente del Congreso, Carlos Vallejo, conocido agro-exportador, declaró al diario "El Comercio" lo siguiente:

"Si ese proyecto de ley hubiera presentado en la época de García Moreno, ese presidente de extrema derecha habría ordenado la prisión de sus autores por cavernarios y retrógradas".

Más, como uno de los diputados patrocinadores del proyecto de ley fue Samuel Belletini, ahora Presidente de la Legislatura, las posibilidades que tiene el proyecto de ser aprobado se multiplican.

El juicio de expropiación ha de ventilarse, según el proyecto, ante los jueces de lo Civil competentes en razón del territorio. Serán juicios verbal sumarios, con todos los recursos que contempla el Código de Procedimiento Civil. Es este otro de los as-

⁵ "Presentación...", pag. 14.

pectos positivos del proyecto, puesto que el IERAC dejaría de ser juez y parte, además de que se devolvería a la Función Judicial los asuntos que le son inherentes por definición.

Otro de los sustanciales cambios que trae el potencial cuerpo legal que ocupa estas líneas es el que tiene que ver con la forma de pago de las tierras expropiadas: el precio a pagarse ha de ser en dinero efectivo, y el IERAC no podrá tomar posesión de las tierras mientras no se haya producido el pago. Es decir, se eliminarían los famosos "Bonos de la Reforma Agraria", que no contribuían a liquidar de modo justo el precio del bien inmueble expropiado.

La compra-venta de las tierras rústicas se libera y no requiere de autorización alguna, según el proyecto, pero no se menciona que toda transferencia de dominio inmobiliaria debe ser inscrita en el Registro de la Propiedad del cantón correspondiente, como prescribe el Código Civil. Esta disposición armoniza con el espíritu modernizador del Estado que propende a la liberación de los mercados y a la realización del individuo.

Creemos que el proyecto de "Ley de Ordenamiento del Sector Agropecuario" es positivo en muchos aspectos, sobre todo, en lo que tiene que ver con la garantía a la propiedad privada. Elimina alguna de las causales de expropiación que podrían ser consideradas como subjetivas y corresponde definitivamente al momento político-económico que todo el mundo vive.

IV. Posición de la FENOC y de la CONAIE.-

La FENOC, Federación Nacional de Organizaciones Campesinas del Ecuador, considera que la Ley de Reforma Agraria vigente tiene algunas falencias, pero que aún así es imperativo que se la aplique. En boletín de prensa, Jaime Angamarca, Presidente de la FENOC afirma que:

"Precisamente, lo que más hace falta en la actual coyuntura Ecuatoriana (sic) es garantizar la seguridad de la tenencia de la tierra, lo que conllevaría positivamente para una importante inversión de capitales en el campo..."⁶

En el programa "Controversia" de Radio Quito, cuyo contenido parcialmente reproduce el diario "El Comercio", el mismo Angamarca sostiene que:

⁶ FENOC, Boletín de Prensa No 14, Quito, marzo 22 de 1993.

“Respecto al proyecto de Ley Agraria, la CONAIE presenta una propuesta. Ellos aducen y admiten que la Ley de Reforma Agraria ha cumplido su período. Entonces, hay que llegar al campo a modernizar. Lo importante es desarrollar una agricultura moderna basada en una economía social de mercado y en el uso racional de los recursos naturales”⁷.

Por su parte, la CONAIE, Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, ha presentado al Congreso Nacional un proyecto alternativo intitulado “Ley para la Modernización Indígena-Campesina y Desarrollo Integral Agropecuario”. El referido proyecto de la CONAIE transforma al IERAC en el IERA, con plenos poderes y total autonomía; lo más preocupante de esta propuesta es que la nueva institución es juez de primera y única instancia para sentenciar en los procesos de afectación, a través de los jefes regionales.

El Director Ejecutivo del llamado IERA sería designado por el presidente de la República, de una lista de candidatos presentados por las organizaciones campesinas, los indígenas, y la Cámara de Agricultura, sin especificarse cuál de ellas. El IERA funcionaría con recursos obtenidos por medio de un 5% de la explotación y exportación petrolera, 5% de las exportaciones y 10% de la inversión extranjera, entre otros cuantiosos ingresos, convirtiendo a la institución en mención en la más poderosa del sector público, sin lugar a duda.

En lo relativo a la expropiación, a más de las diez causales de la actual ley (un poco más radicalizadas), se aumentan otras más, como: dar en arrendamiento los predios para su explotación, no haber construido una infraestructura física, de acuerdo a la vocación del suelo, que posibilite la explotación económica del predio, y utilizar la fuerza de trabajo ajena y no familiar:

Se prohíbe el fraccionamiento de predios en unidades inferiores a diez hectáreas, y se establece que las comunidades indígenas tienen derecho para que se les transfiera el dominio sin restricciones de las áreas que constituyen patrimonio forestal del Estado, parques nacionales y áreas protegidas.

V. Conclusiones.-

Luego de haber estudiado de modo pormenorizado la Ley de Reforma Agraria de 1973, que se encuentra vigente, el proyecto de Ley de las Cámaras de Agricultura, y las posiciones de sectores afectados, como los campesinos y los indígenas, podemos decir lo siguiente:

⁷ Diario “El Comercio”, 26 de Junio de 1993, pag. A-4

- 1.- La Ley de Reforma Agraria de 1973 no garantiza de modo eficaz la propiedad privada de las tierras rústicas.
- 2.- Algunas de las diez causales de expropiación pueden ser interpretadas de modo subjetivo.
- 3.- La referida Ley contiene conceptos ambiguos, como el de "función social".
- 4.- La liquidación del pago de las exportaciones por medio de los "Bonos de la Reforma Agraria" es un atentado contra el justo precio de los bienes y contra la propiedad privada.
- 5.- El hecho de otorgar al IERAC la competencia de los procesos de expropiación lo convierte en juez y parte.
- 6.- El proyecto de Ley de Ordenamiento del Sector Agropecuario en una opción moderna para fomentar el desarrollo agropecuario.
- 7.- Este proyecto podría proteger la propiedad privada de las tierras de manera más eficaz.
- 8.- Es positivo entregar la competencia de los juicios de expropiación a los jueces de lo Civil, en juicio verbal sumario.
- 9.- La liquidación del pago por concepto de las expropiaciones deberá ser en efectivo, de manera que se respete el justo precio del bien
- 10.- Conviene, a todas luces, liberalizar el mercado de las tierras.
- 11.- La garantía de la propiedad privada de las tierras es la única manera de atraer al inversionista, tanto nacional como extranjero, al campo. Con esto, la actividad agropecuaria ganaría en tecnología y sería una importante fuente de empleo.
- 12.- Si bien la CONAIE tiene pleno derecho a presentar su proyecto alternativo, éste es una versión más radical de la Ley de Reforma Agraria vigente, adecuada a sus propósitos.

VI. Bibliografía.-

- Camacho, Carlos, "Evaluación del Proceso de Cambio en la Tenencia de la Tierra en la Sierra Norte y Central", Quito, Idea, 1991.
- Chiriboga, Manuel, "El Problema Agrario en el Ecuador", Quito, ILDIS, 1988.
- Mino, Wilson, "La Comercialización Agraria en el Ecuador", Quito, ILDIS-FLACSO, 1986.
- Pachano, Simón, "El Agro Ecuatoriano: Puntos de Vista Sobre la Cuestión Agraria", Quito, IEE, 1985.
- Cámara de Agricultura de la I Zona, "Comentarios sobre la Ley agraria Vigente y los Diferentes Proyectos de la Ley Agraria", Quito, 1993.
- Cámara de Agricultura de la I Zona, "La Nueva Ley Agraria", Quito, 1993.

- Cámara de Agricultura de la I Zona, " Comportamiento y perspectivas del Sector Agropecuario", Quito, 1993.
- FENOC, boletín de Prensa No. 14, 22 de marzo de 1993.
- Proyecto de Ley de ordenamiento del Sector Agropecuario.
- Proyecto de Ley de Modernización Indígena-Campesina y Desarrollo Integral Agropecuario.
- Discurso pronunciado por el Dr. Ricardo Izurieta el 3 de febrero de 1993 en la Bolsa Nacional de Productos Agropecuarios con motivo de la presentación del Proyecto de Ley Agraria.
- Ley de Reforma Agraria, Colonización de la Región Amazónica, Tierras Baldías y Reglamentos.
- Diario "El Comercio" de Quito.
- Diario "El Universo" de Guayaquil.
- Diario "Hoy" de Quito.

LITERATURA

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL ECUADOR ASOCIACION ESCUELA DE DERECHO

DECIMO CUARTO CONCURSO DE CUENTO Y POESIA “PABLO PALACIO”

La Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, convoca a los estudiantes universitarios de todo el país, al XIV concurso de cuento y poesía “Pablo Palacio”.

PRIMERA: *Podrán participar todos los estudiantes Universitarios de cualquier universidad del país.*

SEGUNDA: *El concurso involucra los géneros literarios de cuento y poesía. Los participantes podrán presentar un solo trabajo en cada género, los mismos que deberán ser originales e inéditos.*

TERCERA: *La extensión de los trabajos no excederá de 10 hojas escritas a máquina a doble espacio en hojas tamaño INEN, en cuento y de 100 versos en poesía. Se presentará un original y dos copias en sobre cerrado, identificándose con seudónimo.*

CUARTA: *Los trabajos llevarán adjunto otro sobre cerrado que se identificará con seudónimo y contendrá una fotocopia de la cédula de identidad, o la copia estudiantil actualizada, un certificado que acredita la calidad del participante como alumno universitario del país, y el formulario a continuación con la información completa solicitada.*

Los trabajos que no cumplan los requisitos señalados quedarán automáticamente descalificados, decisión que no podrá ser apelada.

QUINTA: *Los trabajos deberán entregarse en la Asociación Escuela de Derecho, Av. 12 de Octubre y Patria, bloque II octavo piso, mencionado en el sobre XIV CONCURSO DE CUENTO Y POESIA PABLO PALACIO.*

SEXTA: *El plazo de admisión de los trabajos se contará a partir de 11 de mayo al 5 de julio de 1993*

SEPTIMA: *El jurado calificador, conformado por reconocidas personalidades del ámbito literario emitirá su informe.*

OCTAVA: *La premiación se realizará el mes de octubre en ceremonia en la que, además, el jurado se referirá a la calidad literaria de las obras ganadoras y los criterios utilizados para así declararlas, abriéndose un foro con los concurrentes.*

La AED recibe autorización expresa de los participantes para publicar los trabajos ganadores.

NOVENA: *Los trabajos ganadores serán dados a conocer para su análisis público una semana antes de la premiación.*

DECIMA: *Se entiende que con la presentación de los trabajos, los participantes aceptan la totalidad de estas bases y se someten al fallo inapelable del Jurado.*

Mayor información y detalles serán proporcionados en la Asociación Escuela de Derecho.

PREMIOS:

Entre quienes obtengan el PRIMER LUGAR EN CUENTO y el PRIMER LUGAR EN POESIA se sorteará entre estos premios:

- *Pasaje Quito - Sto. Domingo (Rep. Dominicana) - Quito, donado por IBERIA.*
- *3 noches y cuatro días en MAZON JUNGLE RESORT VILLAGE (Oriente Ecuatoriano), donado por SAMOA TURISMO; más un electrodoméstico, donado por RICKIE.*

Entre quienes obtengan el SEGUNDO LUGAR, se sorteará entre estos premios:

- *Un fin de semana en el Club CASA BLANCA de SAME (Esmeraldas) para dos personas, donado por WAGON LITS.*
- *\$1. 100.000 donados por el Bco. del Pacífico, más una cafetera donada por Ecuatorian Tours.*

Desde el TERCER al QUINTO LUGAR se entregarán MENCIONES DE HONOR.

Señor
Fernando Sansur
Presidente de la Asociación Escuela de Derecho

Señor
Michel Andrade Heredia
Coordinador del Concurso “Cuento y Poesía Pablo Palacio”

De nuestras consideraciones:

Presentándoles a ustedes el veredicto del XIV Concurso de cuento y poesía Pablo Palacio, de acuerdo al encargo que oportunamente nos hicieran.

Lamentablemente en Poesía de la lectura de los textos se desprende que no hay rigor poético en ellos. Para no abundar en detalles recordemos que Borges decía, en este sentido, que un texto es o no poesía, sin términos medios. En razón de lo expuesto, consideramos que se debe declarar desierto el primer premio, sin embargo, el segundo es para “Ananías”, por su interés en buscar imágenes poéticas frescas, aunque recomendados mayor trabajo y autocrítica. Menciones especiales “María Piedad”, “Hipnos” y “Juan José Pérez, por su esfuerzo y potencialidad.

El nivel es superior en los trabajos de poesía. Varios demuestran creatividad y cumplen –de una u otra manera– con las leyes generales de la narrativa.

En los tres trabajos que hemos escogido como ganadores, se encuentra como denominador común una buena estructuración de los personajes y un buen manejo del lenguaje narrativo:

PRIMER PREMIO: Seudónimo “ALVES”, con el cuento NO PEDIMOS SER ETERNOS.

SEGUNDO PREMIO: Seudónimo “NIX”, con el cuento THANATOS.

TERCER PREMIO: Seudónimo “RAIMUNDO”, con el cuento HUMO.

Atentamente,

Patricio Falconí
Byron Rodríguez
Rubén Darío Buitrón

NO PEDIMOS SER ETERNOS**

Alvaro Sevilla Garzón*

“No pedimos ser eternos; pedimos tan sólo no ver que los actos y las cosas pierdan de repente su sentido. El vacío que nos envuelve, se hace entonces patente...”
(Vuelo nocturno, Antoine de Saint-Exupéry)

De pronto me encuentro en un pasillo muy largo, el piso, las paredes, hasta el techo estaban cubiertos por una alfombra roja que hiera la vista, de las lámparas que lo iluminan emana una luz ténue, es estrecho y a cada lado hay numerosas puertas, no se porqué pero tengo la certeza de que no las podré abrir, no es necesario ni siquiera intentarlo.

Desde el momento en que me encontré en ese horrendo pasillo, empecé a sentir un gran vacío, una desolación inmensa, que va creciendo a medida que avanzo por él. He caminado mucho y veo el final del maldito pasillo, no se cuanto durará pero ya he estado aquí por mucho tiempo, no podría decir cuanto, me invade una sensación de impotencia que parece que nunca voy a llegar al final, tal vez así se sentía Robinson Crusoe esperando divisar el horizonte algún barco que le rescatara de su isla.

Mi desesperación aumenta a cada paso, pero algo cambia, ya puedo divisar muy a lo lejos el final pero no puedo distinguir que me espera, es una Puerta muy grande, por debajo de ella se escapaba una débil y hermosa luz, y una música tan dulce que desearía estar inmediatamente junto a ella, hay que seguir al mismo paso que antes, no volver a la desesperación, caminar lentamente y poco a poco, mi voluntad no es tan fuerte y mis pasos se van acelerando, mi corazón late cada vez más de prisa y empiezo a correr, la distancia que me separa de la puerta parece eterna.

Mientras más me acerco a la puerta, la luz brilla más y la música hace que como hipnotizado no deje correr hacia ella. Al correr pienso que tampoco a esa puerta voy a poder abrirla, mi alegría desaparece y se convierte nuevamente en desesperación

*Estudiante de Jurisprudencia P.U.C.E.

** Primer lugar XIV Concurso de Cuento Pablo Palacio

pero ahora infinitamente mayor, corro lo más rápido que puedo y al fin estoy frente a la Gran Puerta, me detengo, estoy temblando, no creo haber tenido un momento tan decisivo en mi vida, la luz que se escapa por debajo de la puerta hace que empiece a tranquilizarme, poco a poco voy teniendo la seguridad que sólo yo puedo abrir esa Puerta, esta destinada para mí. La música suena tan hermosa detrás de la Puerta, me llama, suena exclusivamente para mí. Por un minuto resisto su encanto y me quedo escuchando la música y mirando el resplandor de la luz, debo entrar para formar parte de ellas, ser uno y fundirme con ellas, lentamente hago girar el picaporte y más lentamente aún empujo la puerta.

De pronto me encuentro en un pasillo muy largo...

THANATOS**

Ramiro Francisco Salazar Baquero*

Completamente ausente al penetrante y agudo silbido del anónimo viento, yacía horizontalmente perdido en su cama aquel solitario enemigo del tiempo y amigo del silencio. Tenía 25 años estaba perplejo, lejos del sueño y el insomnio, en un trance bestial que ignoraba su espacio y su cuerpo, en una gravitación de soledumbre ajena a la luz y a la brisa.

Su nombre era Thánatos, la inevitable muerte que atormenta al hombre.

Imposible saber que rompe su martirizante trance. De pronto se yergue lento como una silueta paciente. Emite un acentuado grito que recorre violento la soledad de su habitación, eleva sus brazos, frunce su ceño y aprieta en forma descontrolada sus sienes con sus manos. Sus ojos cerrados, cae de rodillas, suavemente bajan lágrimas a sus mejillas. Abre los ojos y baja las manos, frío como un hielo queda arrodillado en la oscura alfombra, ya no siente sus lágrimas. Con un delicado movimiento se acerca a una pequeña mesa de madera bien trabajada, abre un cajón, su visión recorre lentamente ese espacio inundado de objetos, su brazo recoge un brillante alfiler, por un momento queda abstraído en su penetrante punta. Thánatos piensa en una lanza volando con fuerza infinita de rayo, quiere el dolor, sentir en una punzada la eternidad de la tortura, la recta velocidad de una flecha. Su nombre lo persigue, su mente se ahoga en una obsesión. Violentamente se atraviesa la mano con el delgado objeto, curioso lo voltea y mira la perfecta y hermosa punta del alfiler impregnada de una pequeña mancha de sangre. Que crece sola, noble como un árbol pero olvidada como él, en la dolorida extensión de la palma de la mano. El sufrimiento rompe su concentración, y con demoníaca sutileza extrae el alfiler. La sangre empieza a recorrer la mano, la lleva hasta la cara, rápidamente sujeta a los riachuelos de una montaña bajan por el brazo desembocando en el codo donde caen alborotadas en rojo sanguinolento sobre la oscura alfombra. Thánatos aprieta en puño la mano, regresa a su lecho y vuelve a perderse del tiempo. Nunca nada ha sido seguro en sus cortos años, la muerte lo atormenta más que dolorosa herida de su extremidad.

* Estudiante Escuela de Filosofía P.U.C.E., Comunicación Social U. Central

** Segundo lugar XIV Concurso Cuento Pablo Palacio

Tres ladridos discordantes lo regresan al mundo. Súbitamente acude inquieto a la ventana y observa una olvidada existencia animal recorriendo escuálida la acera. Con vehemencia se dirige a la cocina y busca en el desorden y la basura, encuentra un endurecido pedazo de pan. Abre la puerta, con imperativa amabilidad llama al hambriento y le ofrece el trozo de pan. Vorazmente la hiena callejera se acerca y entra ansioso al aposento, de un bocado deglute absolutamente todo el alimento. La bestia actúa por estímulos, ajena a las intenciones de Thánatos, que lo observa con su penetrante mirada irradiando seguridad en cada movimiento. El animal se aleja atemorizado y angustiado pero queda limitado en una de las cuatro convergencias del cuarto. Thánatos perseguido por su obsesión se agacha, con determinación sostiene el cuello del cuadrúpedo y le grita: "Miserable alimaña que desconoces quien eres, no sabes que es la muerte!", y con una sofocante ansiedad comenzó a estrangular a la bestia. En su rostro sobresalía una feroz sonrisa, paralelamente brotaba saliva de la boca del animal que se abría por última vez con la lengua rígidamente extendida hacia afuera. Finalmente soltó al inerte, con ojos completamente abiertos quedó el perro, reflejando la escalofriante desesperación y un frustrado instinto de conservación en su último gesto.

Thánatos regresa confundido a su horizontal refugio, vuelve al particular trance, empieza su viaje, recobra el dolor, la angustia y su amada soledad. Durante cinco días entre la distancia del sueño y el insomnio permaneció Thánatos inmóvil y frío.

Los restos del animal seguían en el mismo espacio, un repulsivo y penetrante olor a putrefacción crecía entre esas cuatro paredes, como un recuerdo del acto demente de un hombre que no escapa a su tormento.

Con forzosos movimientos Thánatos logró romper su casi entera y extendida posición. Luchando por mantenerse de pie, caminó parsimoniosamente su conocido territorio, se detuvo frente a los restos del animal y gritó: "Yo no soy inferior a tí maldita alimaña, porque tu no sabías que morías, yo soy infinitamente superior a tí, porque yo si se que muero"

Muy tranquilo Thánatos avanzó a su cocina y recogió del húmedo suelo, lentamente a su cama, y con increíble presencia se recostó. De nuevo su macabra sonrisa, con absoluta precisión la mano izquierda cortó la muñeca derecha, descubriendo sus debilitadas venas, la sangre brotó arrebatada otra vez. Repitió con esfuerzo en forma sucesiva: "se que estoy muriendo, maldita alimaña.....", hasta que quedó inconciente en esa semioscuridad de su lecho, los riachuelos de sangre volvían a perderse en la oscura alfombra.

HUMO**

Xavier Renán Oquendo Troncoso*

Génesis tenía un pitillo encendido casi toda la noche. En su lecho reposaba la foto que le obsequió Juan, después de la declaración de amor.

Había regresado recientemente de la Academia "Ranchera" de México, donde estudió música.

Su voz era como el rústico acento de una morena de costa Mediterránea. Solo allí (en el canto), su terminante "mexicanismo" le azotaba los recuerdos.

Es verdad que, para ella, la ciudad le parecía un foco de azúcar. Los romanos, que vivían cerca de su casa, la piropeaban como si fuera asunto escondido de dulce para las abejas. Pero esto, a ella, no le importaba.

Génesis regresó hace unos días de México y ya la foto de Juan estaba recostada con ella entre el suave edredón que su amiga Irene le regaló en su fiesta de despedida, antes de su viaje. Azul la cubrecama, como un piropeo de los romanos: el caliente edredón fumaba con la foto el pitillo de una noche infeliz. Génesis comenzó a cantar. Toda la facción clara de su boca fue a parar al opaco vidrio que resguardaba la foto en el portarretratos donde Juan sonreía con congelada sonrisa.

De Juan no se sabía nada.

Génesis balbuceaba: "...Y tú te creías el rey de todo el mundo...", sonaba la marimba blanca de sus dientes con sabor a tabaco "...Y cruel y despiadado, de todo te reñas ...", aceleraba su cortante voz, junto al pitillo encendido en negro. "... Maldito corazón, me alegro que ahora sufras ...", su tono fue perdiendo serenidad. El edredón azul cayó al piso y se descontroló la noche, mientras el pitillo aclaraba su humo en figuras abstractas y contemporáneas. "... La vida es la ruleta en que apostamos todos, y a tí te había tocado nomas las de ganaaaaaaaaaaar ...". La foto cayó con el edredón al piso y Génesis se paró en la cama, con el pitillo en la boca susurrando el bolero ranchero, mientras disfrutaba de la fotografía nublada por la fisura del vidrio en el portarretratos.

*Estudiante comunicación Social U. Central.

** Mención de honor XIV Concurso cuento Pablo Palacio.

“... Fallaste corazón, no vuelvas a apostarrrrrrrrr...”

Génesis abrió la regadera del baño, y salió a buscar la foto de Juan, para concretar la duda que la carcomía sobre la fisura del vidrio y la porcelana del portafotos. Estaba quebrado totalmente. Se dio cuenta, también, que el edredón estaba descosido, esto se debió a que con el impacto de la caída del retrato, se remordió el azul de la cubrecama con la puerta del baño que Génesis abrió para preparar una tina.

Ella dejó caer el agua y las plumas que rellenaban el edredón.
Ella dejó caer los cristales rotos del portarretratos.
Ella dejó caer la ceniza del pitillo.

Alguien llamaba por el teléfono. Génesis dejó caer la foto de Juan y el pitillo en el cenicero.

Era Irene, con los típicos cuentos de Juan.
Génesis dejó caer su oído en los cuentos.
Irene siempre se disputó el amor de Juan con Génesis.

La cantante de ranchera, dejó caer una carcajada más mexicana que un chirriar de José Negrete, (ella sabía que no podía haber carcajada más rabiosa) y dejó caer, también, el teléfono al piso marmolado de su habitación.

Irene le había comentado de su matrimonio eclesiástico con Juan, en tiempo de vacaciones (cuando Génesis viajó a México). Génesis cantaba: “...Maldito corazón, me alegro que ahora sufras ...”.

Irene le dijo, también, que desearía que le entregara la foto de Juan le regaló, como sinónimo de amor, ya que en el nuevo álbum familiar hace falta aquel retrato de Juan, recién incorporado como bachiller de la República.

Génesis cantaba: “... Y llores y te humilles, ante este gran amor ...”

Génesis resumió su baño en un duchazo. La ducha la inspiraba: “maldito corazón, me alegro que ahora sufras...”. El timbre cortó la inspiración de su voz en plena lección musical.

Juan, en el teléfono. Un pitillo cerca de los cristales rotos y la porcelana cuarteada. Génesis, en sus piernas y en su pubis, fue cubierta por el edredón azul. A sus senos volaron tres plumones que provocaban sensualidad.

Juan repitió en do mayor lo afirmado anteriormente por Irene.
Dijo lo mismo con voz gruesa.
Génesis dejó caer el edredón.
Dejó caer los plumones de sus corpiños.

El pitillo seguía encendido como muestra de compañía. La foto entre el edredón y las plumas finas de su interior, su rapidez por contestar el teléfono olvidó cerrar el agua, esto hizo mezclar al humo del cigarrillo con el vapor sofocante de la bañera.

Génesis secó su cabello, dejando caer una cascada de cristal cerca de los vidrios rotos, haciendo un montaje erótico en gotas de rocío.

Dejó caer su voz entrecortada en el más pausado canto de una graduada en música: "...Y ... tú ... que ... te ... cre ... í ... as ... el ... rey ... de ... to ... do ... el ... mun ... do ...".

Ella amaba.
Juan era su canción, su edredón, su pitillo.

Por él, hasta cambió su nombre. Su madre la bautizó con Germania. Pero a Juan le gustaba Génesis, le sonaba a nacimiento y ella se lo cambió.

El pitillo estaba encendido. Los plumones del edredón roído, daban la sensación de estar en una nube de algodón, entre un cielo entero de edredón -azul-.

La porcelana y los cristales, en el piso reposaban. Génesis lloró y un suspiro aceleró su insistencia para fumar y fumar, con desesperación.

Recordó el baño y el agua caliente. Volvió a abrir la puerta del baño. Volvió a salir vapor. Volvió el vapor y el humo del cigarrillo a unirse en uno solo.

Génesis, la foto de Juan, el pitillo, el cenicero, las plumas brumosas y el azul edredón fueron a parar al baño.

Génesis renacería, como dice su nombre. Ella daba fe de su afirmación.
Los cristales y la porcelana también fueron huéspedes del baño.

Génesis renacería al compás de: "...Y tú que te creías, el rey de todo el mundo ... y tú nunca fuiste capaz de perdonar ... Y cruel y despiadado, de todo te reías ... Hoy imploras cariño, aunque sea piedad ...".

Génesis entró en el agua hirviendo, -"...a donde está tu orrrrrrrrrgullo, a dónde está el corajeeeeeeee"- cantaba gimiendo su dolor ante las quemaduras de su piel por los grados de temperatura a que fue expuesto su cuerpo en el agua. -"...Ya vez que no es lo mismo amar que ser amado "... Fallaste corazón, no vuelvas a apostar..."

...Ya Génesis dejó de cantar, mientras sufría el dolor de ser un fakir, que se recuesta en lo hirviendo de la tina, llena de cristales rotos y punzantes, en el fondo, los cuales se introducían, malévolamente, en el cuerpo de Génesis.

Génesis quería renacer. Como dice su nombre. Como lo dijo Juan. Salió deshinchada de la tina, con sangre, de los pies a la cabeza. Salió partida en muchos pedazos de rabia e ira. Salió de aquella enigmática agua roja y humeante. Tenía quemaduras y heridas vivas en todo el cuerpo.

Había perdido su voz, pero aún cantaba "... mal...di...to...co...ra...zoón...", mientras recogía el edredón para cobijar su calcinada y arrugada piel roja.

El baño era un completo recinto de neblina. El humo del pitillo y el vapor lo llenaron todo.

Génesis abrió la ventana, (los romanos la vieron , de sus balcones, y le lanzaron piropos) y lanzó el edredón al infinito, desde el décimo piso de su departamento (las plumas caían al suelo, después de danzar en el espacio). Génesis no danzó. Cayó de plomo, roja, herida, desnuda. Cantó al caer. Cantó en gritos desentonados "...Maldito corazón me alegro que ahora sufras y llores y te hu..."

Los romanos callaron.

El pitillo quedó encendido, en el baño, quemando la foto de Juan.

II

Yo no cargo la cruz. La cruz me carga.
Me diluyo en la cadena del hinodoro.
Me pastilleo en el tortazo de la espumilla.
Me reposo en el hospital de los amaretos.
No, no cargo la cruz. Ella me carga,
con su clavo, su granizo,

(su incrustación de
Cristo,
(su roca escapularia
(y dentífrico.

Estoy tan alfombra en el desierto.
Tan Simbad, el marino, en la aviación.
Me odio por incontrolable palúdico de moscas.
Plumas en la gallinera de mi consomé.
- Cargo al poeta, afirma la cruz.
Consumo la trompeta para respirar con los soplonos de la filar
(mónica encendida en saxos-
¿Estás cansada, cruz, de morder en tu cedro a este depresivo
(desorden ?

... Ahora veo la ciudad, y está dormida
porque se hizo morena la tarde y los ciudadanos son racistas.
Solo yo salgo a tus avenidas, a aparecer con cruz desportillada.
Ha llegado la polilla muy temprano.
Pensé acabar más tarde este poema.

III

Hoy hay sol, entre mi roca y mi sordidez.
Tengo alma entre la cocina de mi asco.
Tengo que hacer rosas artificiales en la espuela de mi caballo.
Trapeo ha quedado en el circo de mi condena.
Sufro demasiado, como para sufrir en el campo de tu aeropuerto.
Me estreno en el teatro de la lágrima olvidadiza.
Tengo unas ganas de pituitaria en mis glucosas.
me voy a morir en penélopes de pisados Ulises, en el callo de
(la luna.
Hay un sol en la caverna del tiempo que me perdonó en lunes.
Pero, el martes me amonestó hasta el cuello.

El miércoles es infame, Vampiro de tercera.
Suda el jueves en mi tristeza, me come la ciudad con su boca
(rascaciela.
El viernes llueve infantes en todas las quebradas.
Se caen los topacios sabadinos.
se caen y son piedras resononadas por el defecante cascarrabias
(del cielo en mes mestruado.
... Y el domingo, escribo ronqueras semánticas, como éstas,
rezando en el santuario de mi iglesia.
Me caigo entrecojido en la vereda
y pego mi saliva enlluviecida
con el gargajo cruel del precipicio.
... Y la ciudad peatonizada, me pisa en la garganta
y así, no grito.
Ellos gritan más tarde
mientras toman café encima de mi muerte.

Epílogo:

Estoy de despedazo en despedazo, calzándome entre ceja más
(pestaña.
Paraguas para llover en tela,
en la red circunferencial de mi escoba retorcida en gusanos.
Es la lluvia, la casaca en mi destino. Mi carpa,
me encarpa y desordena,
mi oficina de cárceles
(perdidas.
(mi cuna está en le vía
del deseo)

Yo no deseo cunas ni deseo deseos.
De-despedazado en-des-pe-da-zo-.
Nota: estudio metereológico en lluvia -negativo-.
Después de llover, sabremos de tu cuerpo -positivo-.
La lluvia está en desorden. La arena se encoge.
El mar está podrido de tanta agua.
Problemas metereológicos. Poeta desangrándose.
Se ruega encajonarse en la pecera,
(donde yo me encojo y no me esquematizo).

Escóndete poeta. Punto.

La luz me azota en claro, cuando te descla-
(rizas.

Aparte ...

El poeta no contesta porque tiene pulmonía en su poema.

... Entra el cortejo fúnebre ...

Ya no escribo porque me remajo ...

Solo un tabaco está prendido. Un nuevo vicio y mi cerveza.

POSTNOTA: La lluvia repasa ya podrida.

A UN ATAUD DE INCIENSO Y.....

(En los funerales de mi padre)

Martha Tatiana Pérez Valencia*

Mientras más bullicio penetraba
el alma hacía más callada,
al compás de un zapateo en voz aunada
más fuerte el silencio retumbaba.

Al tiempo que se iban acomodando
centenares de personas en contorno,
sigilosamente alborotaban
con cruentos rezos que entonaban.

Eran cientos de seres dubitando
postrados al féretro de incienso,
enterrado de lámparas y gladiolos
adornado de una corona y un rosario.

Como queriendo decifrar aquel enigma
que el cielo interpone a paso lento,
los cientos de aves revoloteaban
descubriendo un por qué y un no sé.

Aquella señora, más hermosa que la cándida luna
pestañeaba estrellas de amargura,
quería ser feliz pero no podía
su hombre santo había partido al infinito.

Otra joven sollozaba de angustia
le había causado una herida mustia,
el regreso de aquel ser, más que amado
de donde dicen venir toda la gente.

* Estudiante Jurisprudencia de la P.U.C.E.

** 1^{ra} Mención de honor XIV Concurso Poesía Pablo Palacio

Frente al ataúd de incienso y orquídeas
otra joven balbuceaba en la penumbra,
la falta enorme que causaba
el regreso de aquel ser, más que amado.

Otra menos que joven y apartada
esquivaba el olvido de la vida,
comprendía que el destino había olvidado
seguir amamantado una parte de su yo.

La menor, más hermosa como triste
se acercaba recatada y sin aliento,
era niña, buena pero triste
pues las flores olvidadas nadie las recoge.

Todas eran mujeres pero fuertes
todas conservaban la calma mas no las alas,
su vuelo interrumpido se quedaba
con el regreso del ser, más que amado.

Repicaron las campanas al oído
y el padre ni siquiera musitaba,
había quedado sin aliento, ni color
sin vida pero dicen que con alma.

En sus manos un rosario y la canción
el himno que todas entonaban,
nada pudo despertarlo ni el cariño
ni el forcejeo doliente de un niño.

Todas lloraban pero sin lágrimas
el viento arrastraba la tormenta,
la arrastraba con las mismas lágrimas
que hacían de la tez más que un desierto.

Las campanas repicaron a su oído
el din don de los jarrones que rozaban,
más nada moverlo de ahí pudo
ni la petición de unas niñas que cantaban.

Algunos velos negros ondeaban
en la asta del rezo y la plegaria,
con bullicio de rosarios como cruces
de grandes ansias de rogar a Dios.

Millares de niñas despedían
el alma de aquel ser, más bien amado
pero ni su suave melodía implorando
pudieron al Dios Grande despertar.

Las rosas desfilaban sin perfume
sus tallos reposaban en canastas,
la tierra que rodeaba al ataúd de incienso y nardos
era muerta como las manos del ser, más bien amado.

Los claveles marchitados sin aroma
bajaban la cabeza a voz pausada,
sabían que frente a un ser, más que amado
las sonrisas volaban en sus manos.

La muerte es ésto y mucho más
la partida desparrama y atormenta,
la vida florece cuando hay calor
y en mi calma no hay ni sabor ni una pregunta.

¡Piedad ! te pido señor
para mi canto que se pierde con un eco de cansancio,
porque se cansó de gritar y no ser oído
porque callé para no perder aliento.

¡Piedad te pido Señor
pues si te lo has llevado,
deberás darle un jardín más hermoso
que el que aquí compartió.

¡Piedad ! para el mundo olvidado
de donde los sanos frutos huyen en retirada,
tal vez buscando el albergue
de un árbol más frondoso que los ame.

A un ataúd de incienso y estrella...

**ASOCIACION ESCUELA
DE DERECHO 92-93**

ACTIVIDADES

Fernando Sansur Ode

Presidente Asociación Escuela de Derecho

Renovación fue la propuesta, que la presencia de una tendencia nueva con ideas claras, buscaba transmitir al Movimiento Estudiantil, que se encontraba adormecido por la apatía. El compromiso adquirido nos impulsó a construir con coraje y dignidad un espacio en el que los estudiantes aportemos con alternativas para retomar el carácter eminentemente académico de la Universidad y que ésta, a su vez, vaya dando orientaciones a la comunidad.

El mandato, a nosotros confiado, lo desempeñamos con honestidad y corrección, sirviendo a la causa de todos los universitarios, es por ello que juzgamos conveniente resumir las pautas de trabajo que marcaron este nuevo estilo.

Area Social

Una de nuestras preocupaciones fundamentales ha sido establecer un vínculo entre Universidad y Sociedad, que nos permita demostrar una real solidaridad.

- * Es así que en la campaña de Navidad recolectamos dinero en cada curso de la Facultad y pedimos donaciones a diferentes empresas. Así pudimos brindar ayuda a la Hospedería Campesina. Organizamos un homenaje a los internos de la cárcel de la calle Ambato, que fuera coordinado por los practicantes de los

Consultorios Jurídicos. Colaboramos en varias actividades planificadas por la Universidad y hemos visitado, en esa época y en otras oportunidades, el Orfanato Mary Campi de Yoder, donde hemos dado ayuda material.

- * En varias oportunidades hemos convocado a los interesados en trabajar con niños, incluidos los miembros de Junta de Facultad, para integrarse en esta labor y formar un equipo de coordinación que colabore con Defensa Internacional de los Niños (Organismo dependiente de la O.N.U.).
- * Preocupados por mejorar la estructura física e implementos de los Consultorios Jurídicos Gratuitos de nuestra Universidad, solicitamos una asignación económica a la Comisión de Presupuesto del H. Congreso Nacional. A pesar de no haber dado resultado este pedido, fue el diputado Bruno Frixone Franco, quien donó treinta millones de sucres, de su partida como legislador; hasta este momento ya se ha hecho un desembolso de 15 millones. Agradecemos esta generosidad y nos complacemos que esta actividad de servicio cuente con herramientas que le faciliten su accionar.
- * La Asociación Escuela, del período pasado, estableció contacto con el Club Kiwanis, el que fuera retomado por nosotros. El objetivo que se persigue es brindar Asesoría Legal a las madres adolescentes que constantemente ingresan a la Maternidad Isidro Ayora, desde hace varios meses hemos manifestado nuestra disposición a colaborar, pero las condiciones físicas del hospital y las nuevas adecuaciones nos lo permitirán recién a partir de los próximos meses, de acuerdo a lo señalado por los directivos de la Institución.

Difusión Legal:

- * Iniciamos la difusión jurídica, a través del Programa de Estudios Legislativos, (P.E.L.) mediante la entrega de un folleto con contenido legal, para que esto se haga permanente, impulsamos la creación de una materia optativa, destinada a la investigación jurídica, ésta se abrió el II semestre del año lectivo. Así los estudiantes participan y reciben constantemente estos folletos de temas jurídicos actuales.
- * Pretendiendo hacer un programa masivo de difusión de leyes, contamos con el respaldo del Ministerio de Información y Turismo, desafortunadamente el fallecimiento del entonces ministro Dn. Pedro Zambrano dejó el proyecto sin realizarse; posteriormente retomamos contacto con el actual ministro Dn. Carlos Vera, con quien coincidimos en la necesidad de promover el conocimiento de la ley para mejorar la cultura cívica de los ciudadanos. Se encuentra listo para sus-

cribirse el Convenio Interinstitucional que busca impulsar una campaña educativa en base a programas de radio, T.V. difusión de textos y material legal informativo.

- * En el área de radio hemos invitado a todos los interesados a integrarse en la organización de esta actividad, tuvimos la oportunidad de recibir en nuestra facultad una charla de Walter Albes (Ex-director de la B.B.C. de Londres) quien nos explicó didácticamente cómo se deben preparar los programas de radio. Además, en esta actividad, celebramos recientemente un convenio con el "Centro de Estudios sobre Derecho y Sociedad (CIDES), para de este modo ampliar el número de emisoras que transmitan nuestro programa, así como para capacitar a quienes intervienen en él ; contamos en ello con el apoyo de los Drs. Alberto Wray y Elizabeth García, y es por medio de la materia optativa "Seminario Conozcamos Nuestras Leyes" que los alumnos que la tomen participarán en la labor de difusión legal de esta Asociación.

Area Académica:

- * La trascendencia de los cambios operados en nuestro ordenamiento legal ha merecido un tratamiento primordial de nuestra Asociación, que ha buscado proyectar el pensamiento de la Universidad hacia el país, en este proceso hemos generado una gran confianza de la empresa privada, medios de comunicación y demás estamentos sociales que nos han brindado su respaldo.
- * Mereció nuestra atención analizar los cambios producidos en la Constitución y varias leyes de nuestro ordenamiento jurídico, es por esto que realizamos el panel "Cómo poner en vigencia las Reformas Constitucionales", en el cual intervinieron destacados juristas que nos comentaron sobre lo más importante de este sistema.
- * Posteriormente realizamos el seminario "Reformas Constitucionales", con el aval de la Fundación Hanss Seidel, tuvo una duración de cuatro días y la presencia de doce destacados conferencistas, dando así un gran aporte para conocer de manera detallada los pro y contras del nuevo ordenamiento legal que iniciamos. La trascendencia de este seminario es muy destacable, ya que luego del éxito alcanzado en este acto, la Asociación de Estudiantes de Derecho de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil realizó el "II Seminario Reformas Constitucionales", organizado con similares características y proyección que el nuestro.
- * En el campo penal, contamos con la presencia del destacado jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, quien nos brindó una charla sobre "Sistemas Alternativos a la Prisión", la cual fue de interesante discusión y análisis para el auditorio.

- * Examinamos “El Recurso de Amparo en Colombia”, con la presencia del Catedrático de la Universidad Javeriana de Bogotá Dr. José Botero, quien trató sobre procedimientos legales que no contempla nuestra legislación, y que constituyen un importante avance en Colombia.
- * Siendo básica la integración estudiantil en el orden universitario, trabajamos con la Asociación Escuela de Economía, para crear espacios de reflexión en torno a temas de común interés, es así que efectuamos un panel sobre el tema más discutido del momento “La Modernización del Estado”, al que asistieron autoridades de Gobierno y analistas económicos, quienes razonaron sobre la necesidad de una administración pública eficaz, y el papel que deben cumplir las empresas privadas en el avance del país.
- * En base al convenio que mantiene nuestra Universidad, con el Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Católica de Lovaina (Bélgica), co-organizamos el III Seminario de “Derecho Penal y Criminología”, foro en el cual se discutió sobre los proyectos de nuevos Código Penal y de Procedimiento Penal, así como otros aspectos relevantes.
- * Conscientes de la crisis generalizada que vive la Universidad ecuatoriana, invitamos al Dr. Oswaldo Hurtado Larrea a disertar sobre “La Universidad y el desarrollo nacional”, este diálogo resultó de gran importancia por las reflexiones sobre el papel del estudiante dentro de este sistema.
- * En coordinación con el Centro de Estudios Latinoamericanos de la P.U.C.E. (CELA) y con el auspicio de Abya yala, llevamos adelante el Seminario “Derecho, Pueblos Indígenas y Reforma del Estado”, en el que intervinieron varios panelistas extranjeros y catedráticos de nuestra Universidad para estudiar la realidad, costumbres y marco legal en que viven las comunidades indígenas. Recordemos que este es el año declarado por la Unesco “De los Pueblos Indígenas”.

Reglamento de Grados

En todas las acciones que hemos desplegado, ha existido responsabilidad, seriedad y trabajo comprometido; hemos dado un tratamiento serio al Reglamento de Grados, para lo cual fue necesaria la unión de todos los estamentos de la Facultad, logramos que se mantenga la simultaneidad de los títulos de Abogado y Doctor en Jurisprudencia. Esta importante conquista fue posible gracias al consenso de todos.

Hoy debemos reformar el pensum, y estamos colaborando nuevamente todos los sectores de la Facultad para organizar el esquema de estudios, de los profesionales del nuevo siglo.

Concurso de Cuento y Poesía

El concurso de cuento y poesía "Pablo Palacio" es uno de los escasos espacios que pretenden incentivar la actividad literaria de nuestro medio, para cumplir a cabalidad con su función. ¡dicho espacio debía ser reestructurado! y lo hicimos, dotándolo de importantes premios, que se constituyen en verdaderos incentivos para la participación de jóvenes escritores, encargando su decisión a un jurado que ha cumplido con rigor su tarea.

Por la gran difusión que tuvo, se presentaron un considerable número de trabajos.

Actividades Varias

- * Previo al inicio de cada semestre organizamos cursos de nivelación para los aspirantes a ingresar en nuestra Facultad, tratamos de orientar sobre la metodología y temas de estudio para este fin. Conseguimos un resultado positivo, ya que más del 55% de los admitidos en los nuevos cursos propedéuticos tomaron el curso de nivelación.
- * La Biblioteca de la Facultad, ha venido funcionando en forma diaria, coordinada y atendida por nuestros compañeros Carlos Machado, Ingrid Escobar y Andrés Donoso. Hemos obtenido muchísimas donaciones de libros, estamos nuevamente suscritos al Registro Oficial y Gacetas Judiciales. Hemos actualizado la biblioteca y seguiremos adquiriendo textos para el estudio e investigación del derecho.
- * Dando cumplimiento a los nuevos estatutos que rigen la Actividad Estudiantil, integramos el Directorio Ampliado, el cual se forma con los presidentes de todos los cursos de la Facultad, de modo que todos sumemos ideas y creatividad en la labor estudiantil.
- * Durante las vacaciones del mes de febrero dimos la oportunidad que todos los estudiantes intervengan en un taller de práctica jurídica, que lo denominamos "Aprenda a Litigar", se efectuó bajo la guía del Dr. Julio César Trujillo, y fue un importante aporte para poner en práctica los conocimientos adquiridos en clase.
- * Desde los inicios de esta Asociación han venido funcionando, en forma regular, los Talleres de Arte, que se reúnen los días sábados con el propósito de incentivar el espíritu creativo en diferentes áreas.
- * Nuestro Club Ecológico ha tenido varias reuniones que bajo la guía de personas conocedoras de la materia, han debatido respecto de la normatividad jurídica vigente y necesaria para el medio ambiente. Hemos tenido presentación de videos-ecológicos y otras actividades con la colaboración del Grupo Ecológico de la Universidad San Francisco de Quito (Kawsaypacaha), AISEC y AEE.

- * Conjuntamente con la Cámara Junior de Quito, dictamos un curso sobre "Liderazgo", que resultará alentador para la organización estudiantil.
- * Las tradicionales fiestas de la Facultad, contaron con diversas actividades culturales, académicas, sociales y deportivas, con una gran participación e integración.
- * Del Club Rotario de Miami (E.E.U.U.) conseguimos la donación de dos máquinas eléctricas de escribir.
- * Esta Asociación no pudo olvidarse de dar la bienvenida a los compañeros propedéuticos, para quienes organizamos sus respectivos paseos de integración.

Publicaciones:

- * Hemos pretendido vincular a la Facultad consigo misma permitiendo que la información esté disponible para todos, difundiendo periódicamente el "INFORMATIVO A.E.D. 93" sobre las diversas actividades que mantiene esta Asociación.
- * Publicamos el Cuaderno Jurídico "Reformas Constitucionales" en cuyas 110 páginas se narra lo más trascendente del nuevo esquema jurídico, en base a la recopilación de charlas y conferencias que, a propósito de este tema, se abordaron en actos organizados por nosotros.
- * Por primera vez se publicaron periódicamente las resoluciones y decisiones del Consejo de Facultad a través del informativo "Comunicándonos" editado por nuestro representante Carlos Medina.
- * También publicamos una carpeta con las conferencias que se presentaron en el Tercer Seminario de Derecho Penal y Criminología.

Finalmente queremos decir que, planificamos con objetivos que favorezcan tanto a nuestra formación, como a la imagen que proyectamos a la sociedad; cada accionar encontró su fundamento en perfeccionarnos constantemente, en integrarnos como Facultad; en otorgar tratamiento de consenso a los temas de interés general y optimizar las labores ordinarias. Todo ello en base a un trabajo que no conoció descanso. Luchamos hasta conseguir el éxito ... porque el éxito fue nuestra consigna.

Esta revista "Ruptura" publicada antes de concluir nuestro período, sella una labor que será juzgada por la historia de la Facultad.

CONTENIDO

PRESENTACION

ENSAYOS

POTESTAD PUNITIVA DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑIAS Dr. Carlos Jiménez Salazar	9
LA ESCISION DE COMPAÑIAS DE COMERCIO Dr. Gustavo Ortega Trujillo Dr. Víctor Cevallos Vásquez	13
ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA JURISDICCION MERCANTIL Y A LA CASACION EN MATERIA MERACANTIL Dr. Santiago Andrade Ubidia	21
EL RECURSO DE CASACION EN MATERIA TRIBUTARIA Dr. José Vicente Troya Jaramillo	33
LA UNIVERSIDAD Y EL DESARROLLO NACIONAL Dr. Oswaldo Hurtado Larrea	57
EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN EL ECUADOR, EL TRIBUNAL DE GARANTIAS CONSTITUCIONALES Y LAS REFORMAS DE 1992 Dr. Hernán Salgado Pesantes	69
LINEAMIENTOS PARA UN NUEVO CODIGO PENAL Dr. Ernesto Albán Gómez	83
COMENTARIOS AL PROYECTO DE CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL Dr. Ricardo Vaca Andrade	95
LAS NORMAS ACTUALES SOBRE LOS INFRACTORES EN EL NUEVO CODIGO DE MENORES Dr. Arturo Donoso Castellón	113
LA REDUCCION DEL CRECIENTE VOLUMEN DE LA POBLACION PENITENCIARIA Dr. Pablo Maldonado Schullo	121
PROYECTO DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL 1992 PRESENTADO POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Dr. Rodrigo Bucheli Mera	131
EL ORDEN POLICIAL EN EL ORDEN DEMOCRATICO Dr. José Sánchez Parga	145

INCIDENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CRIMINOLOGIA Y SUS RELACIONES CON EL DERECHO PENAL	
Dra. Pilar Sacoto de Merlyn	153
LA OMBUDSMANIA Y LOS DERECHOS HUMANOS	
Dr. Ramiro Avila Santamaría	165
REGIMEN JURIDICO DE LA UNION DE HECHO	
Dr. Wilfrido Lucero Bolaños	175
NUEVAS TECNOLOGIAS DE REPRODUCCION HUMANA Y SU CONTROL LEGAL	
Dra. Ximena Avilés Chevalier	183
EL DERECHO DE AUTOR: EL DERECHO DE LA POSTMODERNIDAD	
Dr. Marco Proaño Maya	193
ALGUNAS INCONSISTENCIAS DE LA LEY DE CULTURA	
Dr. Eduardo Puente Hernández	205
EL OBJETO DEL DERECHO COMPARADO	
Dr. Pedro Córdova	209
LA UNIFICACION SALARIAL	
Dr. Carlos Páez Fuentes	217
ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA RESOLUCION 687 (1991) DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS Y EL PROBLEMA TERRITORIAL ECUATORIANO-PERUANO	
Dr. Mauricio Montalvo	223
LA MODERNIZACION DEL ESTADO	
Juan Carlos Badillo	233
LA RENOVACION DE LA LEGISLACION AGRARIA ECUATORIANA	
Diego Pérez Ordóñez	245

LITERATURA

Bases	257
Veredicto	261
Trabajos Ganadores	263 - 275

ASOCIACION ESCUELA DE DERECHO 92-93

ACTIVIDADES

Fernando Sansur Ode	281
---------------------------	-----

Revista Ruptura
Nº 36
Oc-1993

