

RUPTURA

REVISTA ANUAL DE LA ASOCIACION ESCUELA DE DERECHO DE
LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL ECUADOR



Revista
D340.0509866
R879
No. 39
1996
Ej. 2

CON EL AUSEPIO DE

CLD
CORPORACION LATINOAMERICANA PARA EL DESARROLLO



Konrad
Adenauer-
Stiftung

DIRECTORIO A.E.D.

PRESIDENTE Pablo José Dávila Jaramillo
VICEPRESIDENTE Claudia Sofía Vergara Fernández

REPRESENTANTES AL CONSEJO DE FACULTAD

Fabián Alexander Andrade Narváez
Catalina Bolaños González

REPRESENTANTES AL DIRECTORIO

Leonidas Eduardo Rojas Salazar
María Fernanda Arregui Noboa
Ricardo Andrés Izurieta Eguiguren

PRIMERA JUNTA DE FACULTAD

Diego Fernando Cadena Dongilio

SECRETARIO

Nelson Eduardo Chicaiza Defaz

TESORERO

Rodrigo Gerardo Salvador Granda

VOCAL FINANCIERO

Andrés Gustavo Guerra Bello

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DECANA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

Dra. Ximena Moreno de Solines

SUBDECANO FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

Dr. Rodrigo Jijón Letort

REPRESENTANTES AL CONSEJO DE FACULTAD

Dr. Ernesto Albán Gómez
Dr. Arturo Donoso Castellón

RUPTURA

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

DONACIÓN DE
JOSÉ MARÍA EGAS RIBAS

**Pontificia Universidad
Católica del Ecuador.**

**QUITO - ECUADOR
1996**

RUPTURA

RUPTURA

*Revista Anual de la Asociación Escuela de Derecho de la
Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad
Católica del Ecuador*

Año XLVII, N° 39

AUSPICIO:

Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, 1996.

Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 1996.

I.S.B.N- 9978-95-162-8

Derechos de Autor: 010533

Consejo Editorial:

Dra. Valeria Merino Dirani

Lcda. Alicia Arias Salgado

Lcdo. Pablo Dávila Jaramillo

Editor:

Michel Andrade Heredia

Asociación Escuela de Derecho

Av. 12 de Octubre y Av. Patria, Torre 2, 8vo. piso

Quito - Ecuador

Diseño e impresión:

Marco Dávila / Praxis Publicidad

Orellana y Amazonas, Edificio Torrealba,

Telefax: 548 373.

Los criterios emitidos en los artículos son de exclusiva
responsabilidad de sus autores.

Índice 5

Presentación 9

Lcdo. Pablo Dávila Jaramillo

Presidente de la Asociación Escuela de Derecho
de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia
Universidad Católica del Ecuador.

Prólogo 11

Corporación Latinoamericana para el Desarrollo

ENSAYOS:

1.- La Jurisdicción Constitucional en 1996. 15

Dr. Luis Fernando Torres Torres.

Alcalde de la ciudad de Ambato.

2.- El Recurso de Amparo. 23

Lcdo. Franco Sánchez Hidalgo.

Director Técnico de la Corporación Latinoamericana
para el Desarrollo.

Asistente Regional de Transparencia Internacional
para Latinoamérica y el Caribe (TI-LAC).

3.- El Defensor del Pueblo. 39

Dra. Lucía Vaca Moreno.

Asistente de la Cátedra de Derecho Procesal Civil I
en la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE.

- 4.- Las Nuevas Reformas y Contrareformas Judiciales. 53**
Dr. Walter Guerrero Vivanco.
Profesor de la Cátedra de Derecho Penal en la Universidad Central del Ecuador.
Ex-Presidente de la Corte Suprema de Justicia.
Miembro de CLD.
- 5.- Gratuidad Limitada en el Sistema de Justicia. 89**
Dr. Teodoro Pozo Illingworth.
Magistrado del Tribunal Distrital Fiscal con sede en Cuenca.
- 6.- El Ministerio Público en el Ecuador. 101**
Dr. José García Falconí,
Ministro Juez de la Corte Suprema de Justicia.
- 7.- El Papel del Poder Judicial en la Aplicación del Derecho Ambiental y las Acciones de Interés Público. 115**
Dr. Santiago Andrade Ubidia.
Profesor de la Cátedra de Derecho Mercantil en la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE.
Director del Área de Derecho Económico en la Universidad Andina Simón Bolívar, Subsede Quito.
Miembro de CLD.

- 8.- Las Reformas Constitucionales y el Derecho del Trabajo.** 143
Dr. Julio César Trujillo Vásquez.
Profesor de la Cátedra de Derecho Laboral en la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE.
Director del Area de Derecho Constitucional de la Universidad Andina Simón Bolívar, Subsede Quito.
- 9.- La Constitución ante los Derechos Intelectuales.** 193
Lcdo. Juan Pablo Albán Alencastro.
Estudiante de de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- 10.- Imitación de Marcas de Fábrica.** 213
Dr. Roque Albuja Izurieta.
Profesor de la Cátedra de Derecho Civil en la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- 11.- El objeto del Derecho de Autor.** 225
Dr. Bernardo Tobar Carrión.
Especialista en Derechos de Autor.
- Informe de actividades de la AED 1996** 241

La Revista Ruptura ha sido, dentro de la Facultad de Jurisprudencia, símbolo del trabajo estudiantil y del permanente afán de las Asociaciones Escuela de brindar a la comunidad un aporte de alto nivel académico.

Hace algunos años este instrumento de difusión cultural, cuenta con el auspicio de la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo; auspicio que ha representado trabajo conjunto y control de todas las etapas de elaboración de la revista y que ha redundado, sin lugar a dudas, en el éxito y buen nombre de la misma.

Esta ocasión, la Asociación Escuela de Derecho 1996 se honra con la colaboración de la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, así como también el importante auspicio de la Fundación Konrad Adenauer; institución que abrió sus puertas a nuestro organismo estudiantil incluyendo a la revista Ruptura en su programación de labores, una vez que constató el aporte jurídico que ésta representa al país.

La presente edición, entrega a la comunidad un estudio profundo, enfocado desde diversos puntos de vista, de las nuevas instituciones creadas por la reforma constitucional promulgada en enero de 1996.

Cada una de estas instituciones engloban a su vez una serie de derechos y obligaciones que necesariamente, deben ser conocidos y estudiados, labor que enriquecerá a los lectores, gracias al invaluable punto de vista crítico, matizado en cada uno de los artículos, por sus autores; quienes son a su vez, importantes catedráticos de nuestra Universidad, y personalidades de nuestro país que han ganado su sitio gracias a un constante trabajo y esfuerzo en tareas como la que ahora presentamos.

Estoy seguro, que el presente texto jurídico cumplirá su misión formadora a la vez que complementará la biblioteca de quien la posea..

Lcdo. Pablo Dávila J.
Presidente AED, 1996.

La reforma constitucional de enero de 1996, constituyó uno de los acontecimientos más importantes de los últimos años, desde el punto de vista jurídico y político, ya que se establecieron algunos sustentos normativos básicos hacia un sistema real de derecho que garantice el respeto a las prerrogativas individuales y sociales de los habitantes de nuestro país. Además, esta reforma incorporó a nuestro ordenamiento jurídico varias instituciones que renovaron el panorama normativo ecuatoriano con miras al progreso y afianzamiento democrático en el Ecuador.

Sin embargo, el haber realizado esta reforma constitucional no significa que el proceso haya concluido, por el contrario, es un imperativo que demanda el comienzo de la tarea legislativa, pues, todas estas reformas ameritan un mayor desarrollo a través de la promulgación de legislación específica.

La creación de nuevas figuras como la Defensoría del Pueblo, el Recurso de Amparo, el Habeas Data, el Tribunal Constitucional, entre otras, requieren ser efectivamente reguladas mediante la promulgación de la legislación secundaria pertinente o la compatibilización de las normas existentes para recoger las modificaciones realizadas, tendientes a conseguir un sistema legal uniforme y sólido que vele por la observancia de los principios constitucionales.

En la siguiente fase de reforma, el Congreso Nacional deberá asumir la gran responsabilidad que comprende la elaboración de una serie de leyes. Esta compleja tarea legislativa es otro de los retos que impone la reforma estructural que debe enfrentar el país. Probablemente, la nueva legislación brindará la oportunidad para corregir y solucionar posibles falencias y llenar vacíos de la reforma constitucional. Lo fundamental es que exista una verdadera voluntad política para ir concretando un proceso de

transformación jurídica sobre bases sólidas y criterios técnicos válidos, más allá de “intereses políticos”.

Además, es necesario recordar que la promulgación de nuevas leyes o la incorporación de las reformas al ordenamiento jurídico existente, debe responder a un proceso serio y razonado que vincule a los diversos sectores sociales y políticos comprometidos en esta tarea, y que, además, considere las distintas alternativas que se puedan presentar en la elaboración de los proyectos de ley, en atención a las diferentes tendencias doctrinarias, los requerimientos de la realidad social y la conveniencia dirigida hacia los grandes intereses nacionales.

Por otro lado, se requiere que las alternativas de aplicación de tales reformas sean difundidas ampliamente en la sociedad civil y especialmente entre los agentes propulsores y con poder de decisión en lo referente a la legislación ecuatoriana, como son los diputados, el Ejecutivo, los partidos políticos y sus asesores. De este modo, aseguraremos la base para el trabajo legislativo posterior que logre la cabal aplicación del respeto a los derechos e instituciones consagrados en la Constitución vigente.

Es tiempo de fortalecer la conciencia de la sociedad civil, que debe participar como agente catalizador del desempeño de nuestros líderes políticos, y ejercer presión para que los órganos de poder, impulsen una reforma legislativa idónea, respaldada por la participación de juristas y profesionales que puedan asesorar en la elaboración de leyes que sean aplicables y que constituyan un verdadero beneficio para el país..

Esta obra recoge importantes criterios de juristas y estudiantes, sobre diferentes temas relacionados con la reforma constitucional y su futura aplicación. Estamos seguros que esta obra se convertirá en una valiosa fuente de consulta que permitirá una mejor comprensión de estas nuevas reformas.

ensayos

ENSAYOS

LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL EN 1996

15

Dr. Luis Fernando Torres Torres

1.- FIN DEL CONTROL LEGISLATIVO

El órgano legislativo tuvo, entre 1830 y 1992, potestad para controlar la constitucionalidad de los actos normativos con efectos generalmente obligatorios. Las constituciones del Siglo XIX le atribuyeron en forma implícita el control en abstracto al haber radicado en su seno la interpretación auténtica de la Ley Fundamental. Las constituciones del Siglo XX le reconocieron expresamente su calidad de árbitro inapelable en la determinación de la constitucionalidad de una ley o un acto administrativo.

Las reformas constitucionales de 1992 ⁽¹⁾ eliminaron el control legislativo e instauraron el control judicial. A una sala especializada de la Corte Suprema -la Sala de lo Constitucional se le transfirió el control en abstracto y la decisión en última instancia. El Tribunal de Garantías Constitucionales -órgano político-administrativo ajeno a la estructura judicial- retuvo su competencia para pronunciarse, en primera instancia, sobre la constitucionalidad de los actos normativos.

En la Constitución de 1979 la Corte Suprema tenía a su cargo el control de la constitucionalidad en primera instancia. En las reformas constitucionales de 1984 esta competencia pasó al Tribunal de Garantías Constitucionales. En 1992 no se modificó.

(1) R.O 93 23-12-1992

Luis Fernando Torres, El Control de la Constitucionalidad en 1992, en el Cambio ha comenzado, Municipio, Ambato, 1993, pp.125134.

El control de la constitucionalidad en concreto, esto es, la competencia de los jueces para declarar inaplicables en las causas sometidas a su resolución actos normativos contrarios a la Constitución ha variado significativamente durante la vigencia de la Constitución que entró a regir el 10 de Agosto de 1979. Hasta las reformas de 1984 solamente la Corte Suprema podía declarar inaplicables preceptos legales inconstitucionales. Hasta las reformas de 1992 lo podían hacer las salas de la Corte Suprema, del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y del Tribunal Fiscal. Y hasta las reformas de 1995, las salas de la Corte Suprema y los tribunales de última instancia, cuya decisión debía someterse a la resolución de la Sala Constitucional.

2.- AUGE DEL CONTROL JUDICIAL

Las reformas constitucionales de 1992 distribuyeron en dos etapas el control en abstracto. La primera a cargo del Tribunal de Garantías Constitucionales, órgano político-administrativo, sujeto a un trámite de carácter administrativo⁽²⁾ y con decisiones que se expresaban en actos administrativos. Y la segunda bajo la jurisdicción de la Sala Constitucional de la Corte Suprema, órgano judicial, sujeto a normas de procedimiento de los procesos judiciales y con competencia para dictar sentencias.

Las tensiones y contradicciones no demoraron en aparecer. Para el Presidente del T.G.C.⁽³⁾ la Sala Constitucional buscaba la simple verdad procesal mientras el Tribunal trataba de asegurar la verdad objetiva y la Sala debía limitarse a revisar resoluciones que no habían llegado a su conocimiento por apelación ni consulta. El activismo del Tribunal superó al de la Sala Constitucional. Se pronunció en un mayor número de asuntos y adoptó posiciones inéditas en temas tan conflictivos como la Ley Agraria y la Ley de

(2) Reglamento del Tribunal de Garantías 24-07-91. Reglamento de Trámite de Expedientes 27-06-91

(3) Ernesto López, Informe del T.G.C. al Congreso 1994-1995

(4) G.J.XVI, 3, p.798 y G.J.XVI, 2, p. 541

Libertad Educativa ⁽⁴⁾. Resistió las arremetidas no solamente de la Sala sino de la Corte Suprema al suspender parcialmente el Estatuto Transitorio de Control Constitucional ⁽⁵⁾ y haber obligado a la Sala a reconocer la inconstitucionalidad del artículo 26 de dicho Estatuto dictado por la Corte y que atribuía, en contra de las disposiciones constitucionales, el conocimiento de las quejas o demandas de amparo a un órgano distinto del T.G.C.

La Sala Constitucional intentó doblegar al Tribunal con el Estatuto Transitorio de Control Constitucional ⁽⁶⁾ y sentencias que revocaban sus resoluciones por razones procesales y de forma. Uno de los objetivos del Estatuto fue el de reglar competencias de los órganos estatales. Estableció con claridad que la Sala era un órgano de segundo grado y el Tribunal de primer grado. Incorporó a la Sala la competencia para conocer las resoluciones del Tribunal sobre quejas o demandas de amparo. Aseguró la competencia subsidiaria de la Sala para conocer los asuntos que no se encuentren atribuidos por ley al Tribunal. Limitó el ámbito de los recursos de queja y de las demandas de amparo a los derechos y libertades consagrados en la Constitución siempre que se encuentren protegidos por una ley. Enumeró restringidamente a los actores de demandas contra normas inconstitucionales. Y estableció un proceso judicial para resolver los asuntos de su competencia. Con el propósito de fortalecer a la Sala de lo Constitucional y someter al Tribunal la Corte dictó el Estatuto con disposiciones contrarias a la Constitución. Las reformas de 1992 le otorgaron a la Sala el control definitivo de la constitucionalidad de los actos normativos. Al Tribunal se le atribuyó una competencia exclusiva, conocer las quejas por violación de derechos. Y el Estatuto estableció, en este tema, una especie de competencia concurrente.

La Sala aprovechó los errores cometidos por el Tribunal para afirmar su condición de auténtico juez constitucional. Impidió que se suspendieran ordenanzas que no estaban todavía en vigen-

(5) Caso T.G.C. 73-93 (6) R.O. 176 26-04-93 (7) G.J. XVI, 2, p. 521 (8) G.J. XVI, 2, p. 517

cia ⁽⁷⁾, acciones de destitución ⁽⁸⁾, sentencias de deportación originadas en juicios penales especiales ⁽⁹⁾, actos administrativos constitucionales ⁽¹⁰⁾, asuntos de la jurisdicción civil ⁽¹¹⁾. Recordó que las leyes no caducan ⁽¹²⁾ y no tienen efecto retroactivo ⁽¹³⁾, los conflictos de normas del mismo rango se resuelven por las normas del Código Civil y prevalece la ley posterior y especial ⁽¹⁴⁾, si una ley es constitucional también lo es su reglamento de aplicación ⁽¹⁵⁾, el reglamento está sujeto al control de legalidad ⁽¹⁶⁾. Y nulificó resoluciones del Tribunal porque algunos de sus miembros no tenían título de doctor en jurisprudencia ⁽¹⁷⁾ o no se habían posesionado ⁽¹⁸⁾.

El activismo judicial de la Sala Constitucional se desarrolló en la defensa de las libertades económicas e individuales, la promoción de los derechos sociales y la modernización del Estado. En efecto, se pronunció en contra del abuso del poder económico ⁽¹⁹⁾, en defensa del derecho de propiedad ⁽²⁰⁾, por la libertad de comercio e industria ⁽²¹⁾, la libertad de empresa y de construcción ⁽²²⁾, la libertad para comercializar la tierra ⁽²³⁾, el derecho de asociación ⁽²⁴⁾ y la libertad religiosa ⁽²⁵⁾. Reconoció el derecho de los trabajadores para jubilarse cuando a bien tuvieren ⁽²⁶⁾, la exclusión de ciertos empleados del Código del Trabajo ⁽²⁷⁾, la expectativa de los trabajadores amparados por un contrato colectivo de beneficiarse con aumentos de sueldo adicionales ⁽²⁸⁾, la posibilidad de retirar los fondos de reserva con suficiente libertad ⁽²⁹⁾, no existen trabajos obligatorios ni gratuitos ⁽³⁰⁾, la estabilidad laboral frente a leyes económicas especiales ⁽³¹⁾ y la libertad académica para crear nuevas carreras ⁽³²⁾. Garantizó el control de los recursos públicos en entidades como el Seguro Social ⁽³³⁾, desconoció la existencia de sanciones sin fundamento legal ⁽³⁴⁾, aceptó la competencia de las FFAA para administrar con un régimen exclusivo a su personal ⁽³⁵⁾,

(9) G.J. XVI, 2, p. 512 (10) G.J. XVI, 2, p. 514 (11) G.J. XVI, 2, p. 516 (12) G.J. XVI, 4, p. 1062 (13) G.J. XVI, 4, p. 1058 (14) G.J. XVI, 4, p. 1067 (15) G.J. XVI, 4, p. 1075 (16) G.J. XVI, 1, p. 176 (17) G.J. XVI, 1, p. 167 (18) G.J. XVI, 2, p. 531 (19) G.J. XVI, 2, p. 525 (20) G.J. XVI, 1, p. 172 (21) G.J. XVI, 1, p. 172 (22) G.J. XVI, 4, p. 1065 (23) G.J. XVI, 2, p. 541 (24) G.J. XVI, 3, p. 822 (25) G.J. XVI, 3, p. 798 (26) G.J. XVI, 2, p. 523 (27) G.J. XVI, 2, p. 509 (28) G.J. XVI, 3, p. 809 (29) G.J. XVI, 3, p. 812 (30) G.J. XVI, 4, p. 1060 (31) G.J. XVI, 2, p. 508 (32) G.J. XVI, 2, p. 518 (33) G.J. XVI, 2, p. 182 (34) G.J. XVI, 3, p. 807 (35) G.J. XVI, 3, p. 815

mantuvo excluida de la jurisdicción contencioso administrativa a la Fuerza Pública ⁽³⁶⁾, declaró sin valor tributos municipales por no haber cumplido requisitos de ley ⁽³⁷⁾, consagró la competencia presidencial para fusionar entidades públicas ⁽³⁸⁾ y la autonomía de los organismos seccionales⁽³⁹⁾, cuestionó regulaciones de la Junta Monetaria ⁽⁴⁰⁾.

No existen evidencias que las salas de la Corte Suprema o algún tribunal de última instancia haya enviado a la Sala Constitucional una sentencia en la que el juez ha declarado inaplicable un precepto legal. Entre 1993 y 1995 la Sala no tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el control en concreto.

3.- EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Las reformas constitucionales de 1995 ⁽⁴¹⁾ sustituyeron a la Sala Constitucional y al Tribunal de Garantías Constitucionales por el Tribunal Constitucional, órgano especializado e independiente, con competencia para resolver problemas de carácter político ⁽⁴²⁾. Tampoco se discutió la reforma en el Congreso que resulta imposible encontrar en las actas de los debates parlamentarios re-ferencias a la naturaleza del Tribunal.

En Estados Unidos el control de la constitucionalidad está descentralizado. No nació de un texto constitucional o legislativo sino de los mismos jueces. En Europa está centralizado en una corte constitucional. Las constituciones lo han instituido. En el modelo norteamericano el control es difuso y en el europeo es concentrado. El Tribunal Constitucional ecuatoriano ejerce un control concentrado claramente determinado en el texto constitucional.

Este admite, sin embargo, una especie de control difuso

(36) G.J. XVI, 3, p.819 (37) G.J XVI, 4, p. 1055 y G.J. XVI, 1, p.175 (38) G.J. XVI, 4, p.1072
 (39) G.J. XVI, 1, p.175 (40) G.J. XVI, 1, p. 181 y G.J. XVI, 1, p.172 (41) R.O. 863 16-01-96 R.O.
 969 18-06-96 (42) Luis Fernando Torres, El Control de la Constitucionalidad en el Ecuador, PUCE,
 Quito, 1987, pp. 112-114

cuando faculta a ciertos jueces -salas y la de la Corte Suprema y tribunales de última instancia- declarar inaplicables en las causas que conocieren los preceptos legales contrarios a la Constitución. El pronunciamiento del Tribunal Constitucional en este caso sólo puede tener un efecto general.

Cappelletti ⁽⁴³⁾ formula algunas preguntas: cómo se justificaría la legitimidad de un órgano ajeno al legislativo que puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes?, quién controla al contralor?, es posible contener la tendencia a la politización del contralor de la constitucionalidad? Y destaca que la justicia constitucional es necesaria para equilibrar el crecimiento de los órganos legislativo y ejecutivo ⁽⁴⁴⁾. Ante la difusión en el mundo y no sólo a nivel de los estados sino de entidades supranacionales ⁽⁴⁵⁾ de órganos encargados de velar por la supremacía constitucional y comunitaria han surgido más preguntas: puede el juez constitucional interpretar la Constitución en forma constructiva o no aplicarla? Puede descubrir principios y aplicarlos en ausencia de una norma dada? Qué norma constitucional debe aplicar? La que privilegia el interés general o las libertades individuales? Esta oposición latente abre al juez un gran poder de interpretación ⁽⁴⁶⁾.

El Tribunal constitucional no pertenece a la Función Judicial. Es independiente de ella. En la Constitución tiene su lugar y su propia clasificación. Resuelve en última y definitiva instancia y con efectos generales la constitucionalidad de las leyes y de los actos administrativos. Y tiene más competencias para resolver otros problemas políticos, entre ellos, los conflictos de

(43) Mauro Cappelletti, *The Expanding Role of Judicial Review in Modern Societies*, in *The Role of Courts in Society*, ed. Shimon Shetreet, Martinus Nijhoff, The Netherlands, 1988

(44) Mauro Cappelletti, *Necessite et Legitimite de la Justice Constitutionnelle*, en *Cours Constitutionnelles Europeennes et Droits Fondamentaux*, ed. Louis Favoreau, Economica, Paris, 1982

(45) Luis Fernando Torres, *Las Cortes de Justicia y la Integración Política en la CEE*, el Pacto Andino, EEUU y Argentina, en *Integración, Estado y Democracia*, Hanns Seidel, Quito, p.24

(46) Yann Aguila, *Cinq questions sur l'interpretation constitutionnelle*, *Revue française de Droit Constitutionnel*, No. 21, 1995

competencia entre órganos del Estado, las objeciones de inconstitucionalidad realizadas por el Presidente en el proceso de formación de las leyes. En el ámbito jurídico se le ha atribuido la competencia para conocer las resoluciones que denieguen los recursos de hábeas corpus y de Amparo y las consultas y apelaciones en este último caso. Al Tribunal no se podría acudir directamente cuando se han violado los derechos fundamentales. Casi todas las competencias tratan de la estructura constitucional. “Las declaraciones de derechos no son una condición necesaria de las constituciones. Una Constitución sin esas declaraciones es Constitución. No lo es cuando carece de la estructura de gobierno. Las constituciones son procedimientos para controlar el ejercicio del poder. Su contenido debe ser neutral” (47). Parece que el constituyente creó un Tribunal para resolver los problemas originados en una estructura de gobierno altamente conflictiva.

La Constitución tiene algunas deficiencias. Establece dos efectos para los mismos actos normativos. Un decreto es un acto administrativo que, de ser inconstitucional, quedaría suspendido. Los actos administrativos -y entre ellos los decretos- que sean declarados inconstitucionales quedan revocados. El Art. 175, en sus numerales 1 y 2, presenta estas contradicciones. El control previo de la constitucionalidad, tal como se encuentra concebido en el numeral 4 de dicho artículo, abriría el camino para disputas con el Presidente. Qué sucedería si el Presidente objeta una ley y el Tribunal desecha el veto presidencial? Entra en vigencia la ley? Finalmente, qué se ha de entender por conflictos de competencia o atribuciones al tenor del numeral 5?

Resulta antidemocrática la discriminación que realiza el artículo 177 para la presentación de demandas de inconstitucionalidad. Porqué el Presidente puede presentar demandas solamente en el caso previsto en el numeral 1 del Art. 175 mientras el

(47) Giovanni Sartori, *Comparative Constitutional Engineering*, Macmillan, London, 1994, p. 198

Congreso lo puede hacer en los casos de los numerales 1, 2 y 3? Porqué los organismos seccionales pueden presentar demandas únicamente en los casos establecidos en los numerales 2 y 5? Porqué se exige que exista el informe favorable del Defensor del Pueblo para que las demandas de inconstitucionalidad presentadas por más de mil ciudadanos puedan ser conocidas por el Tribunal?

Es un acierto que se haya creado un Tribunal Constitucional para que ejerza la jurisdicción constitucional. Si bien una Sala especializada al interior de la Corte Suprema puede cumplir un rol semejante al de un Tribunal Constitucional la verdad es que se politiza la Corte y se reduce la independencia. El control de la constitucionalidad ha pasado en cuatro años del Congreso a la Sala Constitucional de la Corte Suprema y de allí a un Tribunal especializado. Ojalá en el futuro no se produzcan mayores cambios y el Tribunal Constitucional se institucionalice para proteger las libertades y asegurar la continuidad del sistema democrático.

Lcdo. Franco Sánchez Hidalgo¹

El Congreso Nacional del Ecuador en el proceso de Reformas a la Constitución que patrocinó el Presidente de la República, Arq. Sixto Durán Ballén, a través de la Consulta Popular del 28 de agosto de 1994, en la cual el Pueblo se pronunció mayoritariamente a favor de una reforma, ha aprobado las normas correspondientes al Recurso de Amparo y que se transcriben a continuación:

“Art. ... Toda persona podrá acudir ante los órganos de la Función Judicial que la ley designe y requerir la adopción de medidas urgentes destinadas a hacer cesar, o evitar la comisión, o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto ilegítimo de autoridad de la administración pública violatorio de cualquiera de los derechos constitucionales y que pueda causar un daño inminente, a más de grave e irreparable.

Para este efecto no habrá inhibición del juez que deba conocer del recurso, ni obstarán los días feriados.

El juez convocará de inmediato a las partes para ser oídas en audiencia pública dentro de veinticuatro horas y al mismo tiempo, de encontrarlo fundado ordenará la suspensión de cualquier acción actual o inminente que pudiera traducirse en violación del derecho constitucional.

Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes el juez dictará su resolución, la cual será de inmediato cumplimiento.

(1) Director Técnico de la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo. Extracto de la ponencia presentada en el “Tercer Curso de Especialización en Derecho” organizado por la Universidad Nacional de Loja por el Centenario de creación de la Facultad de Derecho.

La providencia de suspensión será obligatoriamente consultada, para su confirmación o revocatoria ante el cual procederá el recurso de apelación por la negativa de la suspensión, debiendo, en ambos casos, el Juez remitir de inmediato el expediente al superior.”²

El Recurso de Amparo en el Ecuador es una figura nueva a nuestra tradición constitucional³. Nace de la necesidad de dar una protección o tutela⁴ al individuo frente a las decisiones de la Administración, o actuaciones administrativas, tanto nacionales (Presidencia, Ministerios y demás instituciones del Estado), como locales (municipalidades y concejos provinciales). El propósito de este ensayo es el de analizar: historia del recurso de Amparo o Tutela, concepto y caracterización; la acepción de la figura en países vecinos en que fuera creada recientemente, especialmente Colombia y Costa Rica; y el análisis de las normas ecuatorianas en debate con énfasis en el procedimiento previsto.

1. Reseña histórica⁵.- El amparo constitucional tiene los siguientes antecedentes:

Roma

El primer medio -limitado- de defensa contra el abuso de la autoridad se estableció en Roma a través de la *intercessio*. En una segunda etapa se añade durante el derecho pretoriano una segunda

(2) Texto tomado del proyecto de Reformas a la Constitución elaborado por la Comisión de Asuntos Constitucionales y aprobado en segundo debate en la sesión del Congreso Extraordinario del 21 de diciembre de 1995 y publicado en el R.O. 863 del 16 de enero de 1996.

(3) Vale la pena recalcar que la novedad no consiste en el amparo como tal, puesto que en el Ecuador existen diversos tipos de Amparo, como el Habeas Corpus, Habeas Data, el Recurso de Amparo en el procedimiento penal ante las cortes superiores y también el amparo administrativo. La figura es nueva puesto que se refiere a la protección de los derechos individuales directamente por parte del ofendido y acercando la posibilidad de su observación.

(4) El recurso de amparo es expresado en la Constitución colombiana como Tutela constitucional en el Art. 86.

(5) ESCOBAR, Iván, "El Amparo" Ed. TEMIS, Bogotá, Colombia, 1990. Resumen del Capítulo I "Reseña Histórica del Amparo" pp. 1-29.

figura, esta vez en contra de los particulares por la detención ilegal de una persona⁶, **del *homo libero exhibendo***.

Inglaterra

La Carta Magna de Juan Sin Tierra del 11 de febrero de 1215 y las normas siguientes consagran el principio procesal del *habeas corpus*, para garantizar la legalidad de las detenciones por parte de justicia penal, además recogen la figura romana del *homo libero exhibendo*. Principios que fueron recogidos en 1679 y formaron Estatuto.

España

En España desde el año 1700 a través de los procesos forales de manifestación y aprehensión de personas se configura el *habeas corpus*.

Francia

Después de la revolución francesa de 1789 se crea el jurado constitucional encargado de conocer de las violaciones a la Constitución como de los derechos de los particulares.

Estados Unidos

Desde los inicios de formación de este país se crea procedimientos variados para la protección del cumplimiento de la Constitución, a saber:

a) *Writ of error*: Mandamiento del juez superior al inferior cuando no se había aplicado de manera preferente la Constitución.

(6) Recordaremos que en el derecho romano una persona podía detener a su deudor por incumplimiento de sus obligaciones.

b) *Writ of injuction*: El agraviado pide dentro del juicio que suspenda o declare inconstitucional⁷ normas o actos de autoridad en materia civil o administrativa. Este precepto se ha desarrollado en la actualidad convirtiéndose en control constiucional difuso.

c) *Writ of mandamus*: Cumple las mismas funciones del anterior sino que en vez de prohibir tiene como mandato el ordenar la realización de un acto.

d) *Writ of habeas corpus*: Recurso copiado de Inglaterra sobre la libertad de las personas.

e) *Apelación certiorari, certification of questions*: Es la facultad de la Corte Suprema de revisar las desiciones de los conflictos sobre la interpretación de la Constitución de las Cortes Estatales y Federales.

México

México se ha constituido el ejemplo latinoamericano de la evolución del recurso de amparo, puesto que desde 1824 se introducen normas referentes a las infracciones de la Constitución. En 1836 se establece el control constitucional de las normas y de los actos administrativos del Poder Ejecutivo. En las constituciones de 1842, 1857 y 1917 se establece y perfecciona el control de la Constitucionalidad y de la defensa de los derechos fundamentales. En este aspecto Mexico establece para la Corte Suprema el control de la legalidad contituyendo así en amparo-casación.

2. Generalidades y Concepto.- El recurso de amparo tiene dos etapas de evolución desde la revolución francesa. La una es la doctrina norteamericana del *judicial review* con fundamento en el

(7) Al suspender los actos administrativos o declarar la inconstitucional de normas se limita la ejecución o mandamiento de las leyes y se prohíbe la realización de los actos administrativos.

control difuso de la constitucionalidad⁸, y la segunda, es la que se había fundamentado en el derecho romano, acción directa ante el Poder Judicial y que se desarrolló en México desde 1847.

Por lo expresado anteriormente, vale la pena mencionar los conceptos básicos para la aplicación del recurso de amparo:

En primer lugar es el Poder Judicial el llamado a intervenir, y lo hace en virtud de guardar o tutelar un derecho; es decir lleva la posibilidad del dictado de un acto precesal protector.⁹ A criterio de Rivas, es entonces, cualquier forma de intervención procesal para dar solución a un conflicto de intereses, y toda vía procesal utilizada para el efecto, es una vía de amparo. Sin embargo, el término amparo o tutela se utiliza en la actualidad para determinar en sentido específico a la actuación del Poder Judicial, a petición de parte, cuando se incurre en violaciones de los derechos fundamentales de las personas, actos que provengan de la administración central, de los gobiernos seccionales e incluso de los particulares. Este recurso se puede plantear por la acción u omisión de actos que atenten contra los derechos, libertades y garantías individuales y según la teoría moderna a los derechos colectivos o difusos como el medio ambiente.

3. Experiencia de países vecinos: Vale la pena recalcar la importancia que ha tomado esta figura en países vecinos al Ecuador y que serán tomados como ejemplo para nutrir la nueva figura. Tuvimos la oportunidad de visitar y conversar con los magistrados de la Corte Constitucional de Colombia¹⁰ y de la Sala Constitucional de Costa Rica sobre la evolución del Recurso de Amparo y su aplicación en éstas legislaciones.

(8) El control difuso de la constitucionalidad se puede presentar en un proceso como excepción de inconstitucionalidad que deriva como tal en una desición judicial. Suspendiendo para el caso concreto la norma inconstitucional. Este sistema ha sido adoptado por el Common Law. Nuestra Constitución permite el control difuso desde 1992 en las reformas a la Constitución, pero atribuyendo esta facultad a las cortes superiores y a la Corte Suprema de Justicia.

(9) RIVAS, Adolfo Armando, "El Amparo", Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1990, pp. 35.

La nueva Constitución Política de Colombia dictada en 1991 mediante Asamblea Constituyente estableció la acción de tutela, o recurso de amparo, que permite a los ciudadanos colombianos proponer ante cualquier juez, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares.¹¹ Incluso la Corte Constitucional mediante sentencias ejecutoriadas y ejecutadas hasta hace un año había llevado las acciones de tutela contra decisiones de la Corte Suprema y el Consejo de Estado.¹² Como un alcance de esta reforma introducida en 1991 sobre la aplicación de esta figura en Colombia, ha surgido de los catedráticos y constitucionalistas de ese país un comentario digno de rescatar, en él se menciona a la acción de tutela como: “la figura que acercó la Constitución al pueblo, bajándola de sus altos estratos académicos a su aplicación práctica y directa con el único requisito de sentir que uno de sus derechos establecidos por la Constitución se vean amedrentados”.

De igual manera la Corte Suprema de Costa Rica a través de la Sala Constitucional tiene similares facultades al texto aprobado por el Ecuador y al Colombiano. Vale la pena mencionar esta sala

(10) Visita de observación a Colombia, Costa Rica y Puerto Rico en Enero y Febrero de 1995, y que fuera patrocinada por el Grupo de Trabajo Conjunto del Sector Judicial Ecuatoriano, financiado por USAID-Ecuador en Convenio Cooperativo con el Gobierno del Ecuador. A la visita asistieron los magistrados doctores Carlos Romo Morán, Jaime Espinosa Ramírez, ministros jueces de la Corte Suprema de Justicia; Dra. Mariana Yépez Andrade, ministra juez de la Corte Superior de Quito; Drs. Jorge Cevallos y Fernando Toledo de la Presidencia de la República; Dr. Jaime del Pozo, Director de Asesoría Jurídica de la Procuraduría General del Estado; Dr. José García Falconí, ministro fiscal de Pichincha; y con la Coordinación de la Cooperación Latinoamericana para el Desarrollo a través de Franco Sánchez, Director Técnico.

(11) La acción de tutela se halla regida por los decretos 2591 de noviembre de 1991 y 306 de febrero de 1992 y su base constitucional se halla expresada en el Art. 86 de la Constitución Política de Colombia.

(12) La estructura jurisdiccional de Colombia se compone de varias corporaciones, estas son: Corte Suprema de Justicia con jurisdicción ordinaria civil y laboral, el Consejo de Estado que tiene jurisdicción en el ámbito contencioso administrativo y tributario, la Corte Constitucional con jurisdicción para el control de las demandas constitucionales y las instancias superiores de las acciones de tutela, y el Consejo Nacional de la Magistratura, máximo organismo de administración del Poder Judicial.

por su gestión gerencial para administrar los recursos de amparo que llegan a sus oficinas. La Sala resuelve cerca de diez mil causas al año, estableciendo un record en despacho judicial en el mundo. Las causas de amparo que se llevan a trámite en Costa Rica al igual que las acciones llevadas por Colombia ha permitido un desarrollo en el ámbito constitucional sin precedentes, han llevado a estos pueblos a rediseñar su estructura administrativa y ha frenado los abusos, tanto del Estado como de los particulares sobre los derechos y garantías de las personas.

4. El recurso de amparo en el Ecuador, amplitud y procedimiento: Para el Ecuador, de lo visto anteriormente, constituye un reto el desarrollar esta nueva forma de ver los derechos y garantías de las personas, y de su real protección.

Los puntos fundamentales que deben tomarse en cuenta para la aplicación de esta figura serán expuestos a continuación en resumen, el objeto de este trabajo es desarrollar ideas que nos permitan estudiar a profundidad estos temas de difícil comprensión:

a) Jurisdicción y competencia para conocer el recurso de amparo: Antes de empezar el estudio de este literal quisiéramos analizar las normas de la Ley de la Judicatura de Puerto Rico:

Una de las teorías más interesantes aplicadas sobre la jurisdicción y competencia de los jueces es sin duda la que se halla vigente en Puerto Rico¹³. **El criterio de unidad de jurisdicción** a que se rige el juez que es nombrado permite flexibilidad en las tareas judiciales. Para comenzar todo juez es Juez Constitucional primero antes de cualquier jurisdicción especial, lo cual le obliga a aplicar la Constitución para el caso concreto sobre cualquier norma legal, de igual manera cualquier reclamo o recurso de amparo es conoci-

(13) Este principio se aplica a los países del sistema de Common Law, pero Puerto Rico tiene una mezcla cultural y científica que nos permite analizar un sistema mixto en el que se puede apreciar muchos elementos del sistema Continental.

do por cualquier juez o tribunal. No puede excusarse de conocer un caso por falta de ley que reglamente la Constitución, caso contrario sería destituido.

Este principio fue recogido por el Art. 21¹⁴ de la codificación de la Constitución del Ecuador ultimamente reformada, que faculta a los ciudadanos a invocar ante cualquier juez las violaciones a la Constitución.

Sorprendentemente, la Corte Suprema de Justicia del Ecuador en vez de velar por la tutela y defensa de los derechos individuales de las personas, ha dictado una resolución que en la práctica impide que la Función Judicial pueda conocer del Recurso de Amparo, apartándose de toda doctrina y de toda lógica para favorecer a ciertos sectores.

El recurso de amparo en el Ecuador puede, es nuestro criterio, ser presentado a cualquier juez o tribunal, e incluso ante las cortes suprema y superiores puesto que es un auxilio inmediato ante una violación de los derechos constitucionales y ningún juez puede negarse a tutelar esos derechos.

Por otro lado, sería impráctico e irrealizable el pensar en jueces especiales para el conocimiento de las causas constitucionales puesto que la Función Judicial o el Tribunal Constitucional no cuentan con los medios económicos, ni administrativos, ni de personal necesarios para atender esas causas a través de nuevas judicaturas.

Además, el Art. 21 de la Constitución da la pauta para la creación de la jurisdicción y competencia que recaería en todos los jueces para el caso del Recurso de Amparo. En Colombia cualquier juez o tribunal es competente para evacuar las tutelas que

(14) "Art. 21.- Los derechos y garantías consagradas en esta Constitución son plenamente aplicables e invocables ante cualquier juez, tribunal o autoridad pública."

llegaren a su conocimiento. En Costa Rica es la propia Sala de la Corte Suprema de Justicia la que conoce y resuelve de los recursos de amparo. (Circunstancia especial puesto que el territorio de Costa Rica y su población son reducidas, además del sistema gerencial de administración de causas mencionado.).

La doctrina constitucional de los países de Latinoamérica y de los que siguen el sistema continental han designado a los jueces de todas las jurisdicciones especiales para que conozcan de causas constitucionales sea por vía directa, sea esta de amparo o de inconstitucionalidad, o por excepción¹⁵.

En conclusión, la competencia para conocer del Recurso de Amparo en primer nivel la tiene actualmente cualquier juez o tribunal e inclusive la Corte Suprema, los tribunales distritales, las cortes superiores, los tribunales penales y todos los jueces especiales de cualquier materia, al tenor de el Art. 21 vigente de la codificación de la Constitución Política del Estado.¹⁶

La competencia sobre las consultas o apelaciones, que veremos más adelante, la tiene el Tribunal Constitucional.¹⁷

b) Procedimientos para llevar un amparo constitucional:

(15) La excepción de inconstitucionalidad puede ser presentada en un juicio como una excepción más dentro del proceso y el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre el la inaplicabilidad de la norma para el caso concreto y remitirla al Tribunal Constitucional para que la declare con carácter vinculante erga homines. El artículo 173 de la Constitución ecuatoriana faculta a la Corte Suprema de Justicia y a las cortes superiores a evacuar esas excepciones de inaplicabilidad de normas por inconstitucionales y remitirlas al Tribunal Constitucional para su definición final.

(16) El Título I de la Tercera parte de la Constitución que versa de la Jerarquía y Control del Orden Jurídico y específicamente en la Sección I en donde claramente se establece la Supremacía de la Constitución como Ley suprema del Estado, por lo que una interpretación de la Corte Suprema de Justicia no tiene ningún valor frente a norma expresa de la Constitución sobre la competencia de todos los jueces y niveles para conocer del Recurso de Amparo. El pretexto de la norma secundaria para aplicar un derecho de los ciudadanos mata al Derecho y a su aplicación viva dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

(17) Si el Tribunal Constitucional Colombiano no se pronuncia en treinta días sobre cualquier tema entre ellos sobre las consultas o recursos que pesen sobre las tutelas o recursos de amparo, la sala del Tribunal queda cesante de sus funciones. Único medio para que se haga cumplir la ley.

Como siempre las experiencias de otros países cercanos a nuestra realidad nos nutren doctrinaria y pragmáticamente sobre los procedimientos y aplicación de la ley, sobre todo cuando son nuevas y polémicas. Para empezar a analizar este tema nos permitiremos recordar que el Amparo ecuatoriano se dirige a frenar a los funcionarios públicos de cometer actos que atenten contra cualquiera de los derechos constitucionales. Los actos de los funcionarios pueden ser de acción o de omisión, de esta manera cualquier acción en contra de particulares deberá ser dirigida a los funcionarios públicos primero para que actúen en contra del particular y de no realizar ninguna acción entonces presentar un amparo por omisión contra el funcionario público y de esta manera frenar el abuso contra los derechos constitucionales por parte de los particulares.

Como todos sabemos la Constitución en el Art. 133 establece que la competencia se radica por sorteo diario, de acuerdo al reglamento vigente para el efecto que dictó la Corte Suprema de Justicia. Es de suponer entonces que las demandas de amparo deberán ser presentadas a la sala de sorteos de la respectiva Corte en donde existan, o directamente ante el juez de cualquier materia en caso de que no se deba establecer por sorteo por no existir más de dos juzgados en esa materia. Una vez radicada la competencia mediante el sorteo, o por la prevención de la causa, el juez no podrá inhibirse según lo establece el propio Art. 31 de la Constitución y serán, para el efecto, todos los días y horas hábiles hasta que se resuelva el amparo.

Existen, como es obvio, muchas dudas sobre la competencia de los jueces en el recurso de amparo, especialmente porque la distribución de la competencia se la hace en razón de la materia. Pero, para decidir sobre una causa constitucional, según lo establece la doctrina y el Art. 21 de nuestra Constitución, basta tan solo ser juez de la República del Ecuador y por tanto hallarse investido de

la delegación Constitucional del pueblo para impartir justicia.¹⁸ Es razonable que las causas de amparo se presenten de preferencia a un juez afín a la materia, pero no es indispensable.

Para explicar de mejor manera el procedimiento nos hemos planteado las siguientes preguntas:¹⁹

1. Qué es el Recurso de Amparo?

El Recurso de Amparo es un mecanismo ágil, sencillo y eficiente para prevenir o remediar las violaciones a los derechos de los ciudadanos, establecidos en la Constitución.

Cuando una autoridad de la administración pública ha cometido un acto ilegítimo que viole cualquiera de los derechos constitucionales y, por esta causa, nos vemos afectados por un acto inminente, grave e irreparable, podemos exigir el restablecimiento de estos derechos solicitando un **Recurso de Amparo**.

Por lo tanto, el acto violatorio debe cumplir las siguientes condiciones:

- Que el acto sea **inminente**: es decir que el acto se este produciendo o este por producirse.
- **Grave**: el acto produce un daño de considerable magnitud.

(18) Vale la pena recalcar la soberanía de la que gozan los jueces al impartir justicia, puesto que representan al Estado ecuatoriano en cada una de sus decisiones judiciales. Se duda mucho sobre la idoneidad de los jueces, para ello no hay que amputar las instituciones jurídicas establecidas en la Constitución, sino reformar la forma de designación de los jueces, dotarles de estabilidad y establecer la carrera judicial. Más información sobre el tema se puede consultar en Valeria Merino y Franco Sánchez, "El proceso de reforma constitucional y el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador", Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, Quito, 1995. También se puede consultar aspectos sobre corrupción en el sistema Judicial en: Edgardo Buscaglia y Franco Sánchez, "El Sistema Judicial: Libro de Fuentes sobre Corrupción e Islas de Integridad" Transparencia Internacional (TI), Transparencia Internacional Caspítulo Latinoamérica y el Caribe TI-LAC) ed, por TI-LAC en 1997, Quito, Ecuador.

(19) Preparado por Alicia Arias Salgado, Funcionaria de la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo.

- **Irreparable:** es decir que no existe posibilidad de volver las cosas al estado anterior en que se encontraban antes de que el acto se haya producido o este por producirse.

* En este punto sería conveniente explicar que debe entenderse como autoridad de la administración pública?

2. Para qué sirve este Recurso?

Este recurso sirve para solicitar, a las autoridades, que se tomen medidas urgentes, destinadas a: hacer cesar, evitar la comisión, o remediar inmediatamente las consecuencias del acto violatorio.

Para comprender con mayor facilidad las ventajas de este recurso analizaremos el significado de cada una de estas medidas:

Hacer cesar: La violación ya ocurrió, y generó un perjuicio. Por tratarse de un hecho pasado, los efectos deben persistir al momento de instaurar la acción y se solicitará suspender el acto inmediatamente.

Evitar la comisión: La violación no se ha generado, pero existen hechos indicativos de que sucederá. Esta situación debe ser de posible comprobación para que se pueda concluir que realmente se encuentra la persona ante un peligro inminente.

Remediar: El acto ya sucedió, se solicita que el agraviado que sufrió el daño a causa de ese acto, vuelva a tener el pleno goce de su derecho.

3. Quién puede presentar un Recurso de Amparo?

Puede presentarlo cualquier persona, que haya sido afectada por la violación de un derecho constitucional. Sin necesidad de un abogado.

4. Ante quién se debe presentar este Recurso?

De conformidad con el Art. 31 de la Constitución Política del Ecuador, este recurso puede presentarse ante cualquier juez o tribunal, e incluso ante las Cortes Suprema y Superiores ya que su objetivo, es brindar un auxilio inmediato a los ciudadanos, cuando un derecho constitucional ha sido violado.

5.Cuál es el trámite que debo realizar para solicitar un Recurso de Amparo?

a. Presentar la demanda de amparo ante cualquier juez del país.

Recuerde que el juez no puede negarse, por ninguna circunstancia a conocer el recurso de amparo, ni aún en el caso de que se trate de un día feriado.

La demanda de amparo debe ser lo más clara posible y contener la siguiente información:

1. La acción violatoria motivo por la cual se presenta el recurso de amparo
2. El derecho que se considera violado o amenazado.
3. El nombre de la autoridad pública que ha cometido la amenaza o el agravio.
4. La descripción de las circunstancias importantes por las que se presenta el recurso de amparo.
5. El nombre y lugar de residencia del solicitante.

La demanda de amparo no requiere ninguna formalidad especial ni es necesario presentarla a través de un abogado.

El juez debe suspender provisionalmente el acto reclamado, desde el momento en que se presente la demanda de

b. El juez tiene 24 horas para llamar de inmediato a las partes para ser escuchadas en una audiencia pública. En esta audiencia usted podrá explicar los motivos por los cuales presentó el recurso de Amparo.

c. Dentro de las 48 horas siguientes el juez debe dictar su resolución.

Si el juez en su resolución acepta el recurso de amparo, debe garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho y, prevenir a la autoridad pública para que no incurra nuevamente en las acciones que originaron el recurso de amparo.

d. Una vez dictada la resolución por parte del juez, si esta es aceptada, deberá remitirla al Tribunal Constitucional para que la ratifique o la niegue. Si la resolución del juez niega el recurso de amparo esta puede ser apelada ante el Tribunal Constitucional por parte del Particular.

La actuación del Tribunal Constitucional, garantiza que las suspensiones por parte de los jueces se ciñan a la Constitución y a la ley, y además es el ente regulador de los abusos de la Función Judicial al no conceder este recurso. Cabe recalcar que el Tribunal Constitucional es juez Constitucional de último grado y sobre sus decisiones no existe recurso alguno.

e) **Conclusiones:** Como primera conclusión debemos anotar la necesidad de una ley que regule el recurso de amparo para que no exista duda sobre la aplicación de esta figura en el Ecuador y que necesariamente faculte a todos los jueces a conocer y resolver sobre los recursos de amparo.

Reconocemos, además, la necesidad de difusión por todos

los medios posibles para el conocimiento y aplicación de esta figura que incluya a jueces, abogados y demás usuarios del sistema judicial y sobre todo a la ciudadanía para que no mal interprete y use adecuadamente el Recurso de Amparo.

Otra de las conclusiones importantes es el reconocer como valiosa la iniciativa del Congreso Nacional al introducir una figura trascendental para el desarrollo constitucional ecuatoriano y que garantiza por primera vez el cumplimiento de los derechos constitucionales individuales que están teniendo una gran acogida en el foro internacional y que el Ecuador tiene ahora el gran reto de llevarlo a la práctica.

Dra. Lucía Vaca Moreno

Para hablar sobre el Ombudsman, Comisionado Parlamentario, Mediador, Procurador de los Derechos Humanos, Procurador de los Habitantes o Defensor del Pueblo, como lo conocemos aquí, es necesario abandonar por un instante la rigurosidad que caracteriza las actuaciones cotidianas de los abogados, tan ceñidas al derecho, tan amparadas en las normas, tan conocedoras de las jugadas en el enorme tablero de ajedrez que es el ejercicio de esta profesión. Es necesario volver por un instante a la clase de propedéutico y recordar la primera clase de introducción al derecho, cuando aprendíamos que la ley no siempre es sinónimo de justicia, que este concepto tan grande, abarca mucho más que un escueto párrafo escrito en un código. Que el valor de la ley no es absoluto ni tiene vigencia por sí mismo, que es tan sólo, una creación humana, un intento de realización de “lo justo”, que busca asegurarnos a todos los miembros de la comunidad, un convivir ordenado y en la medida de lo posible, pacífico.

El Defensor del Pueblo es una de las instituciones jurídicas creadas por la última reforma constitucional y quizás también, una de las más interesantes por su vinculación con temas tan profundos e importantes como los derechos del ciudadano común y corriente, con la importancia del papel que juega en la toma de decisiones, con el nivel de compromiso que siente hacia la sociedad, y con la necesidad de protegerlo de las situaciones que aunque no lleguen a ser ilegales, de alguna manera son injustas o poco equitativas. Situaciones que muchas veces son causadas por el mismo Estado, o más propiamente, por la Administración Pública.

La ocasión para hablar del tema resulta oportuna, no sólo por su reciente incorporación a la Constitución ecuatoriana y por

la necesidad urgente de comenzar a trabajar en una Ley Orgánica que regule su funcionamiento; sino porque en verdad esta es una oportunidad para reflexionar sobre algunos aspectos de total actualidad a los que alude esta figura, y también para proponer soluciones sencillas y creativas a algunos de nuestros problemas.

Ninguno de los elogiosos calificativos que ha recibido la institución, sobre todo en los últimos años, es gratuito. Aunque creo que cuando el Rey Carlos XII de Suecia decidió en 1713 nombrar a una persona para que controle que los funcionarios del reino cumplan eficientemente con las funciones a ellos encomendadas, nunca se imaginó que el Ombudsman -como terminó llamándose ese cargo-, iba a ser un tema de actualidad en los albores del siglo veintiuno. Este incipiente concepto sería más tarde -fundamentalmente a partir de la década de 1950, que es cuando se ve la etapa más fuerte de su expansión en el mundo- un instrumento expedito para mejorar y depurar las imperfecciones de los diversos sistemas democráticos.

La figura del Ombudsman o Defensor del Pueblo, nombre que heredamos de España, ha adquirido singular importancia en los países latinoamericanos en los últimos diez años. Esta institución, cuyo titular es el Defensor del Pueblo, se ha constituido a través de su evolución en el tiempo en un importante medio de control de la Administración Pública, un sólido instrumento de protección de los derechos humanos de las personas, un importante medio de participación social y consecuentemente un valioso apoyo a la consolidación de las instituciones democráticas en todo el mundo.

En las circunstancias actuales resulta innecesario repetir conceptos que los lectores pueden encontrar mucho mejor expuestos en los libros que se han escrito sobre este tema, así que no voy a agotar este espacio enunciando las características doctrinarias de la institución. En realidad quisiera utilizarlo para comen-

tar algunos puntos que he notado resultan polémicos cuando se habla del Defensor del Pueblo en nuestro medio¹, y también para proponer algunas reflexiones importantes sobre nuestra sociedad contemporánea.

Al estudiar esta figura siempre me llamó la atención que cada vez que los Estados, sean éstos pobres o ricos, desarrollados o tercermundistas, socialistas o capitalistas, del common law o de corte romanista, se han cuestionado a sí mismos sobre la forma cómo mejorar y servir más eficientemente, se han dado cuenta que la mejor manera de hacerlo es escuchando a los propios gobernados, investigando y corrigiendo lo que es posible corregir. Y es así como muchos de los países del mundo han creado un Ombudsman.

Defensoría del Pueblo es un término que suena un poco a demagogia. Seguramente por eso produce curiosidad y también puede que hasta un poco de escepticismo cuando uno escucha esta palabra. Así lo pensaron también, algunos tratadistas españoles cuando se crea el Defensor en 1978, y se utiliza por primera vez aquel nombre. Entonces se pensó que podía dar lugar a confusiones, y en efecto, así ha ocurrido más de una vez, ya que muchos asimilan este nombre a ciertas funciones desempeñadas tradicionalmente por el Ministerio Público (fundamentalmente al Procurador y el Fiscal), y quizás por eso, cuando sus representantes escuchan, sin profundizar demasiado, que la función del Defensor del Pueblo es velar por el respeto a los derechos de las personas y el correcto funcionamiento de la Administración Pública, sienten un poco amenazada su esfera de competencia, aunque en verdad, y como analizaremos, las funciones que cumple el Defensor del Pueblo son únicas y no tienen por qué cruzarse con las que cumplen otros órganos del Estado. El espíritu de éstas más bien es de colaboración, no de suplantación, de lo contrario no tendría sentido su creación. El Defensor del Pueblo es ante todo, un

(1) Así he podido observar en algunas ocasiones y particularmente en el Seminario Internacional organizado por CLD y la Facultad de Derecho de la PUCE en noviembre de 1995, y que ha sido hasta ahora, el único foro internacional que se ha realizado en el Ecuador.

facilitador, un mediador, alguien imparcial que recepta las inquietudes de la gente, analiza, investiga y luego sugiere, recomienda o gestiona informalmente, cuando es posible. Creo, sin temor a equivocarme, que ni el Procurador ni el Fiscal se pueden hacer cargo, por más buena voluntad que exista, de esta labor.

Una confusión que se produce con frecuencia es la de asimilar Defensoría del Pueblo con Defensoría Pública. Cabe aclarar que estos términos no son sinónimos². El Defensor del Pueblo es por definición un mecanismo extrajudicial. Por excepción -en Colombia por ejemplo-, la Defensoría del Pueblo tiene a su cargo la Defensoría Pública³.

El Ombudsman es una especie de facilitador del sistema, con el cual se está favoreciendo no sólo a los habitantes de la nación sino también al propio Estado y a los funcionarios públicos, porque ayuda al primero a determinar dónde están los problemas y los errores que hay que corregir; y a los segundos porque promueve una mayor calidad en su trabajo, lo que aumenta la confianza en las instituciones y fortalece la gobernabilidad. Uno de los problemas que tenemos en nuestro país es ese abismo que se ha creado entre las instituciones y el ciudadano común. El Defensor trata entonces, de tender puentes, de buscar canales a través de los cuales se puedan comunicar. Cuando alguien se queja, esa persona siente y de hecho, sabe que su problema es importante, y cuando una autoridad recibe una sugerencia del Ombudsman sabe, con la misma certeza, que esa sugerencia merece su atención.

QUE CASOS PUEDE ATENDER EL DEFENSOR DEL PUEBLO?

Este controla, fundamentalmente, a las instituciones de derecho público, o a aquellas de carácter privado que tienen a su

(2) Defensores Públicos son los abogados que en algunos países - entre ellos por cierto, está el nuestro- el Estado se compromete a pagar para que representen judicialmente a las personas que no tengan los recursos económicos para contratar uno por su cuenta.

(3) Tal vez esa sea una idea que deberíamos analizar para ver si es aplicable a nuestro país.

cargo la prestación de un servicio público -como el transporte por ejemplo-. Tal vez los lectores se pregunten: por qué no controla también a quienes cometen abusos dentro de la esfera privada?, pero para eso existen tribunales de justicia, existen vías, que bien o mal funcionan. Entre particulares los conflictos se dan en términos de relativa igualdad, no así cuando el conflicto se da entre un particular que se enfrenta a todo el aparato estatal, porque simplemente el sistema no tiene cómo canalizar su pequeña gran queja, y entonces es acallada sin respuesta. El Defensor trata de hacerse cargo de aquellos problemas de los que nadie se hace cargo. Son la mayoría de veces, pequeñas cosas, para quien las escucha y las observa desde lejos, e inmensas para quien las padece. No son lo suficientemente graves o lo suficientemente claras como para ser delitos, aunque a veces son muy graves y absolutamente evidentes, pero el titular del bien jurídico no es una persona, sino la comunidad toda, y como en nuestro país no existe todavía una legislación que permita hacer reclamos de carácter colectivo, muchos casos de este tipo se quedan en la impunidad. Estos derechos son tan importantes como los derechos individuales porque perturban el desarrollo de la comunidad toda y su desconocimiento pone en peligro la vida, la tranquilidad y otros bienes jurídicos sin los cuales el ser humano se ve degradado hasta extremos drámaticos⁴. Por ejemplo casos de contaminación, la suciedad en las calles y otros sitios públicos, el caos del transporte o la mala administración de bienes y fondos públicos, etc. Cómo reclamar estas cosas?. A través de los mecanismos actuales es bastante complicado, tiene que existir alguien que pueda representar estos intereses.

Ahora, con respecto a los reclamos de carácter individual que se procesan e investigan a través del Defensor, podemos mencionar casos de arbitrariedad en el cobro de los servicios básicos, funcionarios que se aprovechan de su autoridad y maltratan a la gente. Es el Alcalde que roba porque cree que nadie le ve, es el

(4) Defensoría Delegada para los Derechos Colectivos. "Acciones Populares y de Grupo, nuevas herramientas para ejercer los derechos colectivos". Ediciones Gustavo Ibañez. Diciembre de 1995, Santafé de Bogotá, Colombia.

burócrata que cierra la ventanilla a las once de la mañana con una fila de cincuenta personas esperando, son aquellos que reciben coimas y que nadie se atreve a reclamarles, son los detenidos a quien tortura la policía impunemente; son los presos a quienes ha condenado el olvido a vivir en condiciones inhumanas; es algún policía corrupto que extorsiona a los niños de la calle; es la autoridad que no le contesta a quien le pregunta algo, a menos que tenga una "palanca"; son los funcionarios que mas por descuido que por irresponsabilidad, disponen que una escuelita quede atravesada por un cable de alta tensión, es el prefecto o el gobernador que adjudica obras a sus amigos a los precios más altos y entrega resultados de pésima calidad, pero tiene todo "de acuerdo con la ley"; es ese Estado sin rostro, ese monstruo lento y corrupto, ese que no le responde a usted cuando pasa seis meses con cortes de diez o doce horas de energía eléctrica preguntándose qué están haciendo las autoridades al respecto, y las autoridades parecen preguntarse lo mismo tratando de responsabilizar sus antecesores, sin darle hasta ahora un remedio definitivo al problema.

Los lectores podrán responderse a sí mismos: existe dentro de nuestro sistema una instancia, persona o institución que investigue estas denuncias y canalice este tipo de inquietudes?. Pueden haber esfuerzos aislados, pero sospecho que la respuesta no será positiva.

Otra cosa que no existe y que hace falta es alguien que oriente, eduque e informe a la gente sobre la forma de usar los mecanismos existentes para pedir o para reclamar algo, ante quién acudir, o qué hacer frente a determinadas circunstancias. Mucha gente no reclama porque no sabe cómo hacerlo, no conoce ni siquiera sus derechos, peor sus obligaciones de ciudadano. Otras personas hasta han perdido esperanza de que se haga justicia y sólo quieren que alguien les escuche, sólo eso. Para eso sirve el Defensor del Pueblo y cada vez que Juan Pérez, María Rocha o Luis Tipanta obtiene una pequeña respuesta, un poco de atención,

una simple orientación de qué hacer con su problema, todos nos beneficiamos, porque descubrimos que al Estado le importa nuestro problema y que está preocupado por solucionarlo. Esto trae como consecuencia que tanto las personas como las instituciones nos volvamos más respetuosas del derecho ajeno, más comprometidas con la sociedad a la que pertenecemos, y nos devuelve, aunque sea poquito a poco, la fe que debemos tener en el sistema que nos gobierna, porque es el único que tenemos, y es a este a que debemos tratar de mejorar por el bien y la seguridad de todos.

UNA VERDADERA AUTORIDAD

Uno de los aspectos más polémicos y que con seguridad preocupa y produce desconfianza respecto al Ombudsman es el hecho de que tradicionalmente sea una institución sin fuerza coercitiva. Es decir, utiliza medios distintos a los empleados por jueces y demás medios de control. Estos medios encuentran su base en la fuerza ética de la opinión imparcial y se expresan a través de la advertencia, la recomendación, etc. Curiosamente esta característica es una de las que mas ha contribuido a dotarle de fuerza y prestigio a la institución ya que sus recomendaciones son obedecidas con más frecuencia de la que nos podemos imaginar, tanto por parte de la Administración como por parte de los administrados, quienes con el tiempo reconocen el del Defensor del Pueblo una autoridad serena pero firme, una verdadera autoridad.

El Ombudsman no es un juez. No castiga ni tampoco inicia por sí solo procesos que terminen con sanciones disciplinarias o penales⁵. Tal vez si lo hiciera no se tomarían tan en cuenta su opinión. La obligatoriedad de sus decisiones está en algo que los

(5) Lo que sí puede hacer a veces, y en vista de la falta de colaboración con su trabajo, es imponer multas y en casos extremos solicitar al organismo competente, la remoción del funcionario.

tratadistas han denominado Auctoritas⁶, y que tiene relación con el prestigio personal, la valía moral, la rectitud que ostenta en titular de la institución. Este prestigio va aumentando con el desempeño propio del cargo. Por esto es tan importante que quien sea designado para dirigir la Defensoría sea una persona con autoridad moral, para asegurar de ese modo que su labor será imparcial frente a los diferentes intereses que existen en la sociedad. Este no puede ser jamás un cargo político, de aquellos que se transan y se ofrecen como prevendas políticas. Si eso pasa, la institución se arruina.

Una de las facultades más importantes del Defensor y que contribuye eficazmente a fortalecer la auctoritas en la capacidad de denuncia⁷. Si en el ejercicio de su cargo llega a conocer del cometimiento de delitos o de faltas disciplinarias graves, acude ante los organismos competentes. Así vemos que cuando el Defensor del Pueblo tiene la posibilidad de interponer recursos y acciones, como el amparo por ejemplo, acude al juez o a los organismos designados para el efecto. Así mismo, cuando concluye en la inconstitucionalidad de una ley o decreto, acude al Tribunal Constitucional e interpone una acción para remediar aquello, pero no es él quien resuelve asuntos que son de competencia de otros órganos. Sólo facilita su labor.

Cuando se hablan de medios eficaces de control, lo primero en que pensamos para que sean realmente eficaces es dotarles de la suficiente fuerza para que las personas "no se atrevan" a desobedecer. Al cabo de un tiempo vemos que los resultados son pobres y muchos de ellos sólo consiguen desafiar la creatividad de la gente para lograr evadirlos, y lo que es más grave, se vuelven una fuente de corrupción. Vienen muy bien las palabras del

(6) Concepto que aparece en Roma, relacionado con los Jurisconsultos de la época de la República, quienes constituían un centro de atracción social ya que sus consejos en materia jurídica, en cuanto a su valor, derivaban del prestigio, valga la pena, de la auctoritas del jurista que las emitía.

(7) Utiliza diferentes mecanismos, el más importante es el Informe Anual, también existen informes especiales y por último puede utilizar medios de difusión masiva.

tratadista español Víctor Fairén Guillen quien al referirse al Defensor del Pueblo anotaba que “pueden existir tribunales con una gran autoridad y sin ninguna auctoritas, despreciados, temidos y aún odiados por su pueblo”⁸. Sin hacer alusión a nadie en particular, la verdad es que la vida en democracia repudia las actitudes autoritarias y prepotentes. A estas alturas del siglo, ya tenemos suficientes leyes, instituciones y maneras de coaccionar a la gente para que aprenda cumplir elementales obligaciones y a vivir en orden. Por qué no tratamos ahora de convencerla en vez de imponernos por la fuerza?. Tal vez así los gobernantes logren hacer del Ecuador un país menos ingobernable.

COMO ACTUA EL DEFENSOR?

Todos los procedimientos que conforman la actuación del Ombudsman se fundamentan en la informalidad, la gratuidad y la inmediatez. Lo último que debe ser es un burócrata más. A veces los problemas se solucionan son una simple gestión directa, una llamada telefónica o una carta. Pero cuando se da inicio a una investigación ésta debe dar oportunidad a la persona o institución contra quien se han quejado, de que pueda defenderse. Generalmente el proceso o la investigación empieza pidiendo una explicación al funcionario o autoridad contra la cual se formuló la queja. El acceso a la información es bastante amplio, puede de modo general, solicitar toda la información, documentos y explicaciones que requiera, y el funcionario o la oficina competente está en la obligación de proporcionárselos.

Concluida la investigación, dará aviso al quejoso del resultado de su gestión. Si lo considerará necesario, podrá hacer una recomendación a la persona, institución o funcionario que está ocasionando perjuicio al ciudadano o que tiene el poder para corre-

(8) Fairén Guillén, Víctor. "El Defensor del Pueblo-Ombudsman". Centro de Estudios Constitucionales. Tomo I. Madrid, España.

gir el acto o situación irregular. Muchas veces puede hacer recomendaciones al propio legislativo para reformar, derogar o crear leyes. Pero la capacidad de denuncia es su arma más importante, cuando es desobedecido.

EL DEFENSOR DEL PUEBLO EN EL ECUADOR

“Habrá un Defensor del Pueblo, con jurisdicción nacional, para promover o patrocinar los recursos de Habeas Corpus y de Amparo de las personas que lo requieran; defender y excitar la observancia de los derechos fundamentales que esta Constitución les garantiza; y, ejercer las demás funciones que le asigne la Ley...”

Con esta norma se ha creado el Defensor del Pueblo en el Ecuador. Este es un hecho memorable y ha sido posible gracias a la voluntad política tanto del poder ejecutivo como del legislativo, pero sin duda, también responde a un proceso de reformas, de búsqueda, de transformación en el que está inmerso el mundo entero y Latinoamérica en particular. Ahora nos enfrentamos a la elaboración de una Ley Orgánica para regular su funcionamiento. Mucho cuidado deberemos poner en esta tarea, ya que, sin desmerecer la importancia de la creación, la norma constitucional que se aprobó puede resultar un poco confusa porque podría dar la impresión de que la institución ha sido creada para interponer recursos. Mucho cuidado, esa es sólo una de las facultades del Defensor del Pueblo, de las más importantes quizá, pero en ella no se resume su razón de ser. Recordemos que para interponer recursos -como el Habeas Corpus o el recientemente creado, Recurso de Amparo) las personas pueden hacerlo directamente, ni siquiera necesitan de la intervención de un abogado, mucho menos de un Defensor del Pueblo. La disposición constitucional ha dejado casi todo el trabajo para la Ley.

Esta norma proviene originalmente de una propuesta ela-

borada por el Ejecutivo⁹. Esta propuesta, bastante completa por cierto, definía claramente al Defensor del Pueblo y contenía lineamientos generales muy importantes sobre sus funciones, procedimiento, competencia, etc, aspectos que al pasar a la Función Legislativa se dejaron de lado. En realidad este proyecto contenía un punto que resultaba bastante espinoso y que tenía relación con el nombramiento del Defensor. El Ejecutivo propuso que sea la Corte quien lo nombre, cosa que no gustó a los legisladores y finalmente se aprobó la norma con un tipo de designación parlamentaria, como ha sido tradicional en la figura del Ombudsman¹⁰. Pero esto es explicable, bien o mal, el Congreso Nacional es el foro más importante y representativo dentro del sistema constitucional. Ahora el reto está en evitar los peligros de la politización, por las componendas y negociados de los cargos públicos que desgraciadamente se dan al interior de esta importante función del Estado.

ALGUNAS CONSIDERACIONES PARA LA LEGISLACION SECUNDARIA

La ley orgánica para regular la Defensoría del Pueblo es una tarea clave en este momento. Tendremos que empezar por aclarar y definir la naturaleza jurídica de esta figura, a quién va a controlar y a quién no¹¹, va a gozar de actuación de oficio, cómo será el procedimiento, cuáles son los principios y normas que lo regulan, qué tienen que hacer los ciudadanos para acceder a la institución, etc. De ese modo creo que quede claro que no sirve sólo para interponer recursos, que su ámbito de competencia es

(9) Fue parte del Proyecto de Reformas Constitucionales elaborado por la famosa Comisión de Notables nombrada por el Presidente Durán Ballén, la misma que fuera presentada al Congreso a finales de 1995.

(10) Hay autores como Fairén Guillén que desmerecen la calidad de Ombudsmen de figuras como el Parliamentary Commissioner of Administration de Inglaterra o del Mediateur francés por no ser de origen parlamentario.

(11) Sería importante establecer total independencia con la Función Judicial y con los organismos del Sufragio, por ejemplo.

mucho más grande y también que se vea que el Defensor no trata de suplantar a nadie y que las actividades que desempeñará son absolutamente necesarias en nuestro medio.

Otro punto que me parece importante es buscar la forma de que haya una mayor participación de la sociedad civil en la designación del titular, que no se deje toda la potestad al Congreso porque el riesgo de politizar la figura es muy alto. También es necesario cuidar de que la popularidad que obviamente va a dar este cargo al titular no sea aprovechada en beneficio personal para que después de que concluyan sus funciones termine siendo candidato a cualquier cargo de elección popular¹². La duración del cargo puede resultar delicada si coincide con el cambio de gobierno y de legisladores, es mejor que sea por un período superior a cuatro años, como es usual en este tipo de nombramientos.

Para que el Defensor pueda actuar es necesario dotarle de la mayor independencia política y funcional. Su status debe ser muy alto para que tenga acceso a todas las autoridades y que no esté sujeto a la imposición de determinados sectores o funciones.

Concomitantemente a la Ley del Defensor, será necesario también, trabajar en el desarrollo de otras normas constitucionales recientemente creadas como el Recurso de Amparo y el de Hábeas Data, por ejemplo.

Finalmente, es muy importante establecer normas que aseguren la obligatoriedad de colaboración con el Defensor que tienen autoridades, instituciones, funcionarios y público en general. De otro modo, su labor se verá obstaculizada. Conservando la naturaleza de ser una institución no coercitiva, pienso que es importante que frente a la renuencia en la colaboración tenga la potestad de imponer multas por ejemplo, y en determinados casos, hasta de solicitar la remoción de un funcionario.

(12) La experiencia nos enseña. El actual presidente de Guatemala fue Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos -Ombudsman- antes de ser presidente.

Estos tal vez son los aspectos más importantes. Debemos tener la esperanza de que nuestro legisladores tengan la suficiente visión y voluntad política como para no condenar a esta valiosa institución a ser una mera declaración constitucional. En medio de la crisis de gobernabilidad que afecta a muchos países del mundo, la Defensoría del Pueblo apunta a dar soluciones sencillas pero contundentes. No es la solución a todos los problemas, pero ayuda eficientemente a eliminar muchos de ellos, siendo a la vez, una garantía importante para el respeto de las garantías constitucionales. La experiencia ha demostrado que el Defensor del Pueblo está contribuyendo a lograr que el sistema sea más sencillo y más justo, porque las soluciones han estado siempre en el diálogo, en la entrega y el compromiso de la gente con los intereses del conglomerado humano al que se pertenecen. Aprovechemos esta oportunidad.

LAS NUEVAS REFORMAS Y CONTRAREFORMAS JUDICIALES

Dr. Wálter Guerrero Vivanco

1. LAS REFORMAS JUDICIALES DE DICIEMBRE DE 1992

1.1 Antecedentes

En el año de 1989, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia remitió al Congreso Nacional el Proyecto de Reformas Constitucionales relacionadas con la Función Judicial, en el cual, en síntesis, se propuso lo siguiente:

a) Extensión del período de ejercicio de las funciones de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de cuatro a seis años, a fin de que su nombramiento no coincida con la elección y posesión del Presidente y del Vicepresidente de la República ni del nuevo ciclo legislativo;

b) Renovación de la tercera parte de los magistrados cada seis años, con el propósito de que se garantice el principio de continuidad administrativa de la Función Judicial, ya que por aquel entonces, se renovaba cada cuatro años la totalidad de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia;

c) Implementación del sistema de la cooptación, mediante el cual la Corte Suprema de Justicia era la encargada de presentar, exclusivamente, las ternas para que el Congreso Nacional designe a los nuevos ministros de ese alto Tribunal de Justicia, pues, se consideraba que los magistrados de la Corte eran los que mejor conocían a los funcionarios judiciales que se habían destacado por su experiencia y honestidad y que debían ascender al Tribunal

Supremo, en base del Reglamento de Carrera Judicial;

d) Creación del Consejo Nacional de la Judicatura, con dos funciones fundamentales. La primera, para que asuma las tareas administrativas de la Función Judicial y libere de esa responsabilidad a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, para que estos puedan dedicar todo su tiempo y su esfuerzo a su misión fundamental de administrar justicia. La segunda, para que el Consejo se encargue del control y juzgamiento de las infracciones constitucionales de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, que hasta la fecha se encuentran sometidos a la fiscalización política del poder legislativo;

e) La devolución al Pleno de la Corte Suprema de Justicia de la facultad del control constitucional, que antes tenía, a fin de fortalecer la institucionalidad judicial y propiciar el principio de la independencia de las tres Funciones del Estado;

f) La asignación en la Carta Fundamental del 3% del presupuesto general del Estado a favor de la Función Judicial, para que esta pueda financiar su tecnificación, modernización y capacitación.

1.2. La Ley No. 020

Después de un gran debate nacional las Funciones Legislativa y Ejecutiva aprobaron y promulgaron la Ley No. 020 publicada en el Registro Oficial No. 93, del 23 de diciembre de 1992, mediante la cual se reformó la Constitución Política de la República y se reestructuró a profundidad la Función Judicial acogiendo en forma parcial, algunas propuestas originarias de la Corte Suprema de Justicia, que antes mencionamos, pero agregando ciertas variantes e incorporando otras instituciones, que todavía generan conflictos entre los jueces y opiniones encontradas entre los abogados. Las principales reformas constitucionales introducidas

a través de la Ley No. 020, fueron las siguientes:

a) Antes de la Reforma de diciembre de 1992, la Corte Suprema de Justicia tenía cinco Salas, de tres ministros cada una de ellas, que conocían de todas las materias. Por lo tanto, el Tribunal se integraba con 16 ministros, uno de los cuales desempeñaba las funciones de Presidente por un período de dos años. El Tribunal nombraba 15 conjuces para los 15 ministros jueces. El Presidente no tenía conjuce, a él lo subrogaba el ministro más antiguo.

En cambio, de acuerdo con las reformas de 1992, la Corte Suprema de Justicia, se estructuró con seis Salas especializadas en lo civil y comercial, penal, social y laboral, fiscal, administrativo y constitucional, con cinco magistrados cada una de ellas. Por lo tanto, desde enero de 1993 el Tribunal de la Corte Suprema se integró con 31 ministros, los 30 ministros de las Salas antes indicadas y el Presidente, que no integra ninguna Sala. Prácticamente, se duplicó el número de los magistrados de 16 que eran antes de la reforma a 31 después de la reforma.

b) En las últimas décadas se crearon en el país el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, el Tribunal Fiscal, el Tribunal de Garantías Constitucionales y otros Organos Jurisdiccionales independientes de la Función Judicial, que poco a poco fue perdiendo su presencia e importancia en la estructura política y jurídica del Estado Ecuatoriano. Como reacción a este proceso de dispersión y desmembramiento judicial, la Ley No. 020, suprimió, como organismos autónomos, El Tribunal Fiscal, y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. En su reemplazo, dentro de la propia función judicial se crearon los Tribunales Distritales Fiscales y los Tribunales Distritales Contencioso Administrativos, de cuyas resoluciones se puede interponer el recurso de la casación ante la Sala Fiscal y la Sala Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, respectivamente. A esto hay que sumar la integración de

la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que conoce en última y definitiva instancia las resoluciones sobre materia constitucional que dicta el Tribunal de Garantías Constitucionales. Recordamos que en el Proyecto original de la Corte, se reivindicó el control de la constitucionalidad para el Pleno de la Corte Suprema de Justicia y no para una Sala específica.

c) Antes de la Reforma de diciembre de 1992, las Salas de la Corte Suprema de Justicia atendían, en forma equitativa, mediante sorteo entre ellas, los recursos de tercera instancia en materia civil y los recursos de casación y revisión en materia penal, que provenían de todos los distritos judiciales del país, así como los recursos que se interponían de los autos interlocutorios y de las sentencias dictadas en los casos de fuero por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Es decir, no había especialización en la tercera instancia.

En cambio, a partir de la Reforma de diciembre de 1992, la Corte Suprema de Justicia se constituyó en un Tribunal de Casación en todas las materias. Aclaremos que, con anterioridad a la Reforma, en materia penal, de las sentencias definitivas de los tribunales penales, se podía interponer el recurso de casación (así como el de revisión) para ante una de las Salas de la Corte Suprema de Justicia. La novedad del Recurso de casación, por lo tanto, fue en las otras materias, en donde, por primera vez, se implementó este recurso de naturaleza extraordinaria, por lo menos en el campo de la teoría y de la doctrina. Posteriormente, en el Registro Oficial No. 192 del 18 de mayo de 1993, se promulgó la Ley de Casación, que más adelante la revisaremos.

d) Antes de la Ley No. 020, el Congreso Nacional elegía, por simple mayoría de votos, sin ternas previas, de acuerdo a su libre decisión, a los dieciseis ministros de la Corte Suprema de Justicia. A partir de la Reforma, los candidatos a Magistrados presentan, en proporción semejante, el Congreso Nacional, el

Presidente de la República y la Función Judicial, aún cuando, de acuerdo a una de las disposiciones transitorias, por esa vez, en enero de 1993, el Congreso se reservó el derecho de designar libremente a las dos terceras partes de los magistrados y se permitió que el Presidente de la República designe la otra tercera parte. Recordamos que la propuesta original de la Corte Suprema de Justicia fue la de implementar el sistema de cooptación, mediante el cual, las ternas debían provenir de ese Tribunal, y el Congreso se reservaba la facultad nominadora. Otra novedad de la Reforma fue que a partir de ella, la designación de los magistrados debía hacerse con el voto favorable de las dos terceras partes, mientras que antes de la Ley No. 020 la elección se hacía por simple mayoría.

e) Se acogió el planteamiento original de la Corte y la Ley No. 020 dispuso que los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia durarán seis años en sus cargos y podrán ser reelegidos en forma indefinida, aún cuando la Tercera Disposición Transitoria estableció que por esta vez, los Magistrados elegidos para el período 1992 - 1998 serán renovados parcialmente, por sorteo, en una tercera parte en cada ocasión, en los períodos ordinarios de 1994 y 1996. La misma disposición transitoria agrgó que la Ley Orgánica de la Función Judicial establecerá el procedimiento que en el futuro deberá seguirse en la renovación parcial de los mencionados magistrados.

2. LA CONSULTA DEL 28 DE AGOSTO DE 1994 Y LA PROMULGACION DEL PRIMER BLOQUE DE REFORMAS CONSTITUCIONALES

El 28 de agosto de 1994, el Presidente de la República sometió a Consulta Popular algunas de las reformas relacionadas con la organización política del Estado Ecuatoriano, como la doble nacionalidad, el derecho de los ciudadanos no afiliados a presentar sus candidaturas a las dignidades de elección popular, sin necesi-

dad del auspicio de los partidos políticos; el principio de la reelección inmediata para todas las funciones antes indicadas, menos en el caso del Presidente y Vicepresidente de la República, que sólo pueden ser reelegidos después de un período; la prohibición de que los legisladores manejen fondos del Presupuesto del Estado; y el mecanismo de aprobación del Presupuesto del Estado por sectores de gasto. El pueblo se pronunció en forma favorable sobre las preguntas formuladas en esta consulta, que debidamente implementadas por el Congreso Nacional y promulgadas por el Presidente de la República, se publicaron en el Registro Oficial No. 618 del 24 de enero de 1995. Sin tomar en cuenta las reformas de diciembre de 1992, podemos decir que este fue el Primer Bloque de las Reformas Constitucionales aprobadas durante el anterior gobierno, a través del mecanismo de la Primera Consulta Popular y su implementación por parte de las Funciones Legislativa y Ejecutiva, que en esta parte actuaron de común acuerdo.

3. EL NUEVO PROYECTO DE REFORMAS CONSTITUCIONALES

El 4 de octubre de 1994 el Presidente de la República presentó a consideración del Congreso Nacional, el Proyecto de Reformas a la Constitución Política de la República, que contuvo numerosas propuestas reformativas sobre los distintos ámbitos políticos, económicos y sociales del Estado Ecuatoriano. Prácticamente se trató de un nuevo proyecto de Constitución Política del país, ya que abarcó todo el texto constitucional con 210 artículos y varias disposiciones transitorias.

Sobre los temas relacionados con la administración de justicia solamente mencionamos que el Proyecto del Ejecutivo incluyó las normas referentes a la Defensoría del Pueblo, la Función Judicial y el Tribunal Constitucional. En lo que tiene que ver con la Función Judicial, el Proyecto del Ejecutivo consagró el principio de la descentralización judicial; el Sistema Arbitral, La Negociación y otros procedimientos alternativos para la resolución

de controversias; la determinación de que la Corte Suprema de Justicia sólo debe actuar como Tribunal de Casación al tratarse de las materias penal, fiscal, contencioso administrativo y laboral, al tratarse de errores en la aplicación o falta de aplicación de la norma jurídica en las sentencias ejecutoriadas; el mantenimiento de la gratuidad de la justicia sólo para los casos penales, laborales, de alimentos, de menores y materias de orden público, ya que para los demás casos, el Consejo Nacional de la Judicatura se encargaría de fijar el monto de las respectivas tasas; la eliminación de la vacancia judicial; la ampliación del período de la función de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de seis a nueve años, con la posibilidad de la reelección indefinida; todo lo relacionado con el Consejo Nacional de la Judicatura como órgano de la Función Judicial que se encargaría, entre otras tareas, del nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia; el retorno al sistema de Salas de la Corte Suprema integradas por tres magistrados cada una; y, la creación del Tribunal Constitucional en remplazo del Tribunal de Garantías Constitucionales y de la Sala de lo Constitucional. Más adelante nos referiremos a estos asuntos.

4. EL SEGUNDO BLOQUE DE REFORMAS, EL VETO PARCIAL DEL EJECUTIVO Y LA RATIFICACION FINAL POR PARTE DEL CONGRESO NACIONAL.

El 12 de enero de 1995, con ciertas variantes, superando innumerables dificultades, el Congreso Nacional aprobó las propuestas reformativas enviadas por el Ejecutivo el 4 de octubre de 1994, que se refieren al Título Preliminar de la Constitución; a la Primera Parte de la Constitución, que contiene el Título I, que trata de "Los Ecuatorianos y los Extranjeros" y, el Título II, que se refiere a "Los Derechos, Deberes y Garantías", dentro del cual se encuentra el parrafo II, que regula la Defensoría del Pueblo; a la Segunda Parte de la Constitución, que contiene el Título I, que trata del Sector Público; el Título II, que tiene como materia la Función Ejecutiva; y, el Título III, que contiene algunas normas

relacionadas con la Función Judicial, como el mantenimiento de la gratuidad de la justicia sólo para los casos penales, laborales, de alimentos, de menores y de orden público. Esta aprobación se conoció como el Segundo Bloque de Reformas Constitucionales originarias del Ejecutivo.

El 23 de febrero de ese mismo año, el Presidente de la República vetó parcialmente lo aprobado por la Función Legislativa. El 17 de mayo de 1995, el Congreso Nacional se pronunció sobre el veto parcial del Ejecutivo y aprobó el texto final del Segundo Bloque de Reformas, que se demoró en promulgarse por falta de aprobación de las disposiciones transitorias.

5. LA CONSULTA POPULAR DEL 26 DE NOVIEMBRE DE 1995

Frente a esta diferencia de criterios entre las dos Funciones del Estado, el Presidente de la República convocó a una segunda Consulta Popular, la misma que se realizó el día domingo 26 de noviembre de 1995. Al pueblo se le formularon 11 preguntas entre ellas la número nueve, que se refería a la constitución del Consejo Nacional de la Judicatura; y la número once, que se relacionaba con la creación del Tribunal Constitucional, en reemplazo del Tribunal de Garantías Constitucionales y de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Esta vez el pueblo, en forma mayoritaria, dijo no a las once preguntas de la consulta.

6. EL VETO PARCIAL DEL TERCER BLOQUE Y LA RATIFICACION DEL CONGRESO NACIONAL

Por otro lado, pocos días antes de la última Consulta, el Congreso Nacional avanzó en el estudio del Proyecto Ejecutivo y aprobó el Tercer Bloque de Reformas Constitucionales, que lo envió para la aprobación del Ejecutivo. Luego de conocer los resultados extraoficiales de la indicada Consulta Popular, el último día del plazo, el Presidente de la República vetó parcialmente el

Tercer Bloque de Reformas Constitucionales que tenía que ver con los temas consultados al pueblo, entre los cuales se encontraban el Consejo Nacional de la Judicatura y el Tribunal Constitucional.

De acuerdo con las normas constitucionales pertinentes, frente al veto parcial del Tercer Bloque de Reformas, el Congreso Nacional ratificó las propuestas reformativas con el voto de las dos terceras partes de sus miembros, las mismas que a la final se promulgaron en el Registro Oficial No. 863 del 16 de enero de 1996, con lo cual la Función Legislativa se impuso definitivamente sobre la Función Ejecutiva. Estudiemos las siguientes reformas, según como fueron propuestas inicialmente por el Ejecutivo y de acuerdo a como fueron impuestas finalmente por la Función Legislativa.

7. LA DEFENSORIA DEL PUEBLO

7.1 Antecedentes

Como ya manifestamos en los numerales anteriores, la creación de la Defensoría del Pueblo fue una de las propuestas del Proyecto de Reformas Constitucionales presentadas por el Presidente de la República, la misma que, con ciertas modificaciones fue acogida por la Función Legislativa, vetada parcialmente por el Ejecutivo, ratificada por el Congreso Nacional y promulgada finalmente en el Registro Oficial No. 863 del 16 de enero de 1996.

En el campo del Derecho Procesal Penal, en las legislaciones extranjeras, especialmente aquellas de corte anglosajón, frente a la figura acusadora del Ministerio Público, se ha organizado la Defensoría Pública que se encarga, en igualdad de condiciones con la Fiscalía, de la defensa del acusado, particularmente de aquellos que no pueden o no quieren contratar los servicios profesionales de un abogado de confianza.

En el Ecuador, el art. 110 de la Constitución Política de la República en actual vigencia dentro del Título III, que trata de la Función Judicial, manda que el Estado establezca defensores públicos para el patrocinio de las comunidades indígenas, de los trabajadores y de toda persona que no dispusiere de medios económicos suficientes. Por su parte el Art. 144 de la Ley Orgánica de la Función Judicial desarrolla el precepto constitucional y dispone que en cada capital de provincia habrá el número de defensores públicos que la Corte Superior, con aprobación de la Corte Suprema, establezca a fin de que se encarguen del patrocinio de las personas de escasos recursos económicos, en los asuntos civiles, penales, laborales, mercantiles, de tránsito, de inquilinato, etc., en forma obligatoria y gratuita. En cumplimiento de esas dos normas legales, en la actualidad, en casi todas las capitales de provincia trabaja un reducido número de defensores públicos, con determinadas limitaciones administrativas y operacionales que hay que superar para que la Defensoría Pública Judicial cumpla a cabalidad con su importante cometido.

Así también, en algunas legislaciones extranjeras europeas e inclusive en algunas latinoamericanas, como la de El Salvador, por ejemplo, se ha organizado la Defensoría del Pueblo o la Procuraduría de la Defensa de los Derechos Humanos, que se encarga de defender las garantías fundamentales de los individuos frente al poder omnipresente del Estado.

Aquí está la gran diferencia entre los Defensores Públicos de la Función Judicial y el Defensor del Pueblo. Los primeros circunscriben el trabajo dentro de los procesos civiles, penales, del trabajo, de inquilinato, etc. que se tramitan en los juzgados y tribunales de justicia del país, mientras que el Defensor del Pueblo canaliza su gestión dentro de la administración pública, nacional y seccional, sin que pueda inmiscuirse en los litigios de carácter judicial ni electoral.

7.2. De la Creación y de las Funciones de la Defensoría del Pueblo

Siguiendo esta corriente política y doctrinaria, el primer artículo innumerado del Párrafo III de la sección correspondiente del Proyecto de Reformas Constitucionales que fue enviado por el Presidente de la República al Congreso Nacional, propuso la creación de la Defensoría del Pueblo y definió sus principales funciones de la siguiente manera:

La Defensoría del Pueblo es independiente de toda autoridad y tiene por función tutelar el goce y ejercicio de los derechos de las personas señalados en la Constitución, y de los derechos de éstas a recibir pronta y eficiente atención del funcionario y empleado de la Administración Pública. Dará atención preferente a los sectores menos favorecidos social y económicamente. Sus procedimientos serán ágiles, informales y gratuitos, de acuerdo con la ley.

El indicado Proyecto del Ejecutivo concretó el ámbito de la acción de la Defensoría del Pueblo de la siguiente forma: En el ejercicio de sus atribuciones, el Defensor del Pueblo actuará de oficio o a petición de cualquier persona natural o jurídica que se creyere lesionada en sus derechos por acciones u omisiones de la Administración Pública nacional o seccional y de sus agentes. No conocerá de los casos que se estén tramitando en la Función Judicial, ni de los reclamos en materia electoral por actuaciones de los Organismos del Sufragio. El Defensor del Pueblo actuará sin perjuicio del derecho de los interesados para hacerlo directamente ante las autoridades competentes. Asimismo, podrá proponer los recursos de amparo, habeas data y de inconstitucionalidad, a nombre de cualquier persona o personas, sin necesidad de mandato.

En cambio, de acuerdo con el texto aprobado por el Congreso Nacional, que a la final se promulgó en el Registro

Oficial antes indicado, el Defensor del Pueblo tiene las siguientes funciones: "Art... Habrá un Defensor del Pueblo, con jurisdicción nacional para promover o patrocinar los recursos de Habeas Corpus y de Amparo de las personas que lo requieran; defender y excitar la observancia de los derechos fundamentales que esta Constitución garantiza; y, ejercer las demás funciones que le asigne la Ley..."

Nosotros consideramos adecuada la creación de la Defensoría del Pueblo, especialmente si se combina con la sustitución del Tribunal de Garantías Constitucionales y de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia por el Tribunal Constitucional, porque de esta manera quedaría dividida, en forma clara y conveniente, la función de defensa de las garantías constitucionales a cargo del Defensor del Pueblo de la función de administrar justicia en materia constitucional a cargo del Tribunal Constitucional. Es decir, uno será el Defensor y otro el juez, porque ocurre que ahora, el Tribunal de Garantías Constitucionales desempeña las dos funciones, la primera de defensor de las garantías individuales y la segunda de juez de la violación de esos mismos derechos constitucionales.

Frente al eventual abuso del poder por parte de los altos funcionarios públicos, nunca estará por demás la presencia de la Defensoría del Pueblo. Inclusive, el Defensor del Pueblo puede ser la tabla de salvación del ciudadano común que todos los días tiene que enfrentar, casi inerme, a una burocracia indolente, pesada y hasta insolente, que no entiende que cuando despacha algún trámite administrativo o cualquier papeleo inútil no hace otra cosa que cumplir con su deber, sino que cree que al hacerlo dispensa un favor al peticionario, del cual exige, en consecuencia, reverencia y agradecimientos.

Nos preocupa el aspecto económico de la reforma, porque hay que dotarla de los recursos económicos necesarios para que

organice su estructura orgánica a nivel nacional, a fin de que pueda atender, sin caer en la misma trampa burocrática, los requerimientos de los ciudadanos que habitan en las diferentes regiones del país.

7.3. La elección del Defensor del Pueblo

De acuerdo con el Proyecto del Ejecutivo, la Corte Suprema de Justicia era el ente encargado del nombramiento del Defensor del Pueblo, en base de una terna enviada por el Presidente de la República; debía reunir los mismos requisitos que para ser Ministro de la Corte Suprema de Justicia; duraba cuatro años en sus funciones y podía ser reelegido. Además, se consultaba la posibilidad de que el Defensor del Pueblo sea removido por la Corte Suprema de Justicia a petición del Presidente de la República, en los casos establecidos en la ley.

En cambio, de acuerdo con la norma aprobada por el Congreso Nacional, el Defensor del Pueblo debe ser elegido directamente por la Función Legislativa, en pleno: "El Defensor del Pueblo será elegido por el Congreso Nacional en pleno, con el voto de las dos terceras partes, por lo menos, de sus miembros... Para desempeñar este cargo se precisa reunir los mismos requisitos que para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia".

Como se observa, la manzana de la discordia entre las dos Funciones del Estado fue la determinación del ente encargado de la designación del Defensor del Pueblo. El Ejecutivo proouso que sea la Corte Suprema de Justicia la que nombre al Defensor del Pueblo de una terna enviada por el Presidente de la República. En cambio, el Congreso quería tener entre sus funciones aquella de nombrar a este alto y nuevo funcionario público. A la final, el Congreso Nacional impuso su criterio.

Las normas constitucionales destinadas al Defensor del Pueblo son muy escuetas. Seguramente se impone la necesidad de que se apruebe una ley de la Defensoría del Pueblo, a fin de que se desarrolle, en forma adecuada, el precepto constitucional.

7.4. De la Inmunidad, del Fuero y de otros Privilegios para este Funcionario

En el Proyecto original del Ejecutivo se dispuso que el Defensor del Pueblo no será responsable por las opiniones que formule y los actos que realice en el ejercicio de las atribuciones propias de su cargo, salvo el caso de delito flagrante. Es decir, en forma anbigua, se asignó inmunidad al Defensor del Pueblo, pero sin determinar la clase de inmunidad que se asignaba y el órgano encargado de levantar la inmunidad al mencionado funcionario. Por otro lado, en el Proyecto del Ejecutivo, se otorgó al Defensor del Pueblo fuero de Corte Suprema de Justicia. Es decir, el Proyecto del Ejecutivo concedió inmunidad y fuero al Defensor del Pueblo.

Por otro lado, en el indicado Proyecto, se prohibió a este funcionario que opte a un cargo de elección popular hasta después de dos años de terminadas sus funciones. Además, se dispuso que los funcionarios o autoridades del sector público tenían la obligación de colaborar co carácter preferente y urgente con el Defensor del Pueblo. Toda obstaculización o entorpecimiento será sancionada de conformidad con la Ley. Por último, siempre de acuerdo con el Proyecto del Ejecutivo, el Defensor del Pueblo podía designar Comisionados y delegarles sus funciones, bajo su autoridad, con criterios de eficacia y de servicio social. Debía organizar la Defensoría a nivel seccional, de acuerdo con la ley.

En cambio, en el texto final promulgado por el Congreso Nacional, se asignó al Defensor del Pueblo, con toda claridad, la misma inmunidad de la cual gozan los diputados de la República.

Sin embargo, nada se legisló con respecto al fuero, lo cual es inconveniente, pues, en teoría, levantada la inmunidad por parte del Congreso Nacional, el Defensor del Pueblo podría ser juzgado penalmente por la justicia ordinaria.

8. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

8.1. De los requisitos para ser vocales, del número de los vocales, de la duración de sus funciones y del órgano nominador

El proyecto del Ejecutivo propuso la sustitución del Tribunal de Garantías Constitucionales y de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia por un Tribunal Constitucional. El que escribe estas líneas tuvo el honor de integrar hace varios años el Tribunal de Garantías Constitucionales y por lo tanto sabe de sus esfuerzos por defender los derechos humanos de los ecuatorianos y el sistema constitucional del país, pero una vez que se promulgaron las reformas de diciembre de 1992, que crearon la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, hay que reconocer que su principal facultad controladora del sistema constitucional del país quedó reducida al nivel de un tribunal de primera instancia, que debe consultar sus resoluciones de fondo a la Sala de lo Constitucional, que es la que tiene la última palabra. Desde este punto de vista nos pareció acertada la idea de crear el Tribunal Constitucional, especialmente si se combina este nuevo organismo con la Defensoría del Pueblo, con el cual combinaría en forma adecuada, como lo expresamos en los párrafos anteriores. Todo lo que se haga por mejorar la administración de justicia del país, servirá para fortalecer la seguridad jurídica y social, los derechos humanos en general, la libertad, la democracia y en suma el Estado de Derecho de nuestra Nación.

De acuerdo con el Proyecto del Ejecutivo, el Tribunal de Garantías Constitucionales debía estar integrado por nueve

vocales; tres designados directamente por el Presidente de la República; tres por el Congreso Nacional de fuera de su seno; y tres por la Corte Suprema de Justicia, de fuera de su seno.

Los vocales del Tribunal Constitucional deberán reunir los mismos requisitos que los Ministros de la Corte Suprema de Justicia, estarán sujetos a las mismas prohibiciones y durarán 4 años en sus funciones. No serán responsables por los votos que emitan y por las opiniones que formulen en el ejercicio de las atribuciones propias de su cargo. El Tribunal Constitucional elegirá de entre sus miembros un Presidente y un Vicepresidente que durarán dos años en sus funciones, pudiendo ser reelegidos.

En cambio, el Congreso Nacional aprobó el siguiente texto sobre la integración del Tribunal Constitucional, el mismo que, como hemos afirmado en los párrafos anteriores, a la final, se convirtió en una nueva norma constitucional vigente:

“Art...El Tribunal Constitucional con jurisdicción nacional tendrá su sede en Quito. Lo integrarán nueve vocales y sus respectivos suplentes, quienes durarán cuatro años en sus funciones y podrán ser reelegidos. La Ley Orgánica determinará las normas para su organización, funcionamiento y los procedimientos para su actuación.

Los vocales del Tribunal Constitucional con jurisdicción nacional que deberán reunir los mismos requisitos que los Ministros de la Corte Suprema de Justicia, estarán sujetos a las mismas prohibiciones.

Serán designados por el Congreso Nacional, de la siguiente manera: dos de ternas enviadas por el Presidente de la República; dos de ternas enviadas por la Corte Suprema de Justicia, de fuera de su seno; dos elegidos por la Función Legislativa, que no ostenten la dignidad de los legisladores; uno de la terna enviada por los

alcaldes municipales y los prefectos provinciales; uno de la terna enviada por las centrales de trabajadores y las organizaciones indígenas y campesinas de carácter nacional legalmente reconocidas; y, uno de la terna enviada por las Cámaras de la Producción legalmente reconocidas.

La Ley regulará la forma y procedimiento para la integración de las ternas a que se refieren los tres últimos incisos. No serán responsables por los votos que emitan y por las opiniones que formulen en el ejercicio de las atribuciones propias de su cargo.

El Tribunal Constitucional elegirá de entre sus miembros un Presidente y un Vicepresidente que durarán dos años en sus funciones, pudiendo ser reelegidos”.

Como se observa, la primera y más importante diferencia entre el Proyecto del Ejecutivo y el texto final aprobado y promulgado por la Función Legislativa, radica en la forma de designación de los vocales del Tribunal Constitucional. El Ejecutivo propuso una designación directa y tripartita por parte del Presidente de la República, del Congreso Nacional y de la Corte Suprema de Justicia. En cambio, el Congreso obtuvo para sí la facultad nominadora de todos los vocales del Tribunal, si bien reconoció el derecho del Ejecutivo y de la Corte Suprema de Justicia de enviar ternas para que el Congreso realice el escogitamiento de dos vocales más en representación de cada uno de esas dos Funciones del Estado; aparte de la designación directa de un vocal de fuera del seno del Congreso Nacional, en representación de los alcaldes y los prefectos provinciales; de otro vocal en representación de las centrales de trabajadores, las organizaciones indígenas y campesinas; y, de un vocal adicional que represente a las Cámaras de la Producción.

El inciso penúltimo de la forma que acabamos de transcribir, aprobada y promulgada directamente por el Congreso

Nacional, declara que los miembros del Tribunal Constitucional no serán responsables por los votos que emitan y por las opiniones que formulen en el ejercicio de las atribuciones propias de su cargo. Sin embargo, no se determina la autoridad que debe examinar esta especie de inmunidad ¿Será el Congreso Nacional o el pleno de la Corte Suprema de Justicia o el Presidente de la Corte o el propio Tribunal Constitucional? Las incógnitas deberán despejarse en la Ley. Tampoco la norma constitucional aprobada no otorga fuero de Corte Suprema a favor de los miembros del Tribunal Constitucional. Este es otro de los vacíos que deberán llenarse en la Ley correspondiente.

8.2. De las atribuciones

De acuerdo con el Proyecto del Ejecutivo, las funciones del Tribunal Constitucional eran las siguientes:

“1.- Conocer y resolver, previa la correspondiente demanda y luego de oír a la autoridad o al organismo que los hubiese expedido, sobre la inconstitucionalidad, total o parcial, de las leyes, decretos-leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones, regulaciones o acuerdos, que se opusieron o afectaren a la norma constitucional, por su fondo o por su forma;

2.- Conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de los actos administrativos de toda autoridad pública:

3.- Dictaminar sobre las objeciones de inconstitucionalidad que haya hecho el Presidente de la República, en el proceso de formación de las leyes; y,

4.-Ejercer las demás atribuciones que le confieren la Constitución y la Ley.”

La declaratoria de inconstitucionalidad causaba ejecutoria y debería ser publicada en el Registro Oficial, desde cuya fecha entraba en vigencia, dejando sin efecto la disposición y el acto declarado inconstitucional. La declaratoria no tenía efecto retroactivo, ni de ella había recurso alguno. El Proyecto dejaba a la Ley Orgánica determinar las normas para la organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional y los procedimientos para su actuación; y consignaba la obligación del Organismo –no solo del Presidente–, de informar anualmente por escrito al Congreso sobre el ejercicio de sus funciones.

Por su parte, el Congreso Nacional aprobó y promulgó la siguiente norma constitucional definitiva:

“Art...Compete al Tribunal Constitucional:

1. Conocer y resolver las demandas que se presentaren sobre leyes, decretos–leyes, decretos y ordenanzas que fueren inconstitucionales por el fondo o por la forma, y suspender total o parcialmente sus efectos;

2. Conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de los actos administrativos de toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad conlleva la revocatoria del acto, sin perjuicio que el órgano administrativo adopte las medidas necesarias para preservar el respeto a las normas constitucionales.

3. Conocer las resoluciones que denieguen los recursos garantizados de la Sección II “De las garantías de los derechos” y los casos de consulta obligatoria o apelación previstos en el Recurso de Amparo;

4. Resolver respecto de las objeciones de inconstitucionalidad que haya hecho el Presidente de la República, en el proceso de formación de las leyes;

5. Dirimir los conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución; y,

6. Ejercer las demás atribuciones que le confiere la Constitución”.

La norma aprobada por el Congreso Nacional sobre las consecuencias jurídicas de la declaratoria de inconstitucionalidad no contiene ninguna diferencia con respecto a la propuesta del Ejecutivo: “Art... La declaratoria de inconstitucionalidad causará ejecutoria y deberá ser publicada en el Registro Oficial, desde cuya fecha entrará en vigencia, dejando sin efecto la disposición y el acto declarado inconstitucional. La declaratoria no tendrá efecto retroactivo, ni de ella habrá recurso alguno”.

8.3. De las demandas de inconstitucionalidad

Según el Proyecto del Ejecutivo, las demandas de inconstitucionalidad sólo podían ser presentadas por los siguientes funcionarios y ciudadanos:

- a) El Presidente de la República;
- b) La Cámara del Senado o La Cámara de Diputados, previa resolución del Tribunal en Pleno;
- c) La Corte Suprema de Justicia, previa resolución del Tribunal en Pleno;
- d) La Asociación de Municipalidades del Ecuador previa resolución de su directorio;
- e) El Consorcio de Consejos Provinciales previa resolución de su directorio;
- f) El Defensor del pueblo; y,
- g) Los ciudadanos con el respaldo de al menos 5000 firmas”.

Por su parte, el Congreso impuso la siguiente variante:

“Art. La demanda de inconstitucionalidad podrá ser presentada por:

a) El Presidente de la República, en los casos previstos en el numeral 1 del artículo innumerado anterior al precedente;

b) El Congreso Nacional, previa resolución mayoritaria de sus miembros, en los casos previstos, en los numerales 1, 2 y 5 del mismo artículo;

c) La Corte Suprema de Justicia, previa resolución del Tribunal en Pleno, en los casos previstos, en los numerales 1, 2 y 4 del mismo artículo;

d) Los Consejos Provinciales o los Consejos Municipales en los casos previstos, en los numerales 2 y 5 del mismo artículo;

e) El Defensor del Pueblo en los, casos previstos, en el numeral 3 del mismo artículo; y,

f) En los casos previstos en los numerales 1 y 2 del mismo artículo, a petición de mil ciudadanos; o de cualquier persona, previo informe favorable del Defensor del Pueblo sobre la procedencia”.

Resalta la siguiente diferencia entre el Proyecto del Ejecutivo y la aprobación final del Congreso Nacional: El Ejecutivo exigía al menos 5.000 firmas de repaldo para que uno o varios ciudadanos presenten una demanda de inconstitucionalidad. En cambio, la norma vigente exige solamente el respaldo de 1.000 ciudadanos o permite que ciudadano presente su demanda si cuenta con el informe favorable previo del Defensor del Pueblo.

Finalmente, la reforma constitucional promulgada, al igual que el Proyecto original del Ejecutivo, dispone que el Tribunal de lo Constitucional informe anualmente por escrito al Congreso sobre el ejercicio de sus funciones.

9. OTRAS REFORMAS IMPORTANTES

Dentro del conjunto de reformas constitucionales que se promulgaron en el Registro Oficial No. 863 del 16 de enero de 1996, encontramos otras normas originales de suma importancia para el fortalecimiento del Estado de Derecho y para la correcta administración de justicia, que por lo pronto solo nos permitimos enumerar, en espera de que en otra oportunidad, con mayor disponibilidad de tiempo, nos sea factible analizar:

9.1. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza la Constitución;

9.2. Los derechos y garantías consagrados en la Constitución son plenamente aplicables e invocables ante cualquier juez, tribunal o autoridad pública;

9.3. La inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas y otras similares:

Al principio de la inviolabilidad de la correspondencia escrita, telegráfica y telefónica, se agrega el precepto de la inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas y otras similares:

9.4. Nadie puede ser obligado a declarar con o sin juramento en contra de si mismo o de sus parientes sobre asuntos que le puedan acarrear responsabilidad penal:

En el literal e), del numeral 17 del Art. 19 de la

Constitución, se garantizaba que nadie podía ser obligado a declarar en juicio penal contra su cónyuge o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o compelido a declarar CON JURAMENTO en contra de sí mismo, en asuntos que pudieren ocasionarle responsabilidad penal. En las ediciones anteriores de esa obra siempre reclamamos la supresión de las palabras “con juramento”, pues podía interpretarse la norma en el sentido de que en las declaraciones que se reciben “sin juramento” sí se podía compeler a una persona a declarar en contra de sí mismo sobre asuntos que le pudieren ocasionar responsabilidad penal. La reforma atiende mi criterio, cuando dispone que se suprima de la norma las palabras “con juramento”.

9.5. Las declaraciones de los parientes del imputado y la posibilidad del ejercicio de las acciones entre parientes:

El Código de Procedimiento Penal que se promulgó en el Suplemento del Registro Oficial No. 200, del 12 de abril de 1971, prohibía las declaraciones de los ascendientes, descendientes, hermanos y cónyuge del indiciado, aunque voluntariamente se presenten para producir prueba de cargo en contra del imputado; y se permitía a los demás parientes que rindan su testimonio, si renunciaban expresa y voluntariamente a esa garantía procesal. El Código de Procedimiento Penal que se promulgó en el Registro Oficial No. 511 del 10 de junio de 1983, que está vigente, en cambio, prohíbe, terminantemente la declaración de todos los parientes del imputado, dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, aun cuando se presenten con el propósito de rendir prueba de descargo a favor del imputado.

La reforma que se acaba de promulgar dispone lo siguiente: “Se exceptúan las declaraciones voluntarias de quienes resultaren víctimas de un delito o las de sus parientes con independencia del grado de parentesco, quienes además podrán plantear y proseguir la acción penal correspondiente”. Por lo tanto,

es necesario que se derroguen, a través de cualquier procedimiento legal, las normas del Código de Procedimiento Penal, a fin de que la víctima pueda declarar en contra de su pariente e inclusive deducir las acciones penales correspondientes.

9.6. De la responsabilidad civil del Estado en los casos de error judicial:

La reforma constitucional proclama lo siguiente: "Art...El Estado será civilmente responsable en todos los casos de error judicial que hayan producido la prisión de un inocente o la detención arbitraria, así como en los supuestos de violación de las normas establecidas en el numeral 17 del artículo 19. La ley establecerá los mecanismos para hacer efectivo este derecho". Esta es una norma muy importante que debe desarrollarse en las leyes secundarias.

9.7. De la limitación del principio de la gratuidad de la justicia:

La norma respectiva de la Constitución Política de la República proclamaba el principio de la gratuidad de la justicia. En el año de 1992, el que escribe estas líneas, como Presidente de la Corte Suprema de Justicia, presentó al Congreso Nacional cinco proyectos de ley tendientes a conseguir la autonomía económica de la Función Judicial, entre ellos el Proyecto de Ley de Pago de las Costas Judiciales a favor de la Corte Suprema de Justicia.

La reforma constitucional materia de este apunte sigue la dirección que nosotros propusimos en 1992, cuando limita el principio de la gratuidad de la justicia a los casos penales, laborales, de alimentos, de menores y materias de orden público. La norma aprobada es la siguiente: "En los casos penales, laborales, de alimentos, de menores y materias de orden público, la administración

de justicia es gratuita. En los demás casos, el Consejo Nacional de la Judicatura fijará el monto de las respectivas tasas”.

9.8. Del derecho de amparo:

De manera expresa, la nueva norma constitucional promulgada en el Registro Oficial No. 863 del 16 de enero de 1996, consagra el derecho de amparo ante los órganos de la Función Judicial, en los siguientes términos:

“Art... Toda persona podrá acudir ante los órganos de la Función Judicial que la ley designe y requerir la adopción de medidas urgentes, destinadas a hacer cesar o evitar la comisión, o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto ilegítimo de autoridad de la administración pública violatorio de cualquiera de los derechos constitucionales y que pueda causar un daño inminente, a más de e irreparable.

Para efecto no habrá inhibición del juez, que deba conocer el recurso, ni obtarán los días feriados.

El juez convocará de inmediato a las partes para ser oídas en audiencia pública dentro de veinte y cuatro horas y al mismo tiempo, de encontrarlo fundado, ordenará la suspensión de cualquier acción actual o inminente que pudiere traducirse en violación del derecho constitucional.

Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes el juez dictará su resolución, de la cual se dará de inmediato cumplimiento.

La providencia de suspensión será obligatoriamente consultada, para su confirmación o revocatoria, ante el Tribunal de lo Constitucional órgano ante el cual procederá el recurso de apelación por la negativa de la suspensión, debiendo en ambos

casos el juez remitir de inmediato el expediente al superior”.

9.9. Una protección constitucional adicional a favor de los declarantes:

Finalmente, anotamos la nueva norma constitucional, que prohíbe se interrogue a una persona en ausencia de un abogado defensor privado o de un abogado nombrado por el Estado. La norma constitucional que se acaba de promulgar prescribe lo siguiente:

“El artículo 110, comiencese por un inciso que diga:

“Ninguna persona podrá ser interrogada ni aún con fines investigativos, por una autoridad policial, por el Ministerio Público o por cualquier otra del Estado, sin la asistencia de un abogado defensor privado o nombrado por el Estado para el caso de que el interesado no pueda designar a su propio defensor. Cualquier diligencia judicial, preprocesal o administrativa que no cumpla con este precepto carecerá de eficacia probatoria”.

10. ALGUNAS CONTRAREFORMAS:

10.1. Salas de tres magistrados:

Adicionalmente, el Proyecto del Ejecutivo procuró arreglar ciertos problemas coyunturales que surgieron a raíz de la aplicación de las reformas de diciembre de 1992, como el regreso al sistema de la integración de las Salas de la Corte Suprema solamente por tres magistrados y no por cinco ministros, conforme dispuso la Ley No. 020, propuesta que fue aceptada por el Congreso Nacional, en la segunda disposición transitoria:

“Hasta que se dicte las reformas a la Ley Orgánica de la Función Judicial, la Corte Suprema de Justicia, funcionará con

diez salas de tres ministros cada una: Dos salas para lo penal; tres salas para lo civil y mercantil; tres salas para lo laboral y social; una sala para lo contencioso administrativo; y una sala para lo contencioso tributario. La Corte Suprema de Justicia reubicará a los magistrados en las respectivas salas”. Como se nota, desapareció la Sala de lo Constitucional par dar paso al nuevo Tribunal Constitucional.

10.2. El retorno a la vacancia judicial:

El proyecto del Ejecutivo planteó la supresión del sistema de las vacancias judiciales, a fin de que los magistrados y funcionarios salgan de vacaciones anuales en forma individual y ni colectiva, como ocurre con los otros sectores de la administración pública. La Ley No. 72, del 23 de noviembre de 1994, se le adelantó al Proyecto del Ejecutivo y suprimió las mencionadas vacancias judiciales. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia propuso al Congreso Nacional el retorno al sistema de las vacancias judiciales, razón por la cual, en una verdadera contrarreforma, la Ley No. 104 Reformatoria a la Ley Orgánica de la Función Judicial y al Código de Procedimiento Penal, derogó la Ley No. 72 y reimplantó el sistema de la vacancia judicial: El Art. 1 de la indicada Ley dispuso lo siguiente:

“Art. 1.— El artículo 185 reformado por la Ley No. 72 de la Ley Orgánica de la Función Judicial dirá: “En ningún tribunal o juzgado se tendrá por feriados otros días que no sean los siguientes: los sábados y domingos; el 1ro. de enero; el Viernes Santo; el 1ro. de mayo; el 24 de mayo; el 9 de octubre; el 2 y 3 de noviembre; del 17 al 31 de marzo inclusive y el 10 de agosto para el personal que labora en los juzgados y tribunales con el régimen escolar del litoral e insular; del 1ro. al 15 de agosto inclusive para el personal que labora en los juzgados y tribunales con el régimen escolar de la sierra y el oriente; y, del 23 de diciembre al 6 de enero

inclusive para el personal que presente sus servicios en los juzgados y tribunales de todo el País. La Corte Suprema de Justicia reglamentará la forma en que los juzgados penales atenderán los asuntos de su competencia durante las vacantes”.

El Art.2 de la Ley 104 agregó lo siguiente: “Art. 2.— El artículo 186 reformado por la Ley Orgánica de la Función Judicial dirá: Los magistrados, jueces, funcionarios y empleados de la Función Judicial, no tienen derecho a la vacación que establece la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa”.

11. LO QUE SE QUEDO EN EL TINTERO:

11.1. La supresión del recurso de casación en materia civil:

Frente a la desesperante lentitud en los trámites judiciales en general, debemos confesar que nosotros fuimos partidarios de la sustitución del recurso de tercera instancia por el recurso de casación en materia civil, pero solo por errores de puro derecho al momento de dictar la sentencia definitiva, como ocurre en materia penal. La reforma de diciembre de 1992 implementó el cambio, pero la Ley de Casación que se dictó posteriormente, no solo que concedió el recurso de casación por errores de puro derecho en la sentencia definitiva sino también por errores de procedimiento en otras providencias, inclusive, dictadas para ejecutar la sentencia definitiva, con lo cual el recurso de casación vino a desempeñar las veces del antiguo recurso de tercera instancia y casi nada que pudo avanzar en el propósito inicial de acelerar la administración de justicia.

El Proyecto de reformas constitucionales propuesto por el Ejecutivo planteó la supresión del recurso de casación en materia civil; y dejó la casación en materia penal, fiscal, contencioso administrativo y laboral, con lo cual, nosotros, no estuvimos de

acuerdo, pues nos pareció que lo que había que reformar es la Ley de Casación, a fin de simplificar y agilizar el trámite de este recurso:

La casación es un recurso extraordinario para garantizar el imperio del derecho objetivo ante el error en la aplicación de la norma jurídica o falta de aplicación de la norma jurídica, en sentencias ejecutoriadas en materia tributaria, contencioso administrativo, penal y laboral, excepto en las consideradas en el literal n) del artículo 60 de esta Constitución”.

Como repetimos, de acuerdo con el Proyecto del Ejecutivo, el recurso extraordinario de casación solo podía interponerse de las sentencias ejecutoriadas en materia tributaria, contenciosa administrativa, penal y laboral. Nosotros pensamos que el recurso de casación en todas las materias se deben interponer solo al tratarse del error en la aplicación de la norma jurídica o falta de aplicación de la norma jurídica en las sentencias definitivas o de última instancia, pero no al tratarse de una sentencia ejecutoriada.

El Congreso no se pronunció sobre este tema. Se limitó a disponer lo siguiente: “La Corte Suprema de Justicia reglamentará todo lo relacionado a la casación y a la unificación de la jurisprudencia en las diversas materias especializadas”. La norma es confusa, pues podría pensarse que la Corte Suprema de Justicia podría modificar la ley de casación vigente a través de un Reglamento, lo cual sería inadmisibles.

11.2. El Consejo Nacional de la Judicatura:

a. Antecedentes:

La propuesta originaria de la Corte Suprema de Justicia de crear el Consejo Nacional de la Judicatura, fue acogida en la Ley No. 020 y se codificó en el Art. 100 de la Constitución Política de

la República, que dispuso lo siguiente: “Art. 100. El Consejo Nacional de la Judicatura será el órgano administrativo y de gobierno de la Función Judicial. La Ley determinará su integración, forma de elección de sus integrantes, estructura y funcionamiento”. Sin embargo, hasta el momento no se ha dictado la Ley encargada de desarrollar esta importante norma constitucional.

¿Cuál fue el espíritu que animó a la Corte Suprema de Justicia en 1989 para enviar su proyecto de reformas constitucionales? ¿Cuál fue el propósito del Congreso Nacional y de la Función Ejecutiva para aprobar y promulgar la Ley No. 020? Indudablemente fortalecer el principio de la independencia de la Función Judicial y alejar el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de las influencias políticas y de los intereses partidistas. ¿Se ha conseguido la meta antes indicada? Lamentablemente no se alcanzó ese objetivo, razón por la cual surgió la propuesta del Presidente de la República de poner en práctica el Consejo Nacional de la Judicatura. Como el Congreso Nacional no dio paso a esta propuesta, el Presidente de la República la incluyó como Pregunta No. 9 en el temario de la Consulta Popular del 26 de noviembre de 1995.

b. La creación del Consejo Nacional de la Judicatura:

De acuerdo con el Proyecto originario de la Función Ejecutiva, el Art. 159 de la nueva Constitución debía disponer lo siguiente: “Art. 159.– El Consejo Nacional de la Judicatura es el órgano de gobierno de la Función Judicial y velará por la independencia de la misma. Ejerce sus funciones en todo el territorio nacional y tendrá su sede en la ciudad de Quito”. La circunstancia de que el Consejo Nacional de la Judicatura constituye el órgano de gobierno de la Función Judicial, anuncia desde ya, las importantes funciones que se le adjudican en las normas posteriores que nos permitiremos transcribir.

c. La integración del Consejo Nacional de la Judicatura:

El Art. 160 de la Constitución propuesta por el Presidente de la República, disponía lo siguiente:

“Art. 160.— El Consejo estará integrado por: a) El Presidente de la Corte Suprema de Justicia quien lo presidirá; b) El último de sus ex-presidentes, quien tendrá a su respectivo suplente elegido por el pleno de la Corte Suprema de Justicia; c) Un Consejero designado directamente por el Presidente de la República, con su respectivo suplente; d) Un Consejero designado directamente por el Congreso Nacional, con su respectivo suplente; e) Un Consejero elegido anualmente por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, de entre sus miembros; f) Un consejero elegido cada dos años por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, de una lista de cinco profesionales del Derecho, preparada por la Federación Nacional de Abogados, a base de los candidatos enviados por cada uno de los Colegios de Abogados del país. Cada Colegio presentará un solo candidato; y, g) Un Consejero elegido cada dos años por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de entre los candidatos enviados de entre las Facultades de Jurisprudencia de las universidades. A cada Facultad le corresponderá presentar un solo candidato.

Los designados por el Presidente de la República y por el Congreso Nacional y sus suplentes, durarán cuatro años en sus funciones.

Los Consejeros suplentes de elección indicados en los literales e), f) y g) serán elegidos simultáneamente con sus principales.

En caso de ausencia temporal de un Consejero será reemplazado por el respectivo suplente; si la ausencia fuere definitiva se elegirá el remplazo en la forma que se señala en este artículo.

Las elecciones de Consejeros se harán en votación universal, directa y secreta.

Los Consejeros deben reunir los mismos requisitos que se exigen para ser magistrados de la Corte Suprema de Justicia”.

Como se observa, de acuerdo con el Proyecto del Ejecutivo, la propia Corte Suprema de Justicia, tenía un rol preponderante en la integración y en la organización del Consejo Nacional de la Judicatura: El Presidente de la Corte debía integrar y presidir el Consejo; el último ex-presidente de la Corte también integraba el Consejo; la Corte elegía, de entre sus miembros, otro Consejero; y, además, seleccionaba los dos Consejeros adicionales nominados por la Federación Nacional de Abogados y por las Facultades de Jurisprudencia de las Universidades. Nosotros opinamos que debía dejarse en libertad a la Federación Nacional de Abogados y a las Facultades de Jurisprudencia para que elijan, con pleno derecho, en forma directa, a sus Consejeros.

Además, pensamos que era conveniente que se aumente el número de los integrantes del Consejo, quizá que se duplique, a fin de que tenga mayor representatividad. Por ejemplo, que la Federación Nacional de Abogados elija dos Consejeros, lo mismo que las Facultades de Jurisprudencia; y, que se otorgue al Ministerio Público la posibilidad de acreditar uno o dos representantes al Consejo Nacional de Judicatura, ofreciendo reciprocidad para que el sector jurisdiccional elija también sus representantes ante el Consejo del Ministerio Público, que en algún trabajo especial nosotros propusimos organizar.

La idea de que el ex-Presidente de la Corte integre el Tribunal nos pareció conveniente, a fin de darle al Consejo una política de continuidad y coherencia, para que no ocurra lo que es

usual en nuestro medio, que los nuevos funcionarios tiran al cesto de la basura las iniciativas de sus antecesores.

d. De las atribuciones del Consejo Nacional de la Judicatura:

El Art. 161 de la Constitución propuesta por el Presidente de la República agregaba lo siguiente:

“Art.161.–El Consejo Nacional de la Judicatura tendrá las siguientes atribuciones:

“a) Elaborar el reglamento para la designación de los ministros y funcionarios de la Función Judicial;

Esta es una función normal de los organismos autónomos como el Consejo Nacional de la Judicatura.

b) Nombrar, posesionar, fiscalizar y sancionar a los Ministros de la Corte Suprema, de los Tribunales Distritales, de las Cortes Superiores, jueces, conjueces, jueces interinos, secretarios de juzgados, notarios, registradores de la propiedad y mercantiles, depositarios judiciales, alguaciles, de acuerdo con los resultados del respectivo concurso de merecimientos y oposición, de conformidad con la ley:”

El Proyecto del Consejo Nacional de la Judicatura preparado por la Corte Suprema de Justicia solo tuvo dos objetivos fundamentales: En primer lugar, que el Consejo opere con un Organismo encargado de realizar las tareas administrativas de la Función Judicial, a fin de apartar esa clase de preocupaciones de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de los ministros de las Cortes Superiores de Justicia, para que se dediquen, en forma exclusiva, a la tarea fundamental de administrar justicia.

En segundo lugar, que el Consejo asuma la facultad de juzgar la conducta constitucional de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, que ahora se encuentran sometidos a la fiscalización del Congreso Nacional, a fin de afianzar la independencia de la Función Judicial y alejar los intereses políticos y partidistas del Palacio de Justicia. Es natural que los miembros del Consejo Nacional de la Judicatura no están al margen de sus propias concepciones políticas y filosóficas, pero es indudable que el mecanismo dispersa y distancia las funciones del Consejo de la fuente del poder político del Estado que se encuentra en el Congreso Nacional y en la Presidencia de la República.

En cambio el Proyecto preparado por el Ejecutivo agregó un tercer objetivo de extraordinaria importancia al Consejo Nacional de la Judicatura, cual es la de nombrar, posesionar, fiscalizar y sancionar a los ministros de la Corte Suprema, de los Tribunales Distritales, de las Cortes Superiores, jueces, conjueces, jueces interinos, secretarios de juzgados, notarios, registradores de la propiedad y mercantiles, depositarios judiciales y alguaciles, de acuerdo con los resultados del respectivo concurso de merecimientos y oposición, de conformidad con la Ley.

Por lo tanto, de acuerdo al Proyecto, el Consejo Nacional de la Judicatura era el órgano supremo nominador de casi todos los magistrados y funcionarios judiciales del país, comenzando por los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y terminando por los alguaciles correspondientes. Entonces, surgieron algunas inquietudes al respecto: ¿Podía un organismo integrado por siete miembros designar una Corte Suprema de Justicia compuesta por 31 magistrados? ¿Podía este organismo con sede en la ciudad de Quito, designar los ministros, los jueces, los secretarios, los notarios, los registradores de la propiedad y mercantiles y los alguaciles de todos los distritos judiciales del país?.

“c) Establecer las normas para las oposiciones, de acuerdo a la Ley;

d) Dirigir las tareas administrativas;

e) Elaborar, aprobar y manejar el presupuesto de la Función Judicial;

f) Controlar el cumplimiento de las obligaciones de magistrados y jueces, y sancionar por las faltas de los abogados en su ejercicio profesional;

g) Expedir los demás reglamentos necesarios para el cumplimiento de estas facultades; y,

h) Las demás conferidas en la Constitución y las Leyes”.

e. De la independencia del Consejo:

El cuarto artículo innumerado disponía lo siguiente: “Art. 162.– los Consejeros desarrollarán su actividad con independencia y dedicación absoluta, siendo su cargo incompatible con el ejercicio profesional y otras funciones públicas o privadas”.

Se trataba , en realidad, de funcionarios rentados por el Estado que tenían que laborar a tiempo completo. Nosotros opinamos en su oportunidad que los Consejeros debían trabajar alejados de cualquier organización política, sin que puedan intervenir en ninguna contienda de carácter electoral.

El quinto artículo innumerado determinaba lo siguiente: “Art. 163.– Durante el desempeño de sus cargos, los Consejeros, con excepción del Presidente, no ejercerán funciones judiciales.

Una vez terminado su respectivo período, los Consejeros miembros de la Función Judicial podrán reintegrarse a sus cargos, de acuerdo con la Ley”.

El Proyecto agregaba lo siguiente: “Art. 164.— El Consejo de la Judicatura podrá designar Magistrados y jueces temporales cuando la acumulación de juicios así lo justifique y determinará su duración. No integrarán el pleno del Tribunal”.

La Consulta Popular correspondiente fue contestada en forma negativa por el pueblo ecuatoriano, razón por la cual el Presidente de la República vetó, parcialmente, el Proyecto reformado del Congreso Nacional, en realidad, la Función Legislativa no desarrolló ninguna propuesta sobre el Consejo de la Judicatura, no hubo concenso para ello. Se limitó a hacer constar al Consejo Nacional de la Judicatura como uno de los órganos de la Función Judicial, pero sin determinar su integración ni desarrollar ninguna función. Por lo tanto, en este tema no hubo ningún avance, mas bien un retroceso con respecto al texto aprobado en las reformas de diciembre de 1992. Esperamos que pase el tiempo, a fin de conocer si algún día se dicta la Ley del Consejo Nacional de la Judicatura y se implementa en nuestro país este importante organismo de gobierno o de administración de la Función Judicial.

GRATUIDAD LIMITADA EN EL SISTEMA DE JUSTICIA

Dr. Teodoro Pozo Illingworth

1.- IDEAS PRELIMINARES

Es indudable que la JUSTICIA como entelequia, reúne en sí las categorías fundamentales del entendimiento y de los valores trascendentes y que, por esta fusión lógica y ontológica, no es susceptible de medición y peor aún de tasación alguna. Es una virtud, un concepto perfecto, un ideal una potestad sublime, un modelo supremo que no puede tener precio ni contaminación tarifaria. La JUSTICIA, así entendida, si no es Dios, es parte inseparable de El.

En la angustiosa brevedad temporal de los hombres, finitos y contingentes, reconocen que su anhelo de permanencia sólo puede hacerse posible en la especie humana y que su ansia de eternidad se mitiga a través de la organización social y del Estado en cuya evolución perfectiva se afana, inspirándose en aquel ideal de JUSTICIA. Por eso, el hombre histórico, trabaja en el constante mejoramiento de la vida de relación para posibilitar una convivencia donde la libertad se armonice con el respeto, se equilibren los intereses y para que sea la equidad la que establezca las reglas de comportamiento y garantice una coexistencia en orden, para que el ejercicio de los derechos individuales, principalmente el de la libertad, se haga de manera legítima y ecuánime.

En esta labor organizativa, el hombre ha ensayado diversas formas y estructuras sociales y de Estado y ha tratado de legislar interpretando las circunstancias y los hechos para crear normas de convivencia que le aproximen cada vez más al modelo ideal y, pau-

latinamente ha ido priorizando aquellas reglas que atañen a la esencia social del hombre, a la colectividad de la que nace y se nutre y en cuya permanencia histórica adquiere significación la vida. Así se explica que poco a poco, la protección a los intereses individuales, de motivación egoísta, haya ido cediendo frente a la importancia de los sociales, de índole altruísta, amparo más cercano a la idea de **LO JUSTO**, cuya realización concreta se busca con sistemas procesales simples, uniformes y eficaces.

En esta jerarquización, el ser social, público y permanente, está por encima del ser individual, privado y transitorio. Con este mismo rango se otorgará la protección a los derechos inherentes a cada uno de éstos seres y así, los derechos corporativamente amparados, obligatoriamente, serán defendidos por el Estado que debe acudir en su apoyo y patrocinio porque en ellos se basa la existencia misma de la sociedad, la prosperidad de la especie, la finalidad y soberanía del Estado. En el otro caso, en el de los derechos individuales, la protección ocurre por requerimiento, cuando los particulares acuden ante el Estado y lo llaman a solucionar sus conflictos o a dar fe de sus actos.

En el primer caso, el Estado, patrocinando al orden público, se defiende así mismo. En el segundo, el Estado atiende la querrela o la manifestación de voluntad de sus asociados. En el primero, está obligado a hacerlo por la tutela que el Estado ejerce. En el segundo, atiende un requerimiento y presta un servicio.

Con estas ideas previas que hacen de marco teórico, la reforma Constitucional del día 18 de enero de 1996, Registro Oficial No. 863, que consta en el texto codificado de la Carta Fundamental, publicado en el Registro Oficial No. 969 del día 18 de Junio de 1996, como Art. 120, inscribe al Estado Ecuatoriano dentro de su evolución perfectiva, en el camino correcto: la gratuidad de la Justicia exclusivamente para los casos de orden público o de salvaguarda colectiva de los derechos más débiles, pues la dis-

posición que se introduce dice: **“EN LOS CASOS PENALES, LABORALES, DE ALIMENTOS, DE MENORES Y MATERIAS DE ORDEN PUBLICO, LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA ES GRATUITA. EN LOS DEMAS CASOS EL CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA FIJARA EL MONTO DE LAS RESPECTIVAS TASAS”**, con lo que, aquellas causas de interés particular, privado, que comprometen al patrimonio o voluntad de las personas naturales o jurídicas, quedan entendidas como un servicio por el que será necesario pagar una tasa que contribuya al sostenimiento financiero de la Función Estatal que lo presta, es decir de la Función Judicial que es la que hace la Administración de Justicia.

2.- APLICABILIDAD DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL

Una vez dado éste paso trascendental para la Administración de Justicia, es preciso que se desarrolle el principio en un cuerpo normativo que se ciña a los principios básicos del Régimen Tributario, señalados en los Artículos 67 y 68 de la misma Constitución. Esto obliga a que las tasas por servicios judiciales se fijen con los criterios de **“igualdad, proporcionalidad y generalidad”** mediante un acto legislativo de **“organo competente”** y en atención a lo que el Código Tributario, en su parte sustantiva, Art. 1, regula para el caso de **“las relaciones jurídicas provenientes de los tributos, entre los sujetos activos y los contribuyentes o responsables de aquellos”**, sabiendo que **“Para estos efectos, entiéndese por tributos los impuestos, las tasas y las contribuciones especiales o de mejora”**.

Cuando el Consejo Nacional de la Judicatura, creado como Organo de Función Judicial en las Reformas Constitucionales de 1992, y que hasta ahora no cuenta con una Ley que determine su estructura orgánica y funcional, -lo que equivale a decir que en la práctica no existe-, llegue a funcionar y decida ejercer la facultad que le otorga la Constitución para determinar las tasas por servi-

cios judiciales, tendrá que hacerlo bajo los parámetros que dejamos indicados y bien vale la pena formular desde ahora algunas sugerencias al respecto. Trataré de hacerlo circunscribiéndome a lo que, dentro del Régimen Tributario, creo insoslayable y que, en Cuenca, fue materia de estudio por parte de una comisión que analizó la reforma constitucional cuando aún estaba en trámite y elaboró un proyecto para una posible reglamentación de las tasas de servicios judiciales. Dicha comisión integrada por los Doctores Rodrigo Patiño Ledesma, Marcelo Chico Cazorla, (funcionarios de CLD) y por quien suscribe el presente artículo, recogió información de las diversas ciudades del país en cuanto a las causas que se tramitaban en los juzgados y tribunales, y dialogo, con notarios y registradores para elaborar el indicado proyecto, del cual presento ahora una síntesis:

a) EL HECHO GENERADOR

Lo que habrá de crearse como “TASAS” por el servicio de “ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA”, deberá definirse con absoluta claridad, cuáles serán los “presupuestos” que se establecen para configurar el gravamen. Es decir los servicios que otorgue la Función Judicial que se consideren generadores de la tasa correspondiente.

El Art. 120 de la Constitución establece que solamente “**los casos penales, laborales, de alimentos, de menores y materias de orden público**”, se beneficiarán de la gratuidad de la Administración de Justicia. Señala así los asuntos que están exonerados de la carga tributaria que por medio de las tasas se fijarán para “**los demás casos**”. Si la exención que constitucionalmente se pone merece un desarrollo más explícito, con mayor razón será necesario indicar lo que involucra la frase “los demás casos” para saber con claridad, los servicios judiciales que, como hecho generador, se consideren gravados.

Habida cuenta de la exención establecida, los demás casos serían los siguientes:

- 1.- Los actos y contratos cuyas firmas deban reconocerse ante autoridad judicial competente, Juez, Notario o Registrador;
- 2.- Los actos, contratos o manifestaciones de voluntad de deban realizarse ante el Notario Público o que deban inscribirse en los Registros correspondientes, según su naturaleza;
- 3.- El otorgamiento de copias certificados de actuaciones procesales, notariales o de registro; y
- 4.- Las acciones que se presenten ante el órgano judicial pertinente para reclamar y obtener la declaración de un derecho de carácter individual o particular o aquellas que se deduzcan para exigir el cumplimiento de una obligación contraída por personas naturales o jurídicas.

b) SUJETO ACTIVO

Lo será la Función Judicial. Pero como el propósito del legislador es dotar a esa Función de los medios y recursos necesarios que garanticen su autonomía e independencia y favorezcan el desarrollo y modernización de la Administración de Justicia, será imprescindible que en la norma que declare al Sujeto Activo del gravamen, se indique que el producto que se recaude mediante la aplicación de las tasas por servicios judiciales, se distribuya proporcionalmente entre los Organos de la Función Judicial y, para evitar el posible centralismo y los problemas que éste acarrea, será imperioso que se fijen los porcentajes de esa distribución que, pensamos, debería ser de la siguiente forma:

- Un 10% para la Corte Suprema de Justicia y el Consejo Nacional de la Judicatura;
- Otro 10% para los Tribunales Distritales de los Fiscal;
- Un 10% para los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo; y

- El 70% para las Cortes Superiores de Justicia, Notarías y Registradurías.

Este reparto permitirá que cada distrito judicial cuente con sus fondos propios para cuidar de su desarrollo. Claro está que en el conjunto de la normatividad que se expida, deberá decirse con detalle los gastos que puedan hacerse con éstos fondos y las prohibiciones pertinentes, todo ello con el procedimiento que se establezca.

Vale la pena aclarar aquí que los recursos que se obtengan con el cobro de las tasas por servicios judiciales, no evita que el Estado deba asistir presupuestariamente a la Función Judicial, del mismo modo que lo hace con las demás.

c) SUJETO PASIVO

Será toda persona natural o jurídica que requiera o solicite los servicios gravados que se consideren como hecho generador de la tasa.

d) BASE IMPONIBLE

Tiene que estar en referencia a la cuantía de los actos, contratos, manifestaciones de voluntad o demandas que las personas naturales o jurídicas presenten o requieran dentro de lo que se considere como servicio gravado.

Pero ésto que se enuncia facilmente, no resulta tan simple al momento de pensar en el señalamiento de tarifas para cada caso, que, al ser diferentes por naturaleza, requieren también un servicio distinto: más o menos sencillo o complejo, con implicaciones de responsabilidad menores o mayores o con efectos, así mismo, considerable y ordinarios por su importancia.

A ésta dificultad hay que añadir el hecho de que, por la índole de muchos asuntos, no es posible determinar su valor. Inconveniente que se supera con la declaración de cuantía indeterminada que, lamentablemente, se la utiliza de modo muy común y en muchas ocasiones sin razón o como medio de evitar procedimientos o posibles recursos.

No es el momento de profundizar en las dificultades que insinúo, pero ellas llevan a concluir que para todos aquellos casos, será necesario establecer un sistema de **TARIFA PORCENTUAL**, en relación con el salario mínimo vital vigente del trabajador en general. Para el efecto, se sugirió lo siguiente:

- No menos de un 50% del salario mínimo vital para los actos y contratos que deban otorgarse ante Notario y/o inscribirse ante el registrador correspondiente;
- Igual tarifa (50% del salario mínimo) para las demandas de divorcio, de nulidad de matrimonio, de disenso, de emancipación voluntaria, de tutelas y curadurías, de separación conyugal, de disolución de la sociedad conyugal; para los juicios de competencia y recusación; así como para las peticiones de confesión o de inspección judicial como diligencias previas; y,
- No más de un 20% para las solicitudes, los reconocimientos de firmas, para las certificaciones y para las copias procesales.

Para los demás casos en los que sí se puede fijar la cuantía, tal determinación debería ser obligatoria, hasta el punto de que su incumplimiento impediría el trámite de la acción, reclamación o solicitud que se formule. Esta cuantía determinada debería formularse en montos absolutos, lo cual permitiría la aplicación de una tabla tarifaria pensada bajo el principio de que **“quien más tiene, o más reclama, más debe pagar”**.

Con éste criterio, la comisión a la que me he referido, sugirió el siguiente cuadro tarifario:

CUANTIA BASICA	FRACCION EXCEDENTE	TARIFA BASICA	TAR. POR EXCEDENTE
Hasta 5'000.000		1%	
de 5'000.000	a 10'000.000	1%	0.6%
de 10'000.001	a 25'000.000	0.8%	0.4%
de 25'000.001	a 50'000.000	0.6%	0.2%
de 50'000.001	a 100'000.000	0.4%	0.1%
de 100'000.001	a 200'000.000	0.25%	0.05%
de 200'000.001	a 400'000.000	0.15%	0.03%
de 400'000.001	en adelante	0.11%	0.02%

Que se entiende mejor con un ejemplo: supongamos que la cuantía señalada sea de \$ 15'200.000. Para fijar la tasa judicial que debería pagar, se efectuará el cálculo de la siguiente forma: la cuantía básica que le corresponde es de \$ 10'000.001 que se multiplicará por la tarifa básica, 0.8%, que dá un resultado de \$ 80.000. La fracción excedente que en este caso es de \$ 5'199.000, se multiplicará por la tarifa que le corresponde, 0.4%, que da un resultado de \$ 20.796. Sumados los dos valores resultantes, tendríamos que el reclamante por la cuantía del ejemplo debería cancelar la suma de \$ 100.796 por concepto de tasa por servicios judiciales. Lo cual no resulta exagerado en relación con la cuantía reclamada.

e) FORMA DE PAGO

La cancelación de los valores correspondientes a la tasa por servicios judiciales debe hacerse a través de las Instituciones Financieras que suscriban los convenios respectivos con el Consejo Nacional de la Judicatura para su recaudación, o por los

funcionarios que para cada caso sean designados. El pago se hará mediante formularios diseñados especialmente para el efecto por el citado Consejo.

Los detalles para la seguridad de los fondos recaudados serán analizados en el momento oportuno dentro del Reglamento que se dicte y acordes con las disposiciones de Ley y las cláusulas del convenio a efectuarse con las entidades financieras.

Lo que sí debe quedar aclarado es que los funcionarios o empleados encargados de la recepción de los documentos que se presentaren para obtener un servicio de la Función Judicial, que tramitaren los asuntos sin exigir la entrega del recibo que acredite el pago de los derechos establecidos, deberán cancelar por sí el valor de las tasas omitidas, sin perjuicio de las sanciones administrativas o hasta penales a que hubiere lugar.

f) DE LAS EXENCIONES

Si bien, de manera general, están ya establecidas en la disposición constitucional, es preciso recordar que por mandato del Art. 31 del Código Tributario, **“Solo mediante disposición expresa de Ley, se podrán establecer exenciones tributarias. En ellas se especificarán los requisitos para su reconocimiento o concesión a los beneficiarios, los tributos que comprenda, si es total o parcial, permanente o temporal”**. Citamos este mandato para aclarar que la exoneración de la tasa por servicios judiciales, solo podría darse en virtud de Ley expresa y así evitar pretensiones arbitrarias.

De tal manera que, por la disposición constitucional, estarían excentos de pago de la tasa por servicios judiciales, únicamente los siguientes casos:

1.- Las demandas y trámites en materia penal que se refieran a

infracciones que deban perseguirse de oficio;

2.- Los contratos, juicios de trabajo y demás actuaciones que se efectúen de conformidad con el Código de Trabajo;

3.- Los trámites relativos a cuestiones de menores y de alimentos;

4.- Los juicios que como actor siga el Fisco, los Consejos Provinciales, las Municipalidades y demás organismos del sector público; así como los actos y contratos que realicen estas instituciones; y,

5.- Las demás que se establezcan en Leyes Especiales.

Estos son los lineamientos principales que el Reglamento sobre Tasas por Servicios Judiciales debe contener. Los hacemos constar como una sugerencia o como un instrumento básico de trabajo para desarrollar un cuerpo legal de importancia trascendental para el futuro de la Función Judicial.

Es de destacar que con la aplicación de estas tasas, se puede pensar por fin en terminar con la situación actual de los Notarios y Registradores para que pasen definitivamente, a ser funcionarios remunerados por la Función Judicial, evitando lo que ahora por desgracia ocurre, con los cobros arbitrarios que realizan. Interesante campo en el que el Consejo Nacional de la Judicatura deberá trabajar arduamente en base de éste instrumento fundamental que le permite la reforma de la Constitución, abriendo las posibilidades para una efectiva mejora de la Función Judicial y de los servicios que de ella espera la ciudadanía, no sólo de parte de los Jueces y Tribunales, sino también de quienes dan fe de los actos y de quienes los registran.

El nuevo sistema, indudablemente que traerá ventajas, no solamente para el financiamiento de la Función Judicial que garantizará su independencia y autonomía, sino también para la descongestión de los Juzgados y Tribunales, pues cuando el acceso al servicio represente un costo, muchas causas que se presentan por trivialidades, o aquellas que se las hace para fastidiar a la otra parte,

o esas que se acostumbran para adquirir notoriedad y el estatus de litigante, irán desapareciendo.

La correcta aplicación del nuevo sistema, provocará también que se piense en los medios alternativos para solucionar diferendos y que poco a poco, la conciliación o el arbitraje, sean opciones válidas y ágiles para arreglar problemas.

Lo que será preciso estudiar con detenimiento será el caso de las apelaciones o recursos que las partes puedan interponer frente a una sentencia o a un auto resolutorio. ¿Acudir a otra instancia o solicitar la Casación, genera nuevas tasas?... Personalmente creo que sí, porque se trata de un nuevo servicio que se pide a la Función Judicial, principalmente en lo que a la Casación se refiere. Pero esta inquietud, simplemente la dejamos planteada.

Es de esperar que el Congreso Nacional, por el mandato de la Primera Disposición Transitoria de la Codificación de la Constitución, al momento de expedir la Ley Orgánica de la Función Judicial, que es la primera que debe dictar, trate en ella, en un capítulo especial, lo correspondiente al Consejo Nacional de la Judicatura, como órgano de la Función, para que tenga vida jurídica y le otorgue un plazo prudencial para que emita el reglamento sobre las tasas de servicios judiciales, caso contrario se corre el riesgo de que la Reforma Constitucional no se implemente con oportunidad y que sigamos con el sistema de gratuidad que, al decir de Herbert Spencer, analizando el tema hace más de cien años en su obra sobre la Justicia, **“provoca risa no solo a los hombres de Ley, sino a la mayoría de las gentes”**.

Dr. José García Falconi

ANTECEDENTES HISTÓRICOS SOBRE LA FISCALIA

Como bien dice la Ab. Genoveva Cevallos, Agente Fiscal de Manabí, no se conoce exactamente el origen del Ministerio Público, pero al estudiar las fuentes del Derecho Romano tenemos que las “Respuestas de los Prudentes”, se asimilan a las opiniones y dictámenes fiscales.

En España el Procurador Fiscal surge en el año de 1387, sus funciones eran evitar que los delitos queden en la impunidad y controlar el ingreso de las penas pecuniarias.

En la Gran Colombia el 12 de octubre de 1821 se organizan los Tribunales y Juzgados y en ellos ya hay la presencia de los Fiscales.

El 2 de Junio de 1830 el Gral. Juan José Flores, instituyó la Alta Corte en la que tenía participación el Fiscal.

El 28 de septiembre de 1830 se dictó la primera Ley Orgánica del Poder Judicial y se mantuvo la presencia de los Fiscales.

La primera Constitución de la República del Ecuador que hace mención de los Fiscales como parte del Poder Judicial, es la del año de 1869 en época de Gabriel García Moreno.

Pero es el 20 de junio de 1979 que el Consejo Supremo de Gobierno, expide, la LEY ORGANICA DEL MINISTERIO PU-

BLICO, la misma que fue publicada en el R.O. No. 871 del 10 de julio del mismo año y desde esta fecha el Ministerio Público es independiente de la Función Judicial de la cual formaba parte hasta ese año, ley que se encuentra en vigencia con muy pocas reformas. Una de ellas, consiste en haberse declarado inconstitucional la vigilancia a los jueces y empleados de la Función Judicial, y otra con ocasión de haberse dictado la Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas en el mes de septiembre de 1990.

ESTRUCTURA Y FUNCIONES DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuraduría General del Estado, cuya representación legal es ejercida por el Procurador General, está constituida por la Asesoría Jurídica, la Fiscalía General, las Fiscalías Distritales, y las demás dependencias establecidas en la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Le corresponden las siguientes funciones principales:

PRIMERO.- EL PATROCINIO DEL ESTADO o sea la representación judicial del país y su asesoramiento legal; y,

SEGUNDO.- EL PATROCINIO PUBLICO a través del Procurador General del Estado, los Ministros y Agentes Fiscales, todo ello a través de la Fiscalía General.

De este modo el Ministro Fiscal General, es la más alta autoridad jerárquica y administrativa del Ministerio Público.

En total se conforma por: 185 Agentes Fiscales y 15 Ministros Fiscales Distritales.

El personal administrativo o de apoyo depende de la Procuraduría General del Estado.

En resumen, conforme reiteradamente he manifestado, el Ministerio Público, es la dependencia del Estado, llamada a vigilar, promover y hacer que se cumpla con la ley del país o sea representa la LEGALIDAD que debe hacerla cumplir.

Se dice o se lo conoce también como PATROCINIO PÚBLICO que significa protección o amparo, por lo mismo, el Estado resguarda a sus subditos por medio de los fiscales, siendo su misión fundamental promover la legalidad, mas no acusar por acusar, sino cuando hay mérito para ello, según analizaré más adelante.

FUNCIONES PRINCIPALES DEL MINISTERIO PUBLICO ACTUALMENTE EN EL PAIS.

Debo comenzar señalando que el Fiscal es un funcionario público, que tiene varias obligaciones que se encuentran comprendidas no solo en la Ley Orgánica del Ministerio Público, en el Código de Procedimiento Penal, sino en varias otras leyes que sucintamente analizaré:

EN EL CAMPO PENAL

Es sujeto activo e interviene como representante de la Sociedad, en los procesos penales que tienen por objeto delitos perseguibles de oficio, porque es la Sociedad en estos casos, la afectada por la comisión de estos delitos, y la interesada en el mantenimiento y respeto del orden Jurídico.

Dos son la funciones principales dentro de este campo:

- 1.- Es titular del ejercicio público de la acción penal; y,
- 2.- Es sujeto principal de la pretensión punitiva.

De este modo, la ley le impone al Fiscal una obligación jurídica, que no puede soslayar cuando se trata de la comisión de los deli-

tos pesquisables de oficio, así, debe hacer conocer al respectivo juez de la comisión de ese hecho, esto es debe ejercer LA ACCION PENAL, que viene a ser el mantener el PRINCIPIO DE LEGALIDAD, obligación que en nuestro país no es discrecional, como sucede en otros sistemas procesales como el estadounidense.

El Agente Fiscal de cada juzgado, debe estimular al titular de dicho órgano judicial, mediante el ejercicio de la acción penal, para que inicie el proceso y una vez instaurado, exhiba la pretensión punitiva, solicite las pruebas respectivas al juez, agilite el proceso, presente recursos, etc.

Se me ha interrogado si el FISCAL ES O NO PARTE PROCESAL en un juicio penal?...

Trataré de analizar este punto delicado:

- 1.- El Fiscal es parte, porque esta exhibiendo una pretensión punitiva frente al sindicado, a nombre de la Sociedad agraviada con la alteración del orden jurídico, a fin de que sea estimada por el titular del órgano judicial. Esta pretensión es exhibida, porque la ley lo ha autorizado, lo ha capacitado para que intervenga en el proceso a fin de evitar que un delito quede en la impunidad.
- 2.- Pese a lo anterior, debo reconocer que con alguna razón, también se dice que el Ministerio Público no es parte, porque se trata de un sujeto procesal que está sobre las partes y si bien él es el acusador y Representante del Estado y de la ley, él también puede defender los derechos del reo y por tal puede y debe ejercer su poder en beneficio de éste y por tal bajo este concepto no debe sostenerse que sea parte en este juicio. Terminan señalando aquellos que sostienen esta tesis, que es obvio que el Ministerio Público tiene vinculaciones con el sindicado, con el Juez y así debe entenderse como parte en el Juicio penal, pero esto no significa que participe con interés personal en el juicio penal.

El es superior a las otras partes, pues el sindicado al igual que el acusador es un ciudadano privado, mientras que el representante del Ministerio Público actúa en un plano superior actuando por mandato de la ley y esto lo reconocen nuestros Códigos al no condenarle por ejemplo en costas, ni se le puede calificar su actuación de maliciosa o temeraria, tiene más plazo que el acusador para presentar su dictamen, etc... Esto es obvio porque el Ministerio Público es también protector del inocente, ya que la Sociedad no puede estar interesada sino en que se sustraiga de su seno a quien realmente lo ofendió con su conducta dolosa o culpable.

Con toda razón, el Dr. Bolívar León un distinguido penalista, en un artículo publicado en el diario EL COMERCIO de esta ciudad en el año de 1985 decía: “ En estos tiempos el Ministerio Público tiene superlativa importancia, a tal punto que aspira a que funcione como CUARTO PODER. Esta sería una saludable reforma constitucional, aspiración que se acentuó en las Jornadas Procesales de Bogotá en 1970, en la reunión internacional de México y también en Quito, en el año de 1977”, concluye el mencionado tratadista: “En Estados Unidos el Ministerio Público es tan respetable e independiente que hace caer aún a presidentes y que por tal el Ministerio Público en nuestro país no puede ser burocracia, debe planificar una política criminal a base de las ciencias que estudian al hombre y con el máximo respeto a los derechos humanos” .

FUNCIONES DEL MINISTERIO PUBLICO EN EL AMBITO CIVIL

Por regla general el Ministerio Público no interviene en este campo, porque se ventilan intereses de carácter privado, sin embargo puede y a veces debe ser oído como auxiliar del Juez de lo Civil en todos los casos que aquel lo considere conveniente.

Voy a tratar de ser lo más breve posible, pero es necesario que la colectividad ecuatoriana conozca a ciencia cierta, cuales son las múltiples funciones que desempeña el Fiscal, a fin de que no se tome al Ministerio Público como lo hacen algunas personas y lo que es más aún, profesionales del Derecho que con total desconocimiento señalan que este no tiene la misma responsabilidad que un Juez y, que por lo mismo no amerita que perciba un sueldo igual que aquel. Por supuesto que no tiene la misma responsabilidad que un Juez de lo Penal, PUES LA RESPONSABILIDAD DEL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PUBLICO ES MAYOR, en virtud de que el Juez de lo Penal es solamente juez de instrucción de la etapa sumaria y sólo sentencia en juicios de acción privada, que son contados: injurias, estupro, raptos, cierto tipo de daños y usurpación.

Pero veamos cuales son las atribuciones y deberes que el Ministerio Público tiene en el campo del Derecho Civil y en otros campos del Derecho...

En orden de artículos del Código Civil interviene en lo siguiente:

- 1.- Según el Art. 67, en los casos de muerte presunta;
- 2.- En el Art. 74, en la venta de bienes del desaparecido;
- 3.- En el Art 98, puede proponer la nulidad de un matrimonio civil;
- 4.- En el Art 107, numeral 6to., en el cuidado de hijos de divorciados;
- 5.- En el Art. 145, en la autorización judicial a la mujer;
- 6.- En el Art. 185, en suplir el consentimiento del interdicto;
- 7.- En el Art. 322, sobre la suspensión de la patria potestad;
- 8.- En el Art. 397, para nombrar curador ad-lítem;
- 9.- En el Art. 398, para que no administre el guardador;
- 10.- En el Art. 423, para señalar la obligación de inventariar;
- 11.- En el Art. 442, para aprobar la división de bienes;
- 12.- En el Art. 465, para cerrar cuentas;

- 13.- En el Art. 477, para nombrar tutor;
- 14.- En el Art. 480, cuando el pupilo solicita su opinión;
- 15.- En el Art. 482, provoca la interdicción del disipador y es parte procesal en el Juicio de interdicción;
- 16.- En el Art. 491, interviene para evitar actos vejatorios;
- 17.- En el Art. 515, interviene para nombrar curador de bienes;
- 18.- En el Art. 562, interviene en el juicio de incapacidades o excusas;
- 19.- En el Art. 579, pide remoción del guardador;
- 20.- En el Art. 589, interviene para nombrar administrador de personas Jurídicas;
- 21.- En el Art. 870, interviene en todo juicio de patrimonio familiar;
- 22.- En el Art. 1116, para determinar asignaciones;
- 23.- En el Art. 1334, conoce sobre los legados de beneficencia o piedad;
- 24.- En el Art. 1646, interviene en el caso de ausencia del acreedor en oferta de pago;
- 25.- En el Art. 1726, puede pedir declaración de nulidad absoluta;
- 26.- En el Art. 1727, en cambio, se señala que no puede solicitar la declaración de nulidad relativa.

OTRAS INTERVENCIONES DEL MINISTERIO PUBLICO.

- 1.- Actúa como representante de la Sociedad en la Ley de Defensa del Consumidor;
- 2.- De conformidad con la Ley de Registro Civil interviene en los casos de nulidad o reforma de partidas;
- 3.- En la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, opina sobre el pago de sueldos por fallecimiento de empleados o funcionarios;

- 4.- En el Reglamento de Bienes del Sector Público se cuenta con el Agente Fiscal, en casos de fallecimiento o ausencia de servidores encargados de custodia y administración de bienes;
- 5.- En el Reglamento sobre Depósitos Judiciales interviene el Ministerio Público, revisando las cuentas bancarias y la contabilidad de todos y cada uno de los Juzgados del Distrito;
- 6.- De conformidad con la Ley de Defensa de las Comunidades Campesinas es obligación del Agente Fiscal intervenir en defensa de dichas comunidades;
- 7.- Según el Reglamento de Sorteos debe intervenir en el sorteo un representante del Ministerio Público;
- 8.- Interviene en casos de fallos contradictorios en el pleno de la Corte Suprema de Justicia, el Ministro Fiscal General, así lo establece la Ley Orgánica de la Función Judicial; aun cuando existe en la actualidad una reforma constitucional en la cual no se contempla la presencia de este funcionario;
- 9.- Interviene en los procedimientos sobre adjudicación de aguas de uso público, según la Ley de Aguas;
- 10.- Participa como miembro principal en la Comisión de Rehabilitación Penitenciaria;
- 11.- El Superintendente o la Intendencia de Compañías envían informes constantemente, a fin de que el Ministerio Público se pronuncie sobre informes que él conoce e inicie juicios penales, según lo señala el art. 452 de la Ley de Compañías;
- 12.- Los artículos 337 y 344 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control faculta al Ministerio Público para sancionar a

los Jueces de lo Penal, así lo señalan dichas disposiciones legales; y

13.-Tiene la obligación de vigilar las actuaciones del Registrador de la Propiedad, Mercantil y Notarios de conformidad con el Art. 3 de la Ley de Registros.

No exagero al afirmar que hay más de veinte disposiciones que se refieren al Código de Procedimiento Civil, al Ministerio Público

En síntesis, el Fiscal es un funcionario Judicial, no sometido a la Ley Orgánica de la Función Judicial, que tiene múltiples tareas: una preprocesal cuando ejerce la acción penal, otra procesal cuando exhibe la pretensión punitiva y las que les he mencionado en líneas anteriores. Además tiene un papel preponderante en los juicios por tráfico y tenencia de drogas según la vigente Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

DEFECTOS Y VACIOS DEL MINISTERIO PUBLICO.

1.- No cuenta con una infraestructura administrativa ni investigatoria que le permita cumplir sus funciones a cabalidad. En el Ecuador no existe al momento investigación técnico- científica y especializada, pero es necesario desarrollar acertadamente lo poco que existe a fin de que el esclarecimiento de los delitos y el descubrimiento de autores y partícipes sea eficaz y de ese modo el delincuente individual o la organización criminal no continuen amparados por esta ofuscante impunidad.

2.- Se ha manifestado en forma reiterada, que el Ministerio Público del país adolece de una serie de deficiencias tanto en lo orgánico como en lo funcional, es por eso que no puedo silenciar mi opinión y lo he hecho públicamente, porque este órgano estatal debe obtener del Congreso Nacional una ley que lo independice, actualmente se encuentra en estudio un proyecto de ley que en este

sentido ha sido presentado por el señor Ministro Fiscal General. Insisto, el Ministerio Público, concebido como auxiliar de la justicia, debe gozar de independencia total: orgánica y económica.

3.- No existe un departamento que se dedique a la capacitación del personal del Ministerio Público por lo que los Ministros y Agentes Fiscales no reciben cursos periódicos de capacitación, sólo se los da en una forma ocasional.

4.- No existe una carrera formal para los funcionarios del Ministerio Público, quienes se encuentran sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, aún cuando tienen una duración de 4 años en sus funciones, pero hay que reconocer y espero que esto siga en el futuro, en la práctica se da una carrera informal, pues varios de ellos han ocupado por muchos años dicha función.

5.- El Ministerio Público, constituye un cuerpo de jerarquía tan respetable como lo es la Función Judicial, por esa razón se solicitó la homologación de sueldos con dicha Función, porque quienes conforman el cuerpo de Fiscales deben reunir los mismos requisitos o condiciones que la ley exige para ser funcionario Judicial en los rangos correspondientes.

6.- En lo que respecta al rubro dedicado al apoyo logístico y económico existen graves deficiencias, ya que la mayoría de los locales de Ministerio Público a nivel provincial son arrendados, no cuentan con el espacio adecuado para su funcionamiento y carecen de equipo y material básico.

7.- El presupuesto de la Procuraduría General del Estado se elabora cada año, en el cual está incluido el Ministerio Público, pero en este proceso no se consultaba a los Fiscales. En la actualidad forma parte del Comité de presupuesto el señor Presidente de la Asociación de Ministros y Agentes Fiscales. El presupuesto

asignado al Ministerio Público es insuficiente para cubrir los gastos corrientes, no se diga para el pago de sueldos, que son por demás miserables. Definitivamente la remuneración no guarda relación alguna con la alta responsabilidad que recae sobre sus miembros.

8.- Por último y sin pretender ahondar mas en este tema, debo reconocer que a veces el Ministerio Público desempeña en el proceso penal un papel formal y demasiado pasivo, siendo menester que se tenga mayor iniciativa propia para solicitar diligencias y formular pronunciamientos.

La figura del Ministerio Público siempre se ha considerado indispensable dentro del proceso penal y con mayor razón se lo considera en el proyecto del Código de Procedimiento Penal preparado por la Corte Suprema y el ILANUD.

Me permito sugerir lo siguiente:

1.- El representante del Ministerio Público debe ser un funcionario absolutamente honrado e imparcial, el más importante colaborador en la búsqueda de la verdad material objeto de la investigación, colaboración que debe realizar aportando pruebas conducentes al esclarecimiento de los hechos y a descubrir a los verdaderos responsables del delito.

2.- El Ministerio Público no debe ser sordo ni ciego, de tal modo que no le permita escuchar y ver todo lo que procesalmente existe en favor del acusado, no debe ser el Ministerio Público apasionado, vengativo o parcializado.

3.- El Ministerio Público debe ser una institución dinámica, un órgano público imparcial al servicio de la justicia, inclusive una esperanza para el procesado inocente o garantía también para el culpable, a fin de que su juzgamiento no vaya a exceder lo que

dice la ley. El Ministerio Público no puede permanecer impasible e indiferente contra lo que él considera una injusticia o arbitrariedad.

4.- Deben hacer conciencia quienes conforman el Ministerio Público del país, que en el proyecto de Código de Procedimiento Penal, ha quedado sobresalientemente colocado, porque no sólo continuará con su investidura de representante de la sociedad ecuatoriana en su lucha contra el delito y encargado de que se sancione al culpable del mismo, sino que también se le otorga la dignidad de defensor de los derechos humanos del procesado, protector de su libertad y custodio de su inocencia. Este sería el verdadero Ministerio Público que ha ideado el proyecto del Código de Procedimiento Penal, ese sería el natural representante de la Sociedad y el mejor colaborador de la justicia, que no toleraría que a nombre de ella se ejerciera una acción penal y se pretendiera una medida punitiva contra todo derecho y equidad. De este modo ser representante del Ministerio Público, con esas funciones, constituiría una de las más excelsas misiones que se le pueda encomendar a un hombre, a un funcionario público.

A veces los Fiscales tienden a mirar los aspectos acusatorios perjudiciales comprometidos de la responsabilidad y descuidan igualmente la búsqueda de la prueba que equilibra, es decir lo que puede favorecer a los indiciados. No deben olvidar los señores Fiscales que son ellos quienes deben garantizar que en todas las actuaciones se respeten los derechos humanos y, de no ser así, formular la respectiva denuncia de cualquier violación a los mismos.

El Ministerio Público no puede permanecer impasible e indiferente contra lo que él considera una injusticia o arbitrariedad.

Hace falta la autonomía, independencia y estabilidad en el Ministerio Público, por lo que amerita una reforma legal en este

sentido, porque sólo de esta manera se le puede otorgar dignidad al defensor de los derechos humanos del procesado, al protector de su libertad y al custodio de su inocencia, como lo es el representante del Ministerio Público.

Recordemos lo que dice el Tratadista Enrico Altavilla al referirse al Ministerio Público: "El Ministerio Público no solamente representa la pretensión punitiva del Estado, sino que es el representante de la Sociedad para la defensa de los derechos de los asociados ofendidos por el delito; no busca un culpable sino al culpable; pretende como lo pretende la Sociedad el castigo de quien la ha ofendido; por moral, por ley y por deber es el natural protector del inocente, acusa al culpable pero ofrece colaboración y auxilio al inocente sobre quien recaen sospechas y obedece así a la orden de la Sociedad que le confía el mandato de castigar a los delincuentes y de proteger a los honrados".

EL MINISTERIO PUBLICO dirigido por un distinguido jurista, como lo es el señor doctor Fernando Casares Carrera, un hombre de bien, que ha colaborado en todo momento para combatir la CORRUPCION, dando ejemplo de honradez en la cabeza de la Institución, la misma que hace presencia ante los Tribunales de Justicia y velando por el interés de la Sociedad, a fin de que se mantenga la correcta aplicación de la Ley y resguardando por todo lo que interesa al orden público y al Estado.

EL PAPEL DEL PODER JUDICIAL EN LA APLICACION DEL DERECHO AMBIENTAL Y LAS ACCIONES DE INTERES PUBLICO

Dr. Santiago Andrade Ubidia ¹

MARCO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO AMBIENTAL:

I

La Constitución Política del Ecuador contenía muy pocas disposiciones relativas al derecho ambiental, sin embargo, se ha enriquecido de modo realmente notable en virtud de las reformas introducidas por la Ley reformativa de la Constitución, publicada el 16 de enero de 1996 (Registro Oficial No. 863) e incorporadas a la Codificación de la misma, promulgada el 18 de junio de 1996 (Registro Oficial No. 969).

En efecto, antes de estas reformas la Carta Fundamental ecuatoriana únicamente contenía dos normas relativas a la materia del presente estudio:

1.- La primera, que forma parte del actual artículo 22 (anteriormente 19), relativo a los derechos de las personas, cuyo nume-

(1) Este trabajo actualiza y amplía el informe presentado por el autor y por la Dra. Valeria Merino Dirani al Seminario "Derecho para un Planeta Verde", llevado a cabo en Manaus, Brasil, el 27 y 28 de mayo de 1996

ral 2º constituye una referencia general a los asuntos de protección del medio ambiente. Esta disposición declara que, sin perjuicio de otros derechos necesarios para el pleno desenvolvimiento moral y material que se deriva de la naturaleza de la persona, el Estado le garantiza el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación; que es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza; y que la ley establecerá las restricciones al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente; y

2.- La segunda, que constituye actualmente el artículo 65 (anteriormente 50), y que es una referencia a la gestión que deben tener las municipalidades en cuanto a la conservación y protección del medio ambiente: esta norma dispone que, para hacer efectivo el derecho a la vivienda y a la conservación del medio ambiente, las municipalidades podrán expropiar, reservar y controlar áreas para el desarrollo futuro, de conformidad con la ley.

II

Gracias a las reformas constitucionales anotadas, el panorama normativo ha variado fundamentalmente en este campo. En efecto:

1.- Se ha organizado en mejor forma el texto constitucional, incluyéndose en el título II, de los derechos, deberes y garantías, sección I, de los derechos de las personas, con el nombre de "principios generales", tres disposiciones:

a) En la primera de ellas, artículo 19, la Constitución

declara que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza la Constitución; que todos los habitantes de la República tienen el deber de promover el bien común, fortalecer la unidad nacional, colaborar para el progreso integral del Ecuador, conservar el patrimonio natural y cultural de la Nación y respetar los derechos de los demás: con esta nueva disposición, se amplía notablemente la declaración del artículo 2, que ya formaba parte de la misma y que dice que es función primordial del Estado fortalecer la unidad nacional, asegurar la vigencia de los derechos fundamentales del hombre y promover el progreso económico, social y cultural de sus habitantes.

b) En la segunda norma, artículo 20, se declara que el Estado garantiza a todos los individuos, hombres o mujeres que se hallen sujetos a su jurisdicción, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, enunciados en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes.

c) Finalmente, se incorpora una tercera norma, artículo 21, de enorme trascendencia y que deberá ser debidamente apreciada por los juzgadores y administradores, en virtud de la cual los derechos y garantías consagrados en la Constitución son plenamente aplicables e invocables ante cualquier juez, tribunal o autoridad pública.

2.- Se crea la figura de “la defensoría del pueblo”, párrafo II de la sección II (de las garantías de los derechos) del título II, artículo 29, cuyas funciones serán las de promover y patrocinar

nar los recursos de Habeas Corpus y de Amparo de las personas que lo requieran; defender y excitar la observancia de los derechos fundamentales que esta Constitución garantiza; y ejercer las demás funciones que le asigne la Ley.

3.- La reforma constitucional ha sustituido el artículo 51 (hoy 66), relativo a la propiedad de la tierra; entre los cambios producidos, tiene interés para nuestro estudio el que aparece en el inciso final que se manda agregar, en virtud del cual se dispone que la colonización dirigida y espontánea será regulada con el propósito de mejorar la condición de vida del campesino, precautelando los recursos naturales, el medio ambiente y procurando fortalecer las fronteras vivas del país.

4.- Se incorpora a la Constitución la figura del “amparo”, párrafo IV de la Sección II del título II, artículo 31, y se la regula, en forma muy minuciosa, de la siguiente manera:

a) Se declara que toda persona podrá acudir ante los órganos de la Función Judicial que la Ley designe y requerir la adopción de medidas urgentes, destinadas a hacer cesar o evitar la comisión, o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto ilegítimo de autoridad de la administración pública violatorio de cualquiera de los derechos constitucionales y que pueda causar un daño inminente, a más de grave e irreparable.

b) Se dispone que, para este efecto, no habrá inhibición del juez que deba conocer del recurso ni obstarán los días feriados.

c) Ordena al juez que convoque de inmediato a las partes para ser oídas en audiencia pública, dentro de veinticuatro horas y

al mismo tiempo de encontrarlo fundado, ordene la suspensión de cualquier acción actual o inminente que pudiere traducirse en violación del derecho constitucional.

d) Manda que, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez dicte su resolución de la cual se dará de inmediato cumplimiento.

e) Dispone que la providencia de suspensión sea obligatoriamente consultada, para su confirmación o revocatoria, ante el Tribunal de lo Constitucional, órgano ante el cual procederá el recurso de apelación por la negativa de la suspensión, debiendo en ambos casos el juez remitir de inmediato el expediente al superior.

6.- Indudablemente la reforma que tiene mayor interés en el presente caso, es la que incluye el título "Del medio ambiente", sección VI del título II, artículos 44 al 48, muy rico como se verá de inmediato, integrado de las siguientes disposiciones:

a) Se declara que el Estado protege el derecho de la población a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice un desarrollo sustentable. Por ello se declara de interés público y se regulará conforme a la Ley:

- La preservación del medio ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país;
- La prevención de la contaminación ambiental, la explotación sustentable de los recursos naturales y los requisitos que deban cumplir las actividades públicas o privadas que puedan afectar al medio ambiente; y,
- El establecimiento de un sistema de áreas naturales protegidas.

das y el control del turismo receptivo y ecológico.

b) Se prohíbe la importación, fabricación, tenencia y uso de armas químicas, biológicas y nucleares; así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares y desechos tóxicos.

c) La Ley tipificará las infracciones y regulará los procedimientos para establecer las responsabilidades administrativas, civiles y penales, que correspondan a las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras por las acciones u omisiones en contra de las normas de protección al medio ambiente.

d) El Estado ecuatoriano será responsable por los daños ambientales, en los términos señalados en el artículo 23 de la Constitución.

El referido artículo 23 dice: “El Estado y más entidades del sector público estarán obligadas a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos.

Las entidades antes mencionadas tendrán, en tales casos, derecho de repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hubieren causado los perjuicios. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados será establecida por los jueces competentes.

e) Se concede acción popular, en los siguientes términos: “Sin perjuicio de los derechos de los ofendidos y de los perjudica-

dos cualquier persona natural o jurídica, podrá ejercer las acciones contempladas en la Ley para la protección del medio ambiente.” (art. 48)

III

La vigorosa reforma constitucional, de tal reciente data, no ha sido posible ponerla en aplicación por falta de la normatividad secundaria que establezca los órganos y los procedimientos. En efecto, es necesario que se dicte la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, así como la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo y la Ley del Medio Ambiente y que se normen los procedimientos; además, por interpretación de la Corte Suprema de Justicia, es preciso que la ley establezca el órgano jurisdiccional que conocerá de las acciones de amparo.

En la historia reciente del Ecuador se han producido situaciones imposibles de solucionar por falta de un marco legal adecuado; un ejemplo es el del Tribunal de Garantías Constitucionales, cuya actividad se vio menguada por carecer de una ley que regulara su funcionamiento y que diera eficacia a sus resoluciones. En lo que va del presente año, el Congreso del Ecuador no ha podido desarrollar una efectiva labor legislativa por los problemas de índole política que se han presentado en el país. En lo que dice relación al campo que hoy nos interesa, se halla presentado al Congreso ecuatoriano un proyecto de ley del medio ambiente, muy ambicioso y completo, que hasta el momento no ha recibido el trámite correspondiente. Sin embargo, la sociedad civil

se halla presionando intensamente para lograr que las normas constitucionales tengan vigencia real. El propio Gobierno nacional, mediante Decreto No. 1802 publicado en el Registro Oficial No. 456 de 7 de junio de 1994, es decir, antes de la reforma constitucional, estableció las “políticas básicas ambientales del Ecuador”, un conjunto de compromisos digno de ser relevado, ya que debe caracterizar la actuación de la Función Ejecutiva en este campo; finalmente, en reciente data se creó el Ministerio de Medio Ambiente, por medio del Decreto 195-A, publicado en el Registro Oficial suplemento al No. 40 de 4 de octubre de 1996, cuyos principales objetivos son, al tenor de su artículo segundo:

“a) Coordinar, unificar, ejecutar y supervigilar las políticas, programas y proyectos de las diversas entidades y dependencias de la Función Ejecutiva, ubicadas en el área de medio ambiente;

b) Unificar regulaciones y reglamentos existentes en la materia;

c) Asumir el rol de autoridad ambiental dentro de la Función Ejecutiva, encaminando hacia los correspondientes jueces y autoridades el juzgamiento y las sanciones que ameriten los casos de violación de las leyes y disposiciones en la materia;

d) Coadyuvar a la educación formal y no formal de los ecuatorianos en dirección a lograr el desarrollo de una verdadera conciencia de desarrollo sustentable, basado en el triple principio de progreso económico, bienestar social y preservación del medio ambiente;

e) Propiciar la participación directa del sector privado y de las comunidades en el campo de la investigación, la planificación y la acción ecológica;

- f) Impulsar masivamente actividades como la forestación y reforestación como forma de preservar el medio ambiente; y,
- g) Promover, impulsar y ejecutar acciones que fomenten el etno-ecoturismo.”

Se ha de poner hincapié en que los esfuerzos por alcanzar el reconocimiento directo de un derecho constitucional ha venido históricamente tropezando con la barrera infranqueable de la posición adversa de los juzgadores, quienes han sostenido que los textos constitucionales que consagran diversos derechos son meramente declarativos y que su aplicación precisa de un desarrollo legal. Por cierto que, con un sutil argumento, el informe de la Comisión de la Corte Suprema de Justicia, que se transcribe más adelante, ha afirmado que si bien lo que dispone el artículo 21 de la Constitución impide que ciertos preceptos constitucionales se consideren como meramente declarativos pero que la misma disposición impone que la competencia para conocer de una reclamación por inconstitucionalidad nazca de la ley, con lo cual en la práctica las disposiciones constitucionales en que se reconocen derechos quedan en el plano de lo meramente declarativo.

Se puede afirmar que la situación ha variado totalmente, desde el momento en que se ha introducido en la Constitución Política, como un principio general, el que los derechos y garantías consagrados en la Constitución son plenamente aplicables e invocables ante cualquier juez, tribunal o autoridad pública (artículo 21), sin embargo, debe observarse que el texto constitucional parece contradecirse cuando dispone que las acciones de amparo

se propongan ante los órganos de la función judicial que la ley designe (artículo 31), por lo que, en la práctica, se tropieza actualmente con el problema de que, por no haberse dictado todavía la ley que designe el órgano judicial competente, no es posible impetrar la protección de los derechos y las garantías consagrados en la constitución y que hayan sido violados, habiéndolo así entendido la propia Corte Suprema de Justicia al aprobar el informe preparado por los Magistrados Jorge Maldonado Renella, Alberto Wray Espinosa y Carlos Pozo Montesdeoca, que por su interés histórico se lo transcribe íntegro:

“1. El recurso constitucional de amparo

El art. 31 de la Constitución garantiza a toda persona la posibilidad de acudir ante los órganos de la Función Judicial que la ley designe, para que se adopten medidas urgentes destinadas a impedir la comisión, hacer cesar o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto de la administración pública que sea violatorio de un derecho constitucional y que pueda causar un daño inminente, grave e irreparable.

La decisión que adopte el órgano judicial, es susceptible de consulta y apelación para ante el Tribunal Constitucional.

De estas disposiciones constitucionales conviene advertir, para efectos del análisis ulterior, los aspectos siguientes:

a) El de amparo no es un recurso común por inconstitucionalidad, sino una medida protectora de carácter especial, cuya

admisibilidad está limitada, en primer lugar, a los casos en que el acto de autoridad es violatorio de alguno de los derechos reconocidos por la Constitución a las personas. No procede cuando, sin atender directamente contra alguno de tales derechos, incurre en violación objetiva de la norma constitucional por defecto de forma, por ejemplo.

b) El recurso está limitado exclusivamente a los casos en que la violación al derecho constitucional puede causar un daño inminente, grave e irreparable. No procedería en consecuencia cuando el daño sea eventual o remoto, cuando no sea grave o cuando sea susceptible de reparación directa, como en los casos en los que mediante una sentencia judicial podría disponerse que las cosas vuelvan al estado anterior al de la violación.

c) El órgano con competencia para conocer del recurso, no está designado en la propia Constitución, sino que ésta se remite a la ley. El legislador constitucional ha querido, de manera expresa, abstenerse de hacer una atribución directa de competencia y ha preferido, también de manera expresa, delegar tal determinación al legislador ordinario. No se trata, por consiguiente, de un vacío ni de una laguna que deban llenarse por vía de integración.

d) Como la competencia nace de la ley, ningún Juez podría en estricto derecho admitir el recurso, mientras una ley, que en el futuro deberá dictarse, no se la atribuya de manera expresa.

2. El problema

Algunas personas han hecho ya uso del recurso ante diferentes órganos judiciales. Han fundado su comparecencia en la

disposición del art. 21 de la Constitución, según la cual los derechos y garantías consagrados en ella, son plenamente aplicables e invocables “ante cualquier juez, tribunal o autoridad pública”. Los órganos jurisdiccionales en cuestión han asumido conocimiento del recurso y lo han resuelto. Por su parte, el Tribunal Constitucional, cuyo despacho, en virtud de lo previsto por la Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución, está todavía a cargo de los miembros del fenecido Tribunal de Garantías Constitucionales, ha reconocido la competencia de cualquier órgano judicial, sin distinción de materia, grado, ni territorio, para conocer del recurso, como aparece de las resoluciones publicadas en el Registro Oficial de los días 30 de agosto y 17 de septiembre de 1996.

A juicio de la Comisión, se trata de una situación jurídicamente irregular. El art. 21 de la Constitución deja establecido el principio de que cualquier juez, del grado que fuere, debe velar por la eficacia de los derechos garantizados por la Constitución a las personas, pero dentro del ámbito propio de su competencia. En este sentido, la norma impide que se considere a ciertos preceptos constitucionales como meramente declarativos, por una parte y, por otra, modifica la disposición que reservaba solamente a los tribunales de última instancia la facultad de considerar inaplicable al caso concreto una disposición inconstitucional, modificación que, por cierto, no ha sido incorporada al codificar la Constitución, de manera que ahora existe evidente incongruencia entre el art. 21 y el 172 de la Carta Política. No puede, por consiguiente, invocarse el art. 21 de la Constitución como una autorización para pasar por

alto las reglas de la competencia y menos como una norma en cuya virtud quede modificado el texto expreso del art. 31 de la propia Carta Política.

3. Conclusiones

Si bien la Corte Suprema no tiene facultad para modificar las decisiones adoptadas por el Tribunal Constitucional en ejercicio de sus atribuciones, no puede dejar de manifestar su criterio sobre el problema jurídico descrito, tanto al Tribunal Constitucional, haciéndole saber la preocupación del más alto Tribunal de Justicia, como al Congreso Nacional, para solicitarle que expida cuanto antes la ley en la cual se regule el ejercicio del recurso constitucional de amparo.”

Por cierto que el informe de la Comisión de Magistrados ni siquiera ha tenido en cuenta que el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado (Registro Oficial 349 de 31 de diciembre de 1993) dispone que los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo y Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos y hechos que hayan sido expedidos, suscritos o producidos por el Estado y otras entidades del sector público, que el administrado afectado por tales actividades, presentará su denuncia o recurso ante el Tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio y que el procedimiento aplicable será el previsto en la Ley de la materia, norma ésta que, a juicio de destacados juristas, estaría atribuyendo competencia

para conocer del recurso de amparo a tales tribunales distritales.

Como consecuencia de esta posición adoptada por la Corte Suprema de Justicia, los jueces se excusan de conocer de los recursos de amparo por no haberseles atribuído la competencia.

LAS ACCIONES DE GRUPO Y LAS ACCIONES POPULARES

I

La Ley ecuatoriana no prevé, en absoluto, las acciones de grupo; éste es un concepto totalmente desconocido en el sistema procesal del país ya que se considera que para entablar una acción ante los tribunales de justicia se requiere exista un derecho real o personal que sirva de fundamento a la misma, un interés actual para ejercitarla y la capacidad para gestionar judicialmente; por lo tanto, si no concurren estos tres elementos, el actor no estará legitimado y no prosperará su acción; sin un texto legal que prevea este tipo de acciones, sería imposible alcanzar su reconocimiento judicial ya que se sostiene, como uno de los pilares fundamentales del proceso, el del interés del actor. Para actuar en defensa o resguardo del derecho de un conjunto claramente identificable de individuos con una misma comunidad de intereses, será necesario ostentar la representación legal o voluntaria de todos esos individuos, ya que de lo contrario se rechazará la acción por ilegitimidad de personería.

De la misma manera, se puede afirmar que el artículo 2260

del Código Civil, niega la posibilidad de intentar una acción de grupo ya que al conceder acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas, sin embargo advierte que si el daño solamente amenaza a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción. Lo mismo puede aplicarse en el caso del artículo 1010 del Código Civil cuando en su inciso segundo dice "Y si el daño padecido o temido perjudicare a muchos, cada uno tendrá derecho para intentar la denuncia o querrela por sí solo, en cuanto se dirija a la prohibición, destrucción o enmienda de la obra; pero ninguno podrá pedir indemnización sino por el daño que él mismo haya padecido, a menos que legitime su personería relativamente a los otros."

En virtud del principio de la relatividad del fallo judicial, según el cual lo decidido por el juzgador tiene efecto únicamente entre las partes y sus sucesores en el derecho, (**res inter alios judicata, aliis non obest**), se niega la posibilidad de que la sentencia sea oponible **erga omnes**, de manera que, en caso de que se deduzca nueva acción por otro perjudicado, la sentencia ni siquiera constituiría precedente contra el demandado y tampoco se podrá utilizar en su contra la prueba actuada en el juicio fallado sino que deberá nuevamente practicarse en cada uno de los procesos.

Por todas estas consideraciones, que tienen peso determinante en el criterio de los juristas ecuatorianos, la actitud mayoritaria es totalmente adversa a la posibilidad de que se admita una acción de grupo, lo que constituye un gravísimo escollo para lograr

una actualización del proceso ecuatoriano en este punto.

Sin lugar a dudas que este campo es de innegable interés, y en Ecuador se debe realizar una labor intensa de difusión de este concepto. Precisamente, en esta línea de acción, quienes se hallan empeñados en impulsar una ley para la defensoría del pueblo, incluyen entre sus funciones la defensa de los derechos difusos, ya que la propia Ley de Defensa del Consumidor (Registro Oficial 520 de 12 de septiembre de 1990) en su artículo 34 niega la viabilidad de una acción de este tipo al disponer que “los representantes legales de las Asociaciones de Consumidores a petición expresa de la parte perjudicada, podrán presentarse como denunciantes o acusadores particulares, en los procesos para el juzgamiento de las infracciones a esta Ley, sin perjuicio de la intervención del Ministerio Público”, el cual es parte en estos procesos de conformidad con el artículo 53, en representación del “interés público”.

El proyecto de Ley de Medio Ambiente, que se halla presentado al Congreso Nacional, pretende introducir en la legislación ecuatoriana la acción de grupo.

II

En la Constitución Política del Ecuador no existe una consagración general de las acciones populares, salvo el caso antes indicado relativo al medio ambiente.

Sin embargo, las acciones populares se hallan reconocidas puntualmente tanto en el Código Civil como en varias leyes.

El Código Civil Ecuatoriano, inspirado en el de Don Andrés Bello, concede acción popular en varias de sus disposiciones: los artículos 61, 1012, 2260 y 2261 así lo hacen, y por cierto que, de la lectura de los artículo 1012 y 2261 aparece que el interés del denunciante se halla en la obtención de una recompensa.

En múltiples leyes se concede acción popular, en muchos campos tales como del medio ambiente (Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental, art. 29; Código de Policía Marítima, art. 115 y 201), de la garantía de los derechos (Ley del Derecho de Habeas Corpus, art. 2), de protección de la salud (Código de la Salud, art. 225; Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Sicotrópicas, art. 114.), de defensa al consumidor (Ley de Defensa del Consumidor, art. 54; Ley de Pesas y Medidas, art. 225; Ley de Ventas por Sorteo, art. 12), de protección del patrimonio cultural (Ley de Patrimonio Cultural, art. 23), de la seguridad social (Ley del Seguro Social Obligatorio, art. 253), de la identidad personal (Ley de Registro Civil (art. 127), de los derechos políticos (Ley de Elecciones, art. 114), del régimen seccional (Ley de Régimen Municipal, arts. 56 y 67; Ley Especial de Oriente, art. 9; Ley de Cartografía Nacional, art. 27 y 30), del sistema financiero y cooperativo (Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, art. 211; Ley de Cooperativas, art. 148), de la protección a los incapaces (Código de Procedimiento Civil, art.

773 para la interdicción de toxicómanos y ebrios consuetudinarios), de la defensa profesional, (Ley de la Federación Ecuatoriana de Enfermeras y Enfermeros, art. 15; Ley para el Juzgamiento de los Tinterillos, art. 2). Igualmente, en numerosos reglamentos a varias leyes se concede acción popular, lo cual ha de entenderse que lo es para denunciar ante la autoridad competente las violaciones de la ley (ejemplo: Reglamento ambiental para las actividades hidrocarburíferas, art. 64),² pero en ningún caso lo será para plantear una acción judicial, ya que la acción popular que franquea el ejercicio de una acción es una excepción al principio del interés directo para legitimarse en juicio, y que las excepciones únicamente pueden nacer de la ley.

Actualmente -en el ámbito del derecho administrativo- y a partir de la Promulgación del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (Decreto 1634, publicado en el Segundo Suplemento al Registro Oficial 411 de 31 de marzo de 1994), se establece la posibilidad cierta de que cualquier ciudadano inicie, promueva o intervenga en el procedimiento administrativo alegando la vulneración de un interés comunitario, en especial, la protección del medio ambiente (artículo No.115, literal b).³ En otras palabras, cualquier persona a nombre de la sociedad se considera legitimada para solicitar la revocatoria de un acto administrativo que puede resultar en la vulneración de un derecho de la comunidad, en especial, la protección del medio

(2) Se concede acción popular para denunciar ante la Subsecretaría de Medio Ambiente todo hecho que produzca contaminación ambiental en las actividades hidrocarburíferas, la que estudiará y analizará la denuncia previo al trámite correspondiente. El denunciado presentará las pruebas de descargo ante la Subsecretaría y podrá iniciar las acciones legales a que hubiere lugar frente a denuncias no comprobadas e infundadas.

ambiente.

Sin embargo el Estatuto también contiene otra disposición en el artículo 131, que establece que “el daño alegado deberá ser real y determinado con relación a una persona o grupo de personas.” Este artículo puede considerarse en cierta manera un limitante, pero no existe actualmente jurisprudencia con respecto a que deberá entenderse por daño real y determinado con relación a una persona o grupo de personas en cuanto a la aplicación del Estatuto, pero se espera que siguiendo el desarrollo de la jurisprudencia en otros países, se someta su calificación a la concurrencia de dos elementos: a) que efectivamente se pueda demostrar la existencia real o potencial de daño aunque no sea patrimonial, y b) que el bien jurídico que se pretende proteger sera uno que esté efectivamente protegido por la ley vigente (Sierra Club V. Norton).⁴

Excepto el caso de la Ley de Defensa del Consumidor, que si prevé una jurisdicción especial y una vía sumaria propia, las acciones populares carecen de una y otra, razón por la cual, si se trata de una acción civil, se ha de acudir ante los jueces de lo civil quienes sustanciarán la causa por la vía ordinaria o de lato

(3) Art. 115. CAPACIDAD DE OBRAR: Se consideran legitimados para intervenir en el procedimiento administrativo:

a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos;

b) Cualquier ciudadano que inicie o intervenga en el procedimiento administrativo alegando la vulneración de un interés comunitario, en especial, la protección a la ecología y al medio ambiente;

c) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte; y,

ch) Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses sociales y económicos en tanto tengan personalidad jurídica.

(4) Findley Roger, Farber Daniel, Environmental Law, West Publishing Company, 1991, p. 2

conocimiento (salvo el caso de la acción popular reconocida en el interdicto posesorio de obra nueva consagrada en el artículo 1012 del Código Civil, que se sustancia por vía verbal sumaria). En el campo penal, no cabe acción popular ya que conforme con el artículo 24 del Código de Procedimiento Penal, únicamente puede acusar el ofendido o su representante legal, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, el cónyuge y el heredero que acusa la muerte del instituyente; en el caso de las personas jurídicas podrá acusar su representante legal. Sin embargo, cualquier persona podrá presentar denuncia en el caso de delitos de acción pública y el enjuiciamiento deberá proseguir de oficio, a más de que puede acusar el Ministerio Público.

En el caso de acciones populares por violaciones de los derechos constitucionales cometidos por las autoridades de la administración pública, deberá necesariamente esperarse que la ley determine el órgano jurisdiccional competente para conocer de las mismas, en razón del mandato constitucional y de la posición adoptada por la Corte Suprema de Justicia, ya vistos en líneas precedentes y no obstante lo que dispone el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado.

Sin lugar a dudas que, esta falta de jurisdicción y procedimientos especiales, han obstaculizado seriamente el ejercicio de acciones populares en Ecuador, hasta el punto que, en el último cuarto de siglo, se ha publicado un solo fallo de acción popular en la Gaceta Judicial, órgano de la Corte Suprema de Justicia, mismo que aparece en el No. 1 de la serie XIII, páginas 185 a 190, reso-

Sumariamente se expondrá el caso: una empresa hotelera inició la construcción de obras civiles ocupando una parte de la playa y del malecón de la ciudad de Manta, reduciendo a este último a un simple callejón con grave peligro para la circulación de personas y vehículos; un ciudadano se presentó por sus propios derechos, ejerciendo la acción popular consagrada en el artículo 1012 del Código Civil, argumentando que el terreno que se estaba ocupando con las obras nuevas en proceso de ejecución era del dominio y goce público, de manera que no podía ser ocupado con las obras en proceso de ejecución, y pidió la suspensión de las obras, el derrocamiento de las realizadas y que se prohiba a la empresa demandada el continuar ejecutando obras en dicha playa. La empresa demandada se opuso a esta acción alegando que en el proceso había “falta de personería jurídica del actor”, lo que fue rechazado porque, según el artículo 1013 del Código Civil, las acciones municipales o populares se entenderán sin perjuicio de las que competan a los inmediatos interesados “de donde se colige que el denunciante que demanda a título personal, una acción personal tiene capacidad legal o sea que su personería es legítima”; la parte demandada también se defendió alegando que, al ser la acción propuesta un interdicto posesorio de obra nueva, el actor debía probar hallarse en posesión del terreno sobre el cual se estaba levantando la edificación, pero el Tribunal falló rechazando esta excepción por considerar que “la acción posesoria especial de obra nueva, por denuncia popular, tiene las características de un caso de excepción por tratarse de “los caminos, plazas y otros lugares de

uso público”, en donde el requisito de posesión material del suelo donde se trata de construir o se ha empezado la obra nueva denunciada, se entiende cumplido, ya que los bienes de uso público son poseídos por todos (artículo 623 del Código Civil); lo contrario dejaría sin efecto la esencia y contenido de la disposición de la Ley (artículo 1012 del Código Civil), que tiende, precisamente, a precautelar los bienes y la seguridad de todos los habitantes de la Nación”; habiéndose probado en el juicio que se encontraba en proceso de construcción la obra denunciada, admitió la demanda y dispuso que se suspenda la misma, pero no aceptó el petitorio de que se prohíba judicialmente la ejecución de obras nuevas o construcciones que pretendan ocupar áreas de la playa por considerar que la acción de obra nueva “no tiende a reparar o extinguir los efectos o sancionar el atentado posesorio; lo que busca es detener una iniciada situación de hecho para permitir que, antes que la cosa se haya consumado, puedan las partes, dentro de otro juicio idóneo por su objetivo hacer valer sus derechos, ya en una verdadera acción posesoria o ya en un recurso petitorio”.

LA JURISDICCION PARA CONOCER DE LAS INFRACCIONES A LAS LEYES DE PROTECCION AMBIENTAL

I

En Ecuador, se distinguen las siguientes jurisdicciones para el conocimiento de las acciones que se entablen por las infracciones a las leyes de protección ambiental:

1.- En los casos en que se viole un derecho o una garantía constitucional, el conocimiento de la reclamación corresponderá al

Este organismo ha sido creado por la reforma constitucional de 16 de enero de 1996, que suprimió la Sala de lo Constitucional que formaba parte de la Corte Suprema de Justicia.

Este Tribunal tiene jurisdicción nacional y su sede en la ciudad de Quito, capital de la República.

La norma constitucional que lo establece dispone que la Ley Orgánica determinará las normas para su organización, funcionamiento y los procedimientos para su actuación, lo cual implica que, mientras no se dicte dicho cuerpo normativo, no podrá actuar el organismo. Entre los asuntos que competen al Tribunal se halla el conocer las resoluciones que denieguen los recursos garantizados en el Título II, Sección II “de las garantías de los derechos” y los casos de consulta obligatoria o apelación previstos en el Recurso de Amparo.

La demanda de inconstitucionalidad en los casos de denegación de los recursos garantizados en la sección “de las garantías de los derechos” únicamente podrá ser presentada por el Defensor del Pueblo. Las consultas ordenadas por el juez que conozca del recurso de amparo en caso de que se ordene la suspensión permitirán que el proceso suba de oficio hasta el Tribunal Constitucional y las apelaciones por la negativa de la suspensión harán que suban por el impulso de la parte recurrente.

2.- En los casos en que se viole un derecho o una garantía constitucional por acto ilegítimo de autoridad de la administración pública, que origine una acción de amparo, como se ha visto ya, será competente para conocer de la misma en primer nivel el órgano de la función judicial que determine la ley a dictarse, según lo entiende el informe de la Comisión de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia aprobado por el Tribunal en Pleno.

3.- En caso de que se produzca una transgresión de la ley por hecho de la administración pública, si es que ello no constituye violación de los derechos y garantías constitucionales, conocerá de la correspondiente acción el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente en razón del territorio: el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado (Registro Oficial 349 de 31 de diciembre de 1993) dispone que los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo y Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos y hechos que hayan sido expedidos, suscritos o producidos por el Estado y otras entidades del sector público. El administrado afectado por tales actividades, presentará su denuncia o recurso ante el Tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento aplicable será el previsto en la Ley de la materia.

De las sentencias y de los autos que pongan fin al proceso se podrá interponer recurso de casación para ante la Sala especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con lo que disponen los artículos 1 y 2 de

La reclamación de la indemnización de perjuicios que el particular sufra como consecuencia de los actos de los funcionarios y empleados en el desempeño de su cargo, igualmente se ventilarán ante el correspondiente Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo.

En este punto, debe anotarse que el derecho a ser indemnizado se halla consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política desde el año de 1979, (artículo 23 de la codificación actual) sin embargo, como no se había promulgado una ley que la desarrollase, los jueces permanentemente se habían resistido a admitir esta clase de demandas, argumentando que el artículo 23 de la Constitución Política (antes 20) es una mera declaración que requiere de una ley que establezca la jurisdicción y competencia así como el procedimiento, lo cual en el fondo implicaba denegación de justicia; sin embargo, en la actualidad, por lo que dispone el antes mencionado artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, que manda que el correspondiente Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo conozca y resuelva de todas las demandas y recursos derivados de hechos que hayan sido producidos por el Estado y otras entidades del sector público y que el procedimiento aplicable será el previsto en la Ley de la materia, el argumento antes anotado ya no podrá ser invocado para denegar justicia.

Previamente a la interposición de la demanda ante el

Tribunal de lo Contencioso Administrativo, quien haya sufrido el daño puede acudir directamente a la administración reclamando la indemnización a que tenga derecho, amparándose en lo que dispone el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

En base a lo dispuesto en los artículos 130 y siguientes de ese cuerpo normativo, es posible exigir directamente al órgano de mayor jerarquía en el ramo (la entidad que ha causado el daño) el pago de las indemnizaciones y perjuicios causados por las autoridades y personal al servicio de la entidad. Si la entidad se abstiene de pronunciarse en el plazo de tres meses el interesado tendrá derecho a la acción contenciosa en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Se ha interpretado por algunos sectores que, si una persona a nombre de la sociedad en general, en defensa del medio ambiente, reclama el pago de indemnización de daños y perjuicios por los daños causados por una decisión administrativa o por una omisión lo puede hacer directamente ante la autoridad competente y ya no por la vía civil en la Función Judicial. Sin embargo aún se impone la necesidad de que el daño sea real y determinado con relación de una persona o grupo de personas (artículo 131 del Estatuto).

Aunque se ha dado un indudable avance, aún no es posible en el Ecuador demandar en base a la aplicación de una persona o grupo de personas difusos en su plenitud.

4.- La violación de las leyes de protección ambiental y sus reglamentos por los particulares son acusables en sede administrativa ante la autoridad competente, la cual impondrá las sanciones de multa, suspensión o cancelación de permisos y decomiso según sea la índole de la infracción establecida; adicionalmente, de encontrar la autoridad competente que se ha cometido una infracción a la ley penal, deberá poner en conocimiento del respectivo juez de instrucción.

5.- Si la infracción de la ley, realizada por los particulares, produce daños y perjuicios a un tercero, el agraviado que pretende únicamente alcanzar que se le indemnice de los daños y perjuicios sufridos, fundándose en las disposiciones del Código Civil relativas a los delitos y cuasidelitos civiles, ha de proponer su acción ante un juez de lo civil. La acción de daño moral se ha de deducir ante un juez de lo civil, ya que se considera que la misma es de índole civil y la ley de la materia deja a salvo la pena impuesta por la comisión de un delito o cuasidelito, al igual que declara que la indemnización por este concepto es independiente, por su naturaleza, de las que en los casos de muerte, incapacidad para el trabajo u otros semejantes, regulan otras leyes.

6.- Si los particulares cometen infracciones de índole penal, la víctima ha de incoar la acción respectiva para que se sancione el ilícito, mediante la presentación de su acusación particular ante el juez de lo penal, el cual será competente, además, para conocer y resolver la acción indemnizatoria de los daños y perjuicios que sean consecuencia directa e inmediata del ilícito, en

caso de que se produzca sentencia condenatoria contra los infractores y la acusación particular haya sido admitida.

LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES Y EL DERECHO DEL TRABAJO

143

Dr. Julio César Trujillo Vásquez

Las reformas a la Constitución Política de la República que entraron en vigencia el 16 de enero de 1.996 y cuya codificación se encuentra publicada en el Registro Oficial No. 969 del 18 de junio de 1.996, introdujeron importantes reformas en el Derecho Ecuatoriano del Trabajo, como en otras materias.

En la Constitución vigente hasta antes de las reformas, el Art. 31 se ocupaba de estas materias de manera especial aunque no exclusiva; a su texto original se han agregado algunas cuestiones que no constaban antes; a ese artículo corresponde el actual Art. 49, que, en consecuencia con las reformas, contiene tres clases de normas: preceptos que, por no haber sido reformados, continúan vigentes; disposiciones que subsisten pero reformadas, y unas terceras completamente nuevas, que versan sobre materias que no estaban previstas en el texto constitucional de antes de la reforma.

En este trabajo me ocuparé de las dos últimas clases de normas solamente.

1.- LOS PRINCIPIOS, DERECHOS Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES.-

El actual Art. 49, como el anterior Art. 31, contiene princi-

pios, derechos y garantías que el legislador ha estimado merecen ser mencionados expresamente, por ser básicos o fundamentales.

Los principios expresamente mencionados son: intangibilidad, irrenunciabilidad, *in dubio pro operario*; tácitamente, en cambio, están incorporados, por los Arts. 20 y 49, Lit. a), todos los principios del Derecho social constantes en las declaraciones y convenios internacionales y en la doctrina de los autores.

Son básicos o fundamentales, expresamente mencionados, los siguientes derechos: al trabajo justamente remunerado incluso con la participación en las utilidades líquidas, a la sindicación o sindicalización, a la huelga, al paro y a la contratación colectiva. La libertad de trabajo, a su vez, consta en el Art. 22, No. 12, entre los derechos civiles. El deber o la obligatoriedad del trabajo, por su parte, se halla en el primer inciso del mismo Art. 49, junto al derecho al trabajo.

Por último, son garantías o medios a disposición del trabajador para que sus derechos no sean desconocidos: la inembargabilidad de la remuneración y su condición de crédito privilegiado; la responsabilidad solidaria del que se beneficia del trabajo con el intermediario y el contratista; la solución de los conflictos colectivos por tribunales de conciliación y arbitraje integrados por los propios interesados.

Hay que tener presente que los principios, derechos y garantías de las declaraciones y convenios internacionales son

parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano, de ellos provienen derechos y obligaciones para los habitantes del territorio nacional, sin necesidad de que sean desarrollados en normas internas que los reciban, en virtud de los principios de aplicación inmediata y directa del Derecho Internacional positivo sobre los que volveré mas adelante.

2.- LAS NOVEDADES DE LA REFORMA.-

Las reformas de que venimos hablando se refieren al régimen jurídico de los trabajadores del sector público, al derecho o libertad sindical, a la huelga, a la contratación colectiva y a la transacción.

El Art. 50 impone al Estado la obligación de mejorar las condiciones de trabajo de la mujer. Se trata mas de un programa que de un precepto operativo.

Hay otras normas que incidentalmente tratan del trabajo, tales son los que tratan de los menores, de los extranjeros, del trabajo en el hogar, etc.

I

EL SECTOR PUBLICO

Los Arts. 63, 22 numeral 12) y 60 de la Constitución Política de la República concurren a perfilar el sistema económico reconocido por el Estado ecuatoriano del que emerge el "sector

público de la economía ecuatoriana”.

El “sector público de la economía ecuatoriana” se complementa con el “sector público institucional”.

1.- EL SECTOR PUBLICO DE LA ECONOMIA ECUATORIANA.-

El Sistema económico depende de los roles que se le reconocen al mercado y de los roles que se le asignan al Estado en la economía del país.

1.1.- EL MERCADO.- El Art. 63 reconoce el derecho de propiedad y lo garantiza mientras cumpla con su función social, sin distinción de los bienes sobre los cuales recaiga ese derecho, o lo que es lo mismo reconoce, por igual, el derecho de propiedad sobre los bienes de consumo y sobre los de producción.

Este derecho se complementa con las libertades de trabajo e industria garantizados en el Art. 22, numeral 12), que entrañan la libertad de dedicarse o de acceder a cualquier actividad productiva y derecho de permanecer en ella mientras así lo quiera el interesado. Pero es menester advertir que aunque se conserva la terminología del constitucionalismo tradicional, este derecho no responde a la ideología del siglo XIX, que está superada incluso en los círculos más conservadores de la sociedad ecuatoriana, como luego explicaré.

Esta libertad asociada al derecho de propiedad significa

que el propietario de los bienes de producción puede dedicarse a hacerlos producir y tiene derecho de apropiarse los bienes que ellos pueden producir por su naturaleza y con el auxilio de los otros factores de la producción incluso la tecnología.

Por fin, estos derechos configuran el sistema de economía de mercado de que habla el Art. 60, en el inciso 2o. y que, entre otras tantas cosas, supone la libertad de industria o, como ya he dicho, libertad del empresario para dedicarse a la actividad productiva que él prefiera y derecho de permanecer en ella mientras esa sea su decisión.

1.2.- LA INTERVENCION DEL ESTADO.- El sistema de economía de mercado previsto en la Constitución no es, sin mas, el liberal del siglo pasado; primero porque el derecho de propiedad está garantizado mientras el propietario cumpla la función social de la propiedad, ademas este derecho, lo mismo que las libertades de trabajo e industria y la economía de mercado, según los mismos preceptos que los reconocen, están sometidos a la ley, lo cual significa que el Estado tiene facultad para regularlos de acuerdo con los intereses del bien común que, respecto de cada uno de ellos, están establecidos en esos preceptos y en otros de la misma Constitución. De todas maneras la regulación de este derecho o libertad no puede extenderse a medidas que equivalgan a su negación.

En segundo lugar, la Constitución otorga al Estado, junto con la facultad de reglamentar el goce y ejercicio de esos derechos,

las facultades de dirigir la economía en general, Arts. 2; planificar el sector asumido por el Estado y prestar servicios públicos, Arts. 114, 116, 96 72, Lit. c) y 23; fomentar las actividades productivas de los particulares, Art. 76, y ejercer actividades económicas en condición de empresario; facultad ésta a la que algunos constitucionalistas llaman de “gestión económica”, Arts. 61 y 72, Lit. c).

1.2.1.- LA GESTION ECONOMICA.- La “gestión económica” recae sobre las “áreas de explotación económica” que el Art. 61, numeral 1) de la propia Constitución atribuye al Estado y sobre las otras que, en virtud del literal c) del mismo numeral, se le asignen mediante ley formal, esto es ley expedida por el Congreso, sancionada por el Ejecutivo y promulgada en el Registro Oficial con arreglo a los preceptos de la Sección III, Título II, Segunda Parte de la Constitución.

1.2.2.- LA RESERVA DE LEY.- En consecuencia, el principio es que los habitantes del territorio ecuatoriano tienen derecho para emprender en la actividad económica que a bien tengan, siempre que lo hagan con arreglo a las regulaciones y restricciones legales.

Las restricciones provienen de que hay actividades que el Estado se reserva para explotarlas él mismo; el Estado puede emprender en actividades económicas, sin embargo, a diferencia de los particulares que pueden hacerlo todo menos lo que la ley prohíba, el Estado no puede hacerlo sino de acuerdo con el principio de “reserva de ley”, es decir: la facultad de emprender en actividades productivas, las actividades en que está facultado para

emprender y las condiciones en que debe hacerlo deben estar estatuidas en la ley, sea ésta una norma constitucional o una ley ordinaria.

Pero de la misma manera que solo por ley se le pueden asignar al Estado “áreas de explotación económica”, también solo por ley se le puede privar de una o mas áreas productivas y el Estado, igualmente por ley, puede delegar a la iniciativa privada la explotación de las actividades atribuidas a él.

a).- LAS ACTIVIDADES ECONOMICAS RESERVADAS POR LA CONSTITUCION.- Las normas constitucionales reservan para el Estado dos grupos de actividades económicas, unas que solo el Estado puede ejercerlas y que no puede encomendarlas a los particulares por ningún concepto.

Este es el caso de la política cambiaria de responsabilidad del Presidente de la República, la conducción de la política monetaria a cargo de la Junta Monetaria, la ejecución de esta política y la emisión de la moneda de competencia del Banco Central del Ecuador, de conformidad con los Arts. 70 y 71 de la Constitución.

Igual es la situación del Consejo Nacional de Desarrollo - CONADE- ya que la elaboración de los proyectos de política poblacional y de planes económicos y sociales es una actividad indelegable, al igual que la política monetaria y cambiaria, Arts. 96, 114 y 116.

A este grupo, la misma Constitución, añade otras actividades

económicas, al conjunto de las cuales, en el Art. 61 numeral 1), denomina “sector público de la economía ecuatoriana” y merecen tal denominación las áreas de explotación económica reservadas al Estado por este precepto y, en armonía con él, por la ley.

El Art. 61, No. 1) reserva para la explotación del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo y todos los minerales y sustancias cuya naturaleza sea distinta del suelo, los servicios de agua potable, fuerza eléctrica y telecomunicaciones.

b) ACTIVIDADES ECONOMICAS RESERVADAS POR LEY.-

El Estado puede también asumir otras actividades económicas por ley y efectivamente por ley, sustentada en el Art. 76 de la Constitución, ha tomado a su cargo la función de fomentar la iniciativa privada con el uso de instrumentos económicos, de manera particular el crédito.

Esta función la cumple: para la industria con la Corporación Financiera Nacional - CFN -, para la agricultura y artesanía a través del Banco Nacional de Fomento - BNF -, para la vivienda con el Banco Ecuatoriano de la Vivienda -BEV -, para la educación con el Instituto Ecuatoriano de Crédito Educativo y Becas - IECE -; así mismo por ley ha creado, con el objeto de estimular la producción agrícola: la Empresa Nacional de Almacenamiento y Comercialización de Productos Agropecuarios - ENAC - para participar en el almacenamiento y comercialización

de estos productos, etc.

También por ley se ocupa del transporte aéreo con Transportes Aéreos Militares Ecuatorianos -TAME-, del marítimo con Flota Petrolera Ecuatoriana -FLOPEC-, Transportes Navieros Ecuatorianos - TRANSNAVE -, considerados como actividad económica antes que como servicio público, a diferencia de lo que sucede con el terrestre del que volveré a hablar más adelante. Los ferrocarriles del Estado se hallan en el mismo caso, etc.

2.- EL SECTOR PÚBLICO INSTITUCIONAL.- El Art. 72 de la misma Constitución, en cambio, enumera el sector público institucional y dice que este sector está conformado:

- por el Estado; los consejos provinciales y los municipios;
- por las personas jurídicas creadas por ley para el ejercicio de la potestad estatal;
- por las personas jurídicas creadas así mismo por ley para la explotación del sector público de la economía ecuatoriana; en este ámbito empatan los Arts. 61, No. 1) y 72, Lit. c); y,
- por las personas jurídicas creadas por ley u ordenanza para la prestación de servicios públicos.

Todos estos entes, en cuanto personas morales, sin existencia física, necesitan de personas naturales o físicas para ejercer los

poderes y realizar las actividades que les competen. Ahora bien, las personas naturales que trabajan para el sector público se rigen por el Derecho Administrativo unas y otras por el Derecho del Trabajo.

II

LOS SERVIDORES DEL SECTOR PUBLICO

Comencemos por el estudio de los servidores sometidos al Derecho Administrativo.

1.- LOS SERVIDORES DEL ESTADO, CONSEJOS PROVINCIALES Y MUNICIPIOS.- Al tenor del Art. 49, lit. i), segundo inciso, de la Constitución Política de la República, las personas naturales que trabajan, en calidad de empleados, para el Estado en las distintas dependencias de las Funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial, de los consejos provinciales y de los concejos municipales, están sometidas al Derecho Administrativo del que forman parte las leyes que regulan la administración pública.

Una de las leyes que regulan las relaciones de la administración pública con sus servidores es la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa. Hay que tener presente que esta Ley no es la única sino una de las tantas que se ocupan de estas relaciones jurídicas.

Están, en cambio, sometidas al Derecho del Trabajo las personas naturales que trabajan en esas dependencias en servicios

en los que prevalece el esfuerzo físico sobre el intelectual y a los cuales se les denomina "obreros".

Queda pendiente el régimen jurídico de los servidores de las personas jurídicas creadas como personas jurídicas distintas del Estado, de los consejos provinciales y de los municipios; estas personas se subdividen, como ya dije, en tres especies: una, las que ejercen potestad estatal; dos, las que ejecutan actividades económicas; y, tres, las dedicadas a la prestación de servicios públicos.

2.- LAS PERSONAS JURIDICAS CREADAS PARA EL EJERCICIO DE LA POTESTAD ESTATAL.- De las tres clases de personas jurídicas que prevé el Art. 72, literal c) de la Constitución Política de la República, la primera es la de las creadas por ley para el ejercicio de la potestad estatal.

El Art. 49, literal i) preceptúa que los empleados de estas personas jurídicas se sujetarán a las leyes que regulan la administración pública y los obreros al Derecho del Trabajo.

Por lo que se ve, la cuestión parece ser sumamente clara, pero la aparente claridad encubre problemas hartamente difíciles, por lo menos así lo es el relacionado con la conceptualización de la potestad estatal.

Si por potestad estatal se ha entendido, como enseñaba Carré de Malberg en el primer tercio de este siglo, a lo que ahora se prefiere llamar poder político o potestad pública, llegaríamos a la con-

clusión de que no hay persona alguna del sector público que no la tenga porque todas están equipadas de alguna facultad o poder subordinante sobre los habitantes del Ecuador, no sea sino la de cobrar sus créditos por la vía coactiva, Art. 993 del Código de Procedimiento Civil, o la de incorporar cláusulas exorbitantes en los contratos que celebren con los particulares, Art. 46 de la Ley de Modernización del Estado; pero de ser así, no tendría sentido la división de estas personas en tres grupos y tendría todavía menos sentido el que para cada uno de los tres grupos se hubiera previsto un régimen jurídico distinto.

Me parece que ayuda a resolver este problema la teoría según la cual, con la intervención del Estado en la economía, asistimos a la desjuridificación del Estado por cuanto al poder o facultad de expedir y ejecutar preceptos jurídicos, esto es decisiones de carácter obligatorio para los habitantes del territorio, el Estado, para la consecución de sus fines, ha añadido el uso de otros medios que no normas jurídicas de carácter obligatorio sino actividades económicas, científicas, culturales, etc.

Entonces sí, cabe la distinción entre personas jurídicas creadas por ley: para ordenar el comportamiento ciudadano mediante decisiones de obligatorio acatamiento, como el Tribunal Supremo Electoral, Procuraduría General del Estado, Contraloría General del Estado, Superintendencia de Bancos, Superintendencia de Compañías y Ministerio Público, cuyos servidores están sometidos al Derecho Administrativo si son empleados y al del Trabajo si son obreros, y las que ejercen otras actividades, cuyos

trabajadores, en cambio, están bajo el Derecho del Trabajo.

Luego de establecido el régimen legal de los empleados de las personas jurídicas creadas para el ejercicio de la potestad estatal, queda por establecer el de las que ejercen actividades económicas y las que prestan los servicios públicos.

3.- LOS SERVIDORES DE LAS PERSONAS JURIDICAS QUE EJERCEN ACTIVIDADES ECONOMICAS O PRESTAN SERVICIOS PUBLICOS.- Según el Art. 49, Lit. i), incisos 3o. y 4o., el régimen jurídico a que son sometidos los servidores de estas personas jurídicas depende de si las actividades que ellas ejercen pueden o no ser ejercidas por los otros sectores de la economía, por su propia iniciativa o por delegación; si pueden hacerlo, sus empleados están sujetos al Derecho del Trabajo, caso contrario al Derecho Administrativo.

3.1.- LA DELEGACION.- En torno al término delegación discuten los administrativistas, la Constitución, sin embargo, lo utiliza, tanto en el Art. 49, Lit. i) cuanto en el 61, numeral 1) que contemplan la delegación de actividades del sector público a los otros sectores de la economía, sin adelantar un concepto ni definición de ella.

El silencio de la Constitución lo llena, con creces, la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por Parte de la Iniciativa Privada.

Esta Ley tiene varios conceptos de delegación: uno, como

sinónimo de concesión, locación de servicios, locación de obras, etc., la usan los Arts. 6, 41, 43 y 44; como transferencia de facultades de un funcionario a otro funcionario, de ordinario inferior o subalterno, la emplea el Art. 35.

No viene al caso el concepto de delegación del Art. 35, esto es el de transferencia de facultades de un funcionario a otro; en cambio si importan para nuestro tema los otros conceptos.

Según los Arts. 6, 41, 43 y 44 hay delegación cuando el sector público puede celebrar con los otros sectores de la economía contratos de concesión, de locación de obras o de servicios, o cualquiera otro que sea aceptado en el Derecho Administrativo, es decir cuando es posible que el Estado recurra a lo que, en el Derecho Administrativo, se conoce como colaboración de los particulares por participación voluntaria y/o por actividad paralela.

3.2.- ACTIVIDADES ECONOMICAS INDELEGABLES.- El Art. 49, Lit. i), inciso 3o., de la Constitución carecería de razón de ser si es que no existieran actividades económicas ejercidas por el Estado a través de personas jurídicas creadas por ley para ese objeto, que no pudiera delegarlas a los otros sectores de la economía, ya que este precepto al fijar el régimen jurídico de las relaciones de trabajo de los empleados de entidades en las que esto ocurre, estaría fijando un régimen innecesario.

Si establece el régimen legal según el cual los empleados de las entidades en que esto ocurra están sujetos a las leyes que

regulan la administración pública es porque, como mas arriba he demostrado, hay actividades económicas indelegables que ejerce el Estado, ellas son: la fijación, conducción y ejecución de las políticas monetaria y cambiaria, lo mismo que la emisión de la moneda, a cargo del Presidente de la República, Junta Monetaria y Banco Central del Ecuador.

Por consiguiente, los empleados de la Junta Monetaria y del Banco Central del Ecuador se sujetarán a las leyes que regulan la Administración Pública.

3.3.- OTRAS ACTIVIDADES ECONOMICAS.- El mismo Art. 49. Lit. i) considera, en el inciso 4o. la situación de los empleados de las personas jurídicas que realizan actividades económicas que pueden delegar a los otros sectores de la economía y en el inciso 3o., la condición de los empleados de las personas jurídicas del sector público que realizan actividades económicas que los otros sectores de la economía ecuatoriana pueden ejercer en actividad paralela con el Estado, consejos provinciales y municipios.

3.3.1.- LAS ACTIVIDADES ECONOMICAS DELEGABLES.- El Art. 61, No. 1) de la Constitución instituye, como ya dije, el sector público de la economía ecuatoriana y al mismo tiempo que preceptúa que, como regla general, el Estado ha de explotar estas áreas con empresas de su propiedad exclusiva, en el Lit. c) le autoriza delegar, siempre que una ley le autorice, a los otros sectores de la economía el ejercicio de cualquiera de estas actividades.

De otra parte, la Ley de Modernización del Estado en el

Art. 41 faculta a éste delegar, a los otros sectores de la economía, la explotación de las áreas del sector público de la economía ecuatoriana y para que de hecho delegue, el Art. 6 prescribe las circunstancias, el 42 los procedimientos y el 43 las modalidades o formas contractuales a emplearse.

En cuanto a las modalidades de la delegación como colaboración de los particulares con el Estado en la gestión económica, lo mismo puede hacerse por concesión, que por locación, suministro y “cualesquiera otras figuras jurídicas reconocidas por el derecho administrativo”, Art. 43, Lit. c) de la ley de Modernización.

Consecuentemente, según el Art. 49, numeral 1), incisos 3o. y 4o. de la Constitución, los empleados de las personas jurídicas creadas para la gestión del sector público de la economía ecuatoriana constante en la Constitución que, repito, son: recursos naturales no renovables, agua potable, telecomunicaciones y fuerza eléctrica, regulan sus relaciones de trabajo con estas personas jurídicas por el Derecho del Trabajo.

3.3.2.- LAS ACTIVIDADES QUE LOS PARTICULARES PUEDEN ASUMIR LIBREMENTE.- Por lo que se refiere a las actividades económicas asumidas por el Estado mediante ley ordinaria, he demostrado mas arriba que, en virtud del principio de reserva de ley, el Estado no puede dedicarse sino en las condiciones en que ella le autoriza.

Asi pues si la Constitución o la ley no han reservado, estas

actividades, para el sector público en condiciones de monopolio o exclusividad no puede negar a los otros sectores de la economía el derecho o libertad para dedicarse a ellas. En este caso están la banca, el transporte, el almacenamiento y comercialización de productos agropecuarios, etc.

Incluso, por el Art. 44 de la Ley de Modernización del Estado, éste puede delegar a la iniciativa privada las actividades económicas sujetas a leyes especiales mediante la concesión, la locación de servicios o de obras y cualquier otra figura jurídica reconocida por el Derecho Administrativo.

En consecuencia, la regla general es que todas estas actividades pueden ser asumidas por los otros sectores de la economía, siempre que cumplan los requisitos de Ley, y además, en las acepciones del término delegación de los Arts. 6, 41, 43 y 44 de la Ley de Modernización, todas pueden ser encomendadas a los otros sectores de la economía.

En consecuencia, cuando para cualquier actividad económica asumida, en virtud de una ley, por el Estado, éste creare una persona jurídica, los trabajadores de estas personas jurídicas, al tenor del Art. 49, Lit. i), inciso 3o., numeral 1, en sus relaciones laborales gozan de la protección del Derecho del Trabajo.

4.- LOS SERVICIOS PUBLICOS.- Es de conocimiento común, entre los abogados, que hay dos conceptos de servicio público: uno, el orgánico tiene por tal al servicio prestado por el Estado o

entes estatales, y el otro, llamado funcional, material o substancial, que define al servicio público por la necesidad que satisface y es tal cuando la necesidad que satisface es general o colectiva, sea quien sea el que realiza la actividad para satisfacerla.

El Derecho Ecuatoriano del Trabajo adopta este segundo concepto y por eso para el Art. 68 de la Ley 133 Reformatoria al Código del Trabajo son servicios de interés social o público: la energía eléctrica, el agua potable, los transportes, la distribución de gas y de otros combustibles, provisión de artículos alimenticios, los que prestan los hoteles, entidades del sector financiero, asociaciones de ahorro y crédito para la vivienda, hospitales, clínicas, asilos y, en general, los servicios de salubridad y asistencia social.

En las entidades, sean del sector público o sean del privado, que prestan estos servicios, en caso de huelga, los huelguistas solo pueden, en primer término, suspender el trabajo veinte días después de que han notificado, a la autoridad que esté en conocimiento del conflicto colectivo, que han resuelto declararla y, en segundo lugar, mientras dura la huelga deben permanecer en el trabajo y trabajar los trabajadores necesarios para atender a las necesidades imprescindibles de los usuarios y para precautelar las instalaciones de la empresa. Este mismo régimen se aplica, por cierto, en las empresas ganaderas, agropecuarias y agrícolas.

A partir de este concepto funcional de servicio público cabe la distinción de servicios públicos propios cuando son prestados por el Estado y entes estatales e impropios cuando son presta-

dos por los particulares, con sujeción a las reglamentaciones y limitaciones estatales.

Cuáles de los servicios antes enumerados sean propios es asunto que lo decide la ley de acuerdo con lo que, en cada lugar y tiempo, convenga para la consecución del bien común; la misma ley determina también si ha de admitir o no la colaboración de los particulares en la prestación de los servicios públicos propios, Art. 49, N. 1), Lit. c), de la Constitución.

Nada tenemos que decir de los trabajadores de los servicios públicos impropios una vez que a ellos no afecta la reforma constitucional, ya que las que los prestan son empresas privadas, mixtas o comunitarias y sus trabajadores están, sin más, sujetos al Derecho Laboral. En cambio, los servicios públicos propios pueden ser prestados así:

a).- Directamente por el Estado, por medio de dependencias suyas, creadas especialmente para ello, tal es el caso de las escuelas y más establecimientos de educación oficial dependientes del Ministerio de Educación, los hospitales dependientes del Ministerio de Salud, el mantenimiento del orden y seguridad internos a cargo de la Policía Nacional o de la seguridad externa por las Fuerzas Armadas, etc.

b).- Indirectamente, a través de entidades dotadas de personalidad jurídica propia, distinta del Estado, conocidas, entre nosotros como entidades autónomas y en otras partes como enti-

dades autárquicas, en este caso se encuentran las universidades y escuelas politécnicas, los servicios de salud del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social - IESS-, o los de la Sociedad de la Lucha contra el Cáncer - SOLCA -, etc.

c).- En el uno y en el otro caso con o sin la colaboración de los particulares.

4.1.- LOS SERVICIOS PUBLICOS PROPIOS PRESTADOS DIRECTAMENTE POR EL ESTADO.- La prestación de los servicios públicos propios se distribuyen entre el Estado, los consejos provinciales y los municipios y la determinación de cuando lo servicios públicos han de ser simplemente regulados como impropios, cuando asumidos como propios y, en este último caso, cómo han de estar organizados, depende del ente llamado a prestarlos. El Estado lo hace con ley y reglamentos, los consejos provinciales y los municipios con ordenanzas ceñidas a ley.

Así, pues, si el Estado, consejos provinciales y municipios deciden prestarlos directamente, mediante dependencias suyas, como los Ministerios del Gobierno Central, los departamentos de los consejos provinciales y municipios, los empleados que trabajan en esas dependencias se rigen por el Derecho Administrativo, Art. 49, Lit. i), inciso 2o. de la Constitución. Los obreros, siempre están amparados por el Derecho del Trabajo.

4.2.- LOS SERVICIOS PUBLICOS PRESTADOS INDIRECTAMENTE POR EL ESTADO.-

TAMENTE.- El Estado, los consejos provinciales y los municipios pueden prestar servicios públicos indirectamente; para esto, el Estado puede crear, por ley, entes con personalidad jurídica distinta del Estado pero con recursos públicos y para que presten un servicio igualmente público, Art. 72, Lit. c) de la Constitución.

Así mismo los municipios pueden, por medio de ordenanzas, crear personas jurídicas para que, con recursos de los municipios presten los servicios públicos que a éstos les atribuye la ley, Arts. 72, Lit. c) y 195, Lit. b) de la Constitución, 194 y 195 de la Ley de Régimen Municipal. Por el Decreto Ley de Emergencia No. 18, promulgado en el Reg. Of. No. 865 del 10 de julio de 1.959, los municipios tienen facultad para crear y han creado incluso sociedades anónimas con este fin.

Los servicios públicos que el Estado presta a través de personas jurídicas creadas para el efecto, generalmente, lo hace con la colaboración de los particulares sea por “actividad paralela” o sea por “participación voluntaria” o “forzosa”.

Se dice que hay actividad paralela cuando los particulares, sin menoscabo de los servicios que presta el Estado directa o indirectamente, pueden realizar una actividad de beneficio general con sus propios recursos, por su cuenta y bajo su responsabilidad, aunque para hacerlo requieran de autorización del poder público, quien controla que en la prestación del servicio se cumpla la ley. Es el caso de los establecimientos particulares de educación: escuelas, colegios, universidades, politécnicas, etc; clínicas, asilos,

consultorios y mas establecimientos privados de salud, etc., Art. 41 de la Ley de Modernización.

El municipio de Quito por ejemplo, en virtud de su autonomía y de lo que, al respecto, le autorizan los Arts. 163 de la Ley de Régimen Municipal y, numeral 2) de la Ley de Régimen para el Distrito Metropolitano de Quito, ha tomado para si el servicio de transporte dentro del distrito urbano con la colaboración paralela de los particulares, quienes por tanto, con arreglo a derecho, pueden dedicarse a prestar igual servicio de transporte público urbano.

El Art. 49, Lit. i), inciso 3o., prescribe que están amparados por el Derecho del Trabajo, los trabajadores (empleados y obreros) de las personas jurídicas que tienen a su cargo la prestación de servicios públicos que los particulares también pueden prestarlos al mismo tiempo por su cuenta y riesgo, aunque con sujeción a la ley, es decir los que se prestan con la colaboración de los particulares en participación paralela, según la terminología del Derecho Administrativo.

Por consiguiente, el Derecho del Trabajo ampara a los empleados de las empresas estatales y municipales de transporte terrestre, de las universidades y escuelas politécnicas, de las entidades autónomas de salud como SOLCA, etc.

En cambio, hay colaboración por participación voluntaria cuando el Estado o cualquier otro ente público confía a un parti-

cular, persona natural o jurídica, por contrato la prestación de un servicio público y es "participación voluntaria" porque para que ella tenga lugar hace falta que la voluntad del ente público sea correspondida por la voluntad conforme del particular.

Los contratos mediante los cuales el Estado y más entes públicos encargan a los particulares la prestación de un servicio público pueden transferirles la facultad de organizar el servicio público y mantenerlo en funcionamiento y, entonces, hay concesión; o puede no hacer transferencia de ninguna potestad y solo encargarles la función de realizar las actividades o proveer de los bienes necesarios para que el servicio sea efectivo, este contrato es, a mi juicio, de locación, para otros hay casos de compraventa.

Unos y otros son especies de contratos administrativos y están considerados en el Art. 43, Lit. c) de la Ley de Modernización, como formas de delegación.

Ahora bien, de conformidad con el Art. 42 y 44 de la Ley de Modernización del Estado todo servicio público prestado por el sector público es susceptible de delegación, por concesión, locación de obras o servicios y cualquier otra figura jurídica reconocida por el Derecho Administrativo, para los municipios así lo dispone además el Art. 163, Lit. b) de la Ley de Régimen Municipal.

El mismo Art. 49, Lit i) en el inciso 4o. extiende la protección del Derecho del Trabajo a los trabajadores (empleados y

obreros) que trabajan para las personas jurídicas creadas por el Estado mediante ley y por los consejos provinciales y municipios mediante ordenanza para la prestación de servicios cuando la prestación de estos servicios puede ser delegada a los particulares.

Consecuentemente, todos los trabajadores (empleados y obreros) que prestan servicios personales a las personas jurídicas creadas por Ley o por ordenanza para la prestación de servicios publicos, se rigen por el Derecho del Trabajo.

5.- EL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL - IEES -. Ha dado lugar a una discusión que aun no concluye, el régimen jurídico de los empleados del IEES mientras que respecto de los obreros hay acuerdo acerca de que están sometidos al Derecho del Trabajo.

Para fundamentar la tesis de que, de acuerdo con el inciso 3o. del Lit. i), del Art. 49 de la Constitución, los empleados del IEES están bajo el régimen de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, se arguye que el Instituto ejerce actividades que no puede delegar a los otros sectores de la economía y que los contratos por cuales los establecimientos privados de salud proveen atención médica, hospitalaria, farmacéutica, etc. a los afiliados al IEES, por encargo de éste, no son contratos administrativos sino contratos de compra de servicios.

5.1.- LA NATURALEZA JURIDICA DEL IEES.- No cabe duda alguna de que el IEES es una persona jurídica creada por ley;

asi mismo no hay discusión acerca de que no ha sido creada para el ejercicio de la potestad estatal; pero, para que pertenezca al sector público, hace falta que se ocupe de actividades económicas o de servicios públicos asumidos por el Estado y que los recursos que maneje sean del Estado, Arts. 72, Lit. c), 73 y 61 numeral 1).

El IESS se ocupa, al mismo tiempo, de la prestación de servicios públicos y para financiarlos puede dedicarse a las actividades económicas productivas que le rindan utilidades, Arts. 42, No. 1) de la Constitución, 11, Lits. e) y f), 165, No. 29 de la Ley del Seguro Social Obligatorio.

Los recursos económicos que maneja no son del Estado por prescripción de los Arts. 42, No. 1), inc. 3o. de la Constitución y 1 de la Ley del Seguro Social Obligatorio; por esta razón no deberían estar sometidos al control de la Contraloría General del Estado, al decir del Art. 1 de la Ley en armonía con los Arts. 73 y 143 de la Constitución.

Con el objeto de dotar de una denominación que respondiera a este híbrido de funciones públicas y recursos no estatales, el Art. 195 de la Constitución Política de la República de 1.946 utilizó la denominación de "instituciones de derecho privado con fanalidad social o pública", y en esta especie de instituciones colocó expresamente a las Cajas de Previsión a las que sustituyó el IESS a partir del 10 de julio de 1.970.

Esta especie de instituciones se han multiplicado en los

últimos tiempos y algunos autores han desarrollado, para ellas, la teoría de las personas jurídicas públicas no estatales, como son las cámaras de empresarios, los partidos políticos, los sindicatos a pesar de que acerca de éstos hay mucha discusión, etc.

En consecuencia, el IESS es una persona jurídica del sector público por sus finalidades, pero no es estatal por los recursos que maneja y por las actividades económicas en que puede invertir esos recursos para que le produzcan utilidades.

5.2.- LAS ACTIVIDADES QUE EJERCE.- El IESS ejerce o debiera ejercer actividades de variada naturaleza, todas encaminadas a proteger a sus afiliados de las contingencias de enfermedad, maternidad, desocupación, invalidez, vejez y muerte.

Todas esas actividades pueden agruparse en cuatro áreas, sectores o items: financiamiento, pago de pensiones, servicios médicos y administración.

El financiamiento se sustenta en dos fuentes: la una constituida por los aportes que por ley deben pagar trabajadores, empleadores y Estado; la otra serían las utilidades de las inversiones de sus recursos.

De la recaudación de los aportes se encarga el mismo IESS directamente, mas nada le impide que encargue ésta actividad al sector privado y en la práctica la confía a los bancos privados.

Para obtener utilidades puede invertir sus recursos en

cualquier actividad económica de las que pueden ser ejercidas por el sector privado de la economía en libre competencia, puesto que no hay actividad que esté reservada o vedada por la ley, para el IESS. Aunque, para intervenir en inversiones financieras necesita de la aprobación de la Junta Monetaria en virtud del Art. 9 de la Ley No. 79, promulgada en el Reg. Of. No. 464, del 22 de junio de 1.990; este precepto fue declarado inconstitucional por el Tribunal de Garantías Constitucionales, pero la Corte Suprema de Justicia declaró nula la resolución del Tribunal.

Estas actividades van a crecer, con seguridad, en el futuro y lo mismo serán ejercidas directamente por el IESS, por medio de funcionarios suyos, que por intermedio de empresas privadas o mixtas. Desde luego, no sería del todo nuevo, tan solo habría que recomendar que se tenga cuidado para que no se le embarque en los malos negocios en que le embarcaron en el pasado ...

Del pago de pensiones se encarga el mismo IESS y lo hace directamente a los beneficiarios o por encargo de éstos por depósitos en las cuentas de ellos en la banca privada; pero, entonces, la banca privada no es delegada del IESS para hacer el pago sino del beneficiario para recibirlo.

Los servicios de medicina, en todas sus dimensiones: preventiva, de curación y rehabilitación, son los mismos que presta el sector privado en sus establecimientos de salud, al extremo de que el IESS cuando no puede proveerlos en sus propios centros y con su propio personal, contrata con el sector privado para que lo haga

por su cuenta y a cambio de un precio.

5.3.- DELEGACION O COMPRA.- Los defensores de la tesis de que el IESS está sometido a la Ley del Servicio Civil y Carrera Administrativa no discuten la naturaleza jurídica del IESS ni niegan que el IESS contrate con los particulares para que presten los servicios de salud a los afiliados del IESS a quienes no puede atender en sus propios centros, tan solo afirman que estos contratos no son delegación.

En primer lugar, la facultad del IESS para ejercer actividades económicas de todo género de las que los otros sectores pueden ejercer libremente, lo excluyen del sector público que ejerce actividades que dichos sectores no pueden asumir y, por lo mismo, de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa a la que ese sector público está sujeto por el inciso 3o., del Lit. i) del Art. 49 de la Constitución.

Por tanto, si no está sujeto, por el inciso 2o, del Lit. i) del Art. 49, a las leyes que regulan a la administración pública ya que no se trata de una persona jurídica creada para el ejercicio de la potestad estatal ni está sujeto, por el inciso 3o. de los mismos literal y artículo, a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, que no es sino una de las tantas leyes que regulan a la administración pública, no queda sino el Derecho del Trabajo.

Refuerza esta conclusión el hecho de que el IESS presta servicios médicos, que los sectores de la economía privada y mixta

pueden asumirlos previo el cumplimiento de los permisos y autorizaciones legales por tratarse de servicios públicos en los que está permitida la participación de los particulares por actividad paralela; pero, podría decirse que el prestar esos servicios a los afiliados al IESS es de propio de él y solo de él.

No es cierto que solo el IESS deba prestar los servicios de medicina a sus afiliados, toda vez que los afiliados al IESS pueden libremente pagar esos mismos servicios en establecimientos privados si así lo quieren e incluso pueden contratar con una aseguradora privada un seguro de enfermedad mejor, igual o inferior al del IESS; lo único obligatorio para los trabajadores asalariados o dependientes, no para los otros ecuatorianos, es afiliarse al IESS y gozar a cargo de éste del seguro de enfermedad, maternidad e invalidez, sin menoscabo de su derecho para contratar con una aseguradora privada el mismo u otro seguro o de usar los servicios médicos en otro establecimiento.

De otra parte, los servicios públicos propios, es decir los que el Estado toma la obligación de prestarlos, pueden ser prestados, como ya he demostrado, por el mismo Estado o con la colaboración de los particulares; colaboración que cuando es voluntaria, supone un contrato entre la administración pública y el particular cuya colaboración se necesita.

Estos contratos, en el Derecho Administrativo, son de concesión, suministro, locación de servicios, locación de obras, etc.; a todos los cuales el Art. 43, Lit. c) de la Ley de Modernización del

Estado, según lo comprobé mas arriba, considera modalidades de la delegación.

Los contratos del IESS con los particulares para la prestación de servicios médicos, hospitalarios, farmacéuticos, son estos contratos administrativos a los que la Ley de Modernización define de modalidades de delegación, sea que, por ellos, encomiende la organización y funcionamiento de un servicio de salud, caso en el cual estaríamos ante una concesión, sea que el particular se obligue a hacer una obra, como la intervención quirúrgica de un paciente, caso en el cual sería locación de obra o a prestar un servicio, como el tratamiento de hemodiálisis de uno o mas enfermos, en las clínicas privadas a los pacientes que le envíe el IESS, lo cual sería locación de servicios, aunque los altos funcionarios del IESS prefieran hablar de contratos de “compra de servicios”, pues el cambio de terminología no cambia la naturaleza de las cosas.

5.4.- LA CONSULTA POPULAR.- En el Reg. Of. No. 769 del 29 de agosto de 1.995 se publica el Decreto por el cual el Presidente de la República convoca a la consulta popular del 29 de noviembre del mismo año.

En ese Decreto propone sustituir “ los dos últimos incisos del Art. 128 de la Constitución Política, por los siguientes: ... La Ley garantizará los derechos y establecerá las obligaciones de los servidores públicos en el servicio civil y la carrera administrativa, sin admitir privilegios. En el sector público solo los obreros

estarán amparados por el Código del Trabajo”.

El pueblo contestó mayoritariamente no a esta propuesta de reforma, lo que significa que estuvo a favor que se mantengan los dos últimos incisos del Art. 128.

Ahora bien, nadie discutió que, en virtud de estos dos últimos incisos del Art. 128 de la Constitución de entonces los empleados del IESS estaban sometidos al Derecho del Trabajo.

La consecuencia debiera ser que el Art. 49, Lit. i) ha de entenderse de manera que tenga el mismo alcance que se le daba al Art. 128, en sus dos últimos incisos, de conformidad con el pronunciamiento popular del 29 de noviembre de 1.995.

Así lo entendió el Congreso al considerar en la sesión del 19 de diciembre de 1.995 las objeciones del Presidente de la República al Proyecto de Reformas y una de las objeciones a la que no se allanó es precisamente ésta que quería trasladar del Derecho Laboral al Derecho Administrativo a los empleados del IESS, PETROECUADOR, etc., que son citados expresamente en el debate del Congreso Nacional.

5.5.- CONCLUSION.- Los empleados del IESS, lo mismo que los obreros, están amparados por el Derecho del Trabajo, ya porque se trata de una persona jurídica pública no estatal, ya porque puede ejercer las mismas actividades económicas a las que se dedican los sectores privado, mixto y comunitario, ya porque los servicios

públicos que está llamado a prestar, los presta con la colaboración de los particulares por actividad paralela o por participación voluntaria mediante contratos de concesión, locación de obra o de servicios, etc. a los que la Ley de Modernización del Estado define como modalidades de delegación.

Este fue el pronunciamiento popular en la consulta del 29 de noviembre de 1.995 y por considerar que ésto es lo que se desprende del texto del Lit. i) del Art. 49 de la Constitución, el Congreso Nacional insistió en ese texto y no se allanó a la propuesta del Ejecutivo que pretendía trasladar a los empleados del IESS del régimen del Derecho del Trabajo al del Derecho Administrativo.

No obstante esta copia de razones, el Ministerio del Trabajo, el Procurador General del Estado y el Consejo Superior del IESS impusieron la tesis contraria.

6.- DERECHO O CODIGO DEL TRABAJO. Alguien ha creído que se debe restringir la protección laboral a la que se deriva de las normas del Código del Trabajo exclusivamente y ha cuestionado la pretensión de que esta protección se amplíe a la que proviene de los principios del Derecho Social, de las leyes especiales y de las declaraciones y tratados internacionales.

Esta lectura empobrecedora de los incisos 2o. y 4o. del Lit. i) del Art. 49 de la Constitución no tiene asidero en estos preceptos entendidos en armonía con los otros preceptos del orde-

namiento jurídico laboral ecuatoriano del que forman parte.

En realidad, integran el ordenamiento jurídico ecuatoriano del trabajo, las leyes especiales, las declaraciones y los tratados internacionales sobre la materia porque así lo disponen los Art. 1, inciso 2o) del Código del Trabajo y 20 de la Constitución.

Según el Lit. a), del Art. 49 del mismo Código todas estas normas positivas han de aplicarse con sujeción a los principios del Derecho Social y estos principios sirvan de guía para la expedición y, por lo mismo, para la interpretación de la norma positiva y también para llenar las lagunas o vacíos del Derecho Positivo, sobre todo cuando el juez tiene que administrar justicia y se encuentra que falta norma expresa acerca del asunto sometido a su conocimiento.

En consecuencia, a pesar de que hablar de Derecho del Trabajo es más científico que hablar de Código del Trabajo, cuando se habla de éste se habla implícitamente de aquel por las razones que quedan dichas.

II

LA LIBERTAD O DERECHO SINDICAL.-

Lo primero que llama la atención en el Art. 49, lit. i), es que deja de mencionar el “derecho de asociación sindical” y garantiza el “derecho de organización de trabajadores y empleadores”.

Aunque no hay constancia de la razón que tuvo el consti-

tuyente para el cambio, hemos de entender que así se intenta legitimar a las organizaciones empresariales que, con el nombre de cámaras, han constituido los empresarios al abrigo del derecho de asociación y que suplen, con éxito, a los sindicatos de empresarios que no los han organizado nunca, pese al reconocimiento constitucional del derecho para organizarlos.

Estos cambios, desde luego, no han llamado la atención y está en la conciencia social la convicción de que los empresarios, lo mismo que los trabajadores, pueden organizar toda clase de asociaciones en virtud del derecho de asociación consagrado en el Art. 22, numeral 14), y sindicatos gracias al Art. 49, literal i). Tanto más cuanto que en el Derecho Comparado es frecuente reconocer a las cámaras de empresarios algunas de las facultades que se les reconoce a los sindicatos.

En cambio, ha dado ocasión para encendidos debates la segunda parte del citado literal i), del Art. 49, que dice: "Para todos los efectos de las relaciones laborales en las entidades del sector público, el sector laboral estará representado por una sola organización".

De un lado, el Gobierno, o más exactamente el Ejecutivo ha entendido que éste precepto introduce para los trabajadores del sector público: el sindicato único y tan solo el sindicato de empresa, mientras que los trabajadores han querido entender, al abrigo del texto de la norma constitucional y de su historia, que manteniendo, en el sector público, la pluralidad sindical del sector priva-

do concede, en el sector público, la representación de la clase trabajadora a uno solo de los varios sindicatos que podrían existir.

1.- PLURALIDAD SINDICAL.- El derecho o libertad sindical consiste, entre otras cosas, el derecho a constituir las organizaciones sindicales que los trabajadores estimen convenientes, el derecho de afiliarse a una cualquiera de las ya constituidas, etc.

Ahora bien, si ya existe un sindicato y los trabajadores estiman que es más conveniente, para algunos de ellos, constituir otro antes que afiliarse al ya constituido, se pregunta: pueden o no hacerlo ?

Hay dos respuestas posibles y con cada una de ellas un sistema sindical diferente, en efecto: cuando la respuesta es no pueden hacerlo y la ley así lo dispone, queda establecido el sistema del sindicato único o unidad sindical; mientras que si la respuesta es la contraria, el sistema instituido es el de la pluralidad sindical.

Estimo que el sistema de la pluralidad, no obstante los graves inconvenientes que conlleva, garantiza mejor la libertad personal porque a la opción de organizar o no organizar un sindicato acompaña la de escoger el sindicato que el trabajador prefiera por cualquier motivo. Durante la "Guerra Fría" en la que las diferencias ideológicas enfrentaban a los individuos y a los pueblos, cuando las ideas socialistas predominaban en los dirigentes sindicales, se asociaron las ideas de democracia occidental con el sistema de pluralidad sindical.

Así, pues, se entendió y entiende aun ahora en la Organización Internacional del Trabajo - O. I. T. - que la unidad sindical dispuesta por ley no responde al principio de la libertad de elección expresado en el art. 2 del Convenio No. 87 del cual es parte el Ecuador por haberlo ratificado aunque tardíamente en 1.967.

Debe quedar en claro que, no es contraria a la libertad sindical, la unidad sindical voluntaria, esto es la promovida y conseguida por los propios trabajadores que desde la base, por su iniciativa y con su trabajo se asocian en una sola organización de primer grado o sindicato de base; de segundo grado, federación o sindicato de sindicatos y de tercer grado o confederación.

Los trabajadores ecuatorianos, por supuesto, no se han opuesto y mas bien ha sido favorables a la unidad sindical voluntaria, con o sin ayuda (ayuda y no imposición) de la ley.

2.- LA REPRESENTACION.- El sistema de pluralidad sindical que permite la existencia de mas de un sindicato dentro de la misma profesión, empresa, rama de la producción o industria, tropieza con la dificultad de decidir a cuál de esos varios sindicatos se le otorga la representación de la clase trabajadora que labora en la respectiva profesión, empresa o industria.

Para facilitar la solución de esta dificultad de modo muy objetivo se ideó, desde el primer momento, la teoría del sindicato

más representativo, que fue recogida en el Tratado constitutivo de la O.I. T. y poco más tarde sancionado por la Corte de Justicia Internacional de La Haya.

Aunque no se ha logrado una definición única de sindicato más representativo, el criterio más común y objetivo, que sirve para definirlo, parece ser el del número; así, según este criterio, es más representativo, entre varios sindicatos, el más numeroso y, consecuentemente, éste tiene la representación de la clase trabajadora a la que pertenecen afiliados y no afiliados que trabajan en la profesión, empresa o industria, en la que laboran los afiliados.

Para la Comisión de Expertos de la O. I. T. esta teoría no se opone a la libertad sindical, con dos condiciones: una, que la mayor representatividad sea establecida según criterios objetivos y pre-establecidos y, dos, que los sindicatos minoritarios puedan existir, desarrollar actividades y representar a sus afiliados, no a la clase, en los conflictos individuales.

3.- EL SISTEMA ECUATORIANO.- Siempre se entendió que el sistema compatible con el derecho sindical que consagra el Derecho Constitucional ecuatoriano, desde la Constitución Política de 1.929, era el de la pluralidad sindical y, a partir de esta convicción, se ha desenvuelto la legislación sobre la materia.

3.1.- LA PLURALIDAD SINDICAL.- El Código del Trabajo instituye el sistema de la pluralidad sindical en los Arts. 96 para el reparto del 5% de las utilidades líquidas de la empresa entre los

trabajadores de ella, 227, 228 y 229 para la celebración del contrato colectivo de trabajo, 443 para el pago y entrega de la contribución del 1% de la remuneración, de los trabajadores no afiliados, para la caja sindical.

De manera poco coherente y sistemática es cierto pero de modo claro, el Código del Trabajo admite además diversas modalidades o formas de organización sindical: el sindicato profesional, de oficios o ramas de trabajo, llamado, a veces, gremial, Arts. 228 y 229; el sindicato de empresa que puede tomar la forma de comité de empresa, Arts. 227, 436 inciso 5o., 455 y siguientes, 491 y 501; y el sindicato industrial o sindicato de trabajadores de varias empresas que se dediquen a la misma actividad productiva, Arts. 226 y 243 que admiten la posibilidad del contrato colectivo de un sindicato con mas de un empleador.

Cuál de los varios sindicatos ha de representar a la clase trabajadora es materia en la que, por desgracia, no se sigue siempre ni para todo la teoría del sindicato más representativo y mas bien se han adoptado diversos métodos que han favorecido la proliferación de asociaciones sindicales.

3.2.- LA REPRESENTACION DE LA CLASE TRABAJADORA.-

Para el reparto del 5% de las utilidades líquidas y la celebración del contrato colectivo tiene la representación el sindicato mas numeroso, lo mismo disponía la ley para el contrato colectivo, no obstante, al menos en el sector público, no se respetaba la

norma sino que, en cada caso, se seguían usos impuestos por la fuerza o vigor de las organizaciones sindicales, o por los intereses políticos de los administradores de las entidades, hasta que por la Ley 133 se les impuso la obligación de constituir el comité de empresa o, en su defecto, un comité central único.

Se cambian las reglas y se constituyen colegios electorales integrados por delegados de todas las Centrales o Confederaciones de Trabajadores legalmente reconocidas para la elección de representantes de la clase trabajadora: ante el Consejo Nacional de Desarrollo - CONADE - y ante el Tribunal Contitucional, Decreto 143, publicado en el Reg. Of. No. 166 del 14 de abril de 1.980, reformado por el 2823, publicado en el Reg. Of. 804 del 9 de agosto de 1.984; de los afiliados ante el Consejo Superior del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social - IESS -, A-D 2853, publicado en el Reg. Of. No. 677 del 4 de mayo de 1.987 o ante el Consejo Nacional del Servicio Ecuatoriano de Capacitación Profesional, Reg. Of. No. 401 del 25 de enero de 1.974.

Por el contrario, al Consejo Nacional Laboral deberían concurrir sendos delegados de las Centrales o Confederaciones, Reglamento 2531, publicado en el Reg. Of. No. 670 del 30 de octubre de 1.974. Algo similar es la delegación ante el Consejo Laboral Andino.

Otra es la forma de integración del Consejo Nacional de Salarios - CONADES - y de la Comisiones Sectoriales para la Fijación y Revisión de los Sueldos y Salarios Mínimos, Acuerdo

En fin a la Asamblea General o Anual de la O. I. T., en Ginebra, se alternan cada año, en calidad de delegados oficiales, todas las Centrales o Confederaciones, pero, las que no designan el delegado con voz y voto van en calidad de consejeros técnicos. En definitiva, el Derecho Ecuatoriano del Trabajo reconoce con claridad las exigencias de la libertad sindical a través el sistema de la pluralidad.

En cuanto a la representación, en principio la otorga al más representativo y, para el efecto, define así al más numeroso; pero en la práctica, a la teoría del más representativo, se añaden otros criterios ya porque si bien esta teoría inspira al Código del Trabajo no se la respeta en la vida y en las funciones del sindicalismo, ya también porque leyes, decretos y acuerdos especiales, posteriores al Código del Trabajo han introducido otros métodos para la representación de la clase trabajadora como tal, como acabo de demostrarlo.

3.3.- LA REFORMA CONSTITUCIONAL.- El texto de la reforma constitucional no se opone al sistema de la pluralidad sindical que, como acabamos de ver, es el de la legislación ordinaria, el compatible con el Convenio No. 87 y el reconocido por la O. I. T. como inherente a la libertad sindical.

El precepto constitucional literalmente dice que “el sector laboral estará representado por una sola organización” para todos

los efectos de las relaciones laborales en las entidades del sector público, lo cual no equivale a decir que los trabajadores tan solo podrán organizar sindicatos de empresa y no más de un sindicato en cada entidad.

Este además fue el pensamiento del constituyente, al oponerse expresa y deliberadamente a la propuesta del Ejecutivo.

Efectivamente, una vez que el Congreso Nacional remitió al Presidente de la República el Proyecto de Reformas a la Constitución en el que constaba el precepto en estudio, el Presidente objetó el texto del Congreso y en su lugar propuso que se diga: "... el sector laboral tendrá una una sola organización dentro de cada entidad", Oficio No. 95-9764-DAJT.1444 del 30 de noviembre de 1.995 del Presidente Constitucional de la República al Presidente del Congreso Nacional.

Esta propuesta fue negada por el Congreso Nacional porque según el informe de la Comisión de Asuntos Constitucionales con la reforma no se trata, como quiere el Ejecutivo, "de limitar el derecho a la organización, única o plural en cada entidad, sino de considerar que para los efectos de la representación en las relaciones y negociaciones se tratará con una sola organización dentro de cada entidad".

Para desvanecer cualquier duda, se debería tener presente que esta tesis fue sustentada por varios diputados, uno de los cuales dijo textualmente: "En la objeción primera del Arquitecto

Sixto Durán Ballén, él nos quiere decir que el sector laboral tendrá una sola organización dentro de cada entidad. Esto no existe ni tiene precedentes en el derecho laboral universal, destruye el sentido democrático y pluralista de la asociación...”.

Sin embargo, no fue éste el parecer del Ministro de Trabajo y del Procurador General del Estado, quienes impusieron contra el texto, razón y la historia de la reforma, que una vez que ella fue recogida en el At. 49, se debe entender en el sentido de que los servidores públicos sometidos, por excepción, al Derecho del Trabajo gozan del derecho sindical, pero que para ejercerlo no pueden tener mas de un sindicato en cada entidad, institución o empresa del sector público, al que, por lo tanto, deben pertenecer todos los trabajadores que deseen sindicarse.

Asi quedó introducido un doble sistema: el de la pluralidad sindical en el sector privado y el de la unidad sindical o sindicato único en el sector público; con esto se sumó otra discriminación al sector público, contraria a la igualdad que, en esta materia, debería primar.

Si a este doble sistema añadimos la gran variedad de criterios con los que, para otros efectos, se regula la representación de los trabajadores, tenemos el cuadro abigarrado que, en materia de libertad sindical, ha creado el sincretismo jurídico que nos es característico y en virtud del cual mezclamos normas de muy diversos sistemas, casi siempre yuxtapuestas sin la necesaria armonización, para a continuación sorprendemos de que las institu-

ciones no funcionen o no surtan los efectos que ellas surten en sus países de origen.

III LA CONTRATACION COLECTIVA

Junto al indiscutible progreso que significa el reconocimiento expreso del derecho a la contratación colectiva, la reforma constitucional añade que el contrato colectivo que, en virtud de este derecho, se celebre: “no podrá ser modificado, desconocido o menoscabado en forma unilateral”.

De suyo el texto que no hace sino repetir el principio *pacta sunt servanda* no es impugnable; pero, entendido, sin excepción, en los términos del penúltimo artículo innumerado del Art. 39 de la Ley 133 Reformatoria al Código del Trabajo podría servir para que se archiven pliegos de peticiones tendientes a reclamar por la violación del contrato colectivo según la interpretación de los trabajadores que es contraria y aun contradictoria a la del empleador, o cuando las condiciones económico-sociales han cambiado en forma sustancial y, por tanto, legitiman el principio opuesto o *rebus sic stantibus*.

IV LA HUELGA

El Lit. j) del Art. 49 pareciera que no hace sino reproducir el derecho de huelga ya reconocido en el Art. 31, Lit. i) anterior a

las reformas; sin embargo, entendiendo que tiene alguna importante intención que al reconocimiento del derecho de huelga de los trabajadores se haya añadido la condición de que se lo ejerza “en sus respectivas empresas”.

Con esta al parecer inofensiva frase puede argumentarse que ha quedado constitucionalmente desconocido el derecho a la huelga solidaria, debido a que ésta es la huelga de los trabajadores con cuyas empresas no tienen ningún conflicto y a las cuales les es aplicable el adjetivo respectivas, sino que la declaran para respaldar las peticiones de trabajadores de otras empresas a las que no es aplicable el adjetivo “respectivas” con relación a los que declaran la huelga solidaria.

V

LA TRANSACCION

En el Lit. e), del Art. 49 reconoce validez a la transacción “siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente”.

Como es sabido la transacción está en conflicto con el principio de irrenunciabilidad de los derechos del trabajador y guarda estrechos vinculos con la conciliación.

Transacción y conciliación son en esencia lo mismo, pues la una y la otra es un acuerdo sinalagmático, por el cual las partes haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones liti-

giosas o dudosas. En el Derecho Procesal esta especie de derechos reciben el nombre de pretensiones.

En nuestro derecho, sin embargo, difieren en la forma, ya que el acuerdo recibe el nombre de conciliación si se celebra dentro de juicio y ante el juez que conoce de él, está prevista en el Código de Procedimiento Civil: Arts. 409 para el juicio ordinario; 845 para el juicio verbal sumario, aplicable al las controversias laborales por mandato del Art. 563 del Código del Trabajo, y 1065 para toda clase de juicios; mientras que se lo conoce con el nombre de transacción cuando en la celebración del acuerdo a que llegan las partes no interviene juez alguno, sea que tenga lugar antes de iniciado el juicio, para evitarlo, o sea que tenga lugar durante el juicio, para ponerlo fin; está regulada por el Título XXXVIII del Cuarto Libro del Código Civil, entre los contratos.

Siendo esto así, debemos entender que el constituyente no dijo nada nuevo en cuanto a la materia sobre la cual deben versar la transacción, pero reformó la transacción del Código Civil en cuanto a que para la validez de la transacción o acuerdo entre trabajador y empleador sobre derechos litigiosos o dudosos, o derechos que una de las partes reclama y la otra los desconoce en todo o en parte, es necesario que se celebre ante un juez del trabajo o ante una autoridad administrativa. Que se celebre ante ellos quiere decir que ellos deben estar presentes mientras se negocia el acuerdo, lo cual debe constar del mismo acuerdo.

La diferencia con la conciliación estaría en que este nom-

bre se reservaría para el acuerdo que se celebra durante el juicio y ante el juez que conoce del juicio iniciado para obtener el pago de un derecho litigioso.

No está dicho, con todo, cual es la autoridad administrativa que tiene competencia. Es de esperar que una ley posterior o la costumbre llenen este vacío y lo mas probable es que se le encargue de esto al Inspector del Trabajo.

Continúa prohibida la transacción sobre derechos objetivos, es decir sobre derechos prescritos en norma jurídica vigente, como sería el caso del acuerdo por el cual el trabajador se compromete a no reclamar la remuneración de la jornada suplementaria o a no afiliarse a un sindicato, etc; igualmente no hay transacción ni de haber sería válida la que versara sobre derechos que no se disputan, tanto porque asi lo dice la reforma constitucional cuanto porque asi lo dispone el Art. 2372 del Código Civil. El juez o la autoridad administrativa ante quien se celebra el acuerdo ha de cuidar del cumplimiento de estas normas.

LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA CONSTITUCION

Como producto de la serie de reformas constitucionales debatidas durante los años 1995 y 1996, la última codificación de nuestra Constitución Política (R.O. 2, 13 de febrero de 1997) incorpora dentro del conjunto de sus disposiciones, en el Título II, "De los Derechos, Deberes y Garantías", Art. 22, numeral 18, el siguiente texto:

Art. 22.- Sin perjuicio de otros derechos necesarios para el pleno desenvolvimiento moral y material que se deriva de la naturaleza de la persona, el Estado le garantiza:

... 18. Igualmente se garantiza los derechos de autor sobre las obras intelectuales, artísticas, científicas y literarias por el tiempo y con las formalidades que señala la ley"

De esta manera, nuestra carta fundamental reconoce un marco de protección para los llamados Derechos de Autor, principio que si bien había sido ya recogido en anteriores constituciones ecuatorianas, como la de 1946, sin embargo, no fue incorporada en la de 1979, sino hasta el último proceso de reformas constitucionales arriba mencionado en 1995.

Al respecto de la inclusión de este punto dentro de nuestra constitución, el Dr. Jorge Zavala Egas, nos dice: *"La Constitución tan solo reconoce una realidad moral o ética: el derecho de autor nace de la obra y sólo él tiene propiedad sobre la misma de tal forma que es objeto del patrimonio de éste y de sus herederos. La constitucionalidad de este derecho de los autores se supedita como es natural a la norma secundaria que es la Ley de Derechos de Autor, la que tiene por objeto regular el régimen de protección de los derechos de los autores de obras literarias, artísticas y científicas"*.¹

Como el mencionado jurista guayaquileño señala, el reconocimiento que la Carta Fundamental realiza, está regulada en la

1.- "Curso Analítico de la Constitución de la República del Ecuador", Dr. Jorge Zavala Egas, Edino, Guayaquil, Ecuador, 1996.

Ley de Derechos de Autor. Sin embargo, este instrumento legal, al igual que otros como por ejemplo, la Ley de Fomento del Libro, han puesto de manifiesto su vulnerabilidad como medios de protección y en cierta medida, su obsolescencia.

La protección de los Derechos de Autor, debe mirarse como un apartado de un concepto mayor: La protección de la Propiedad Intelectual. Así, podemos afirmar junto con Edwin Einstein, experto en tecnología y propiedad intelectual de la Asociación Interamericana de Abogados: "Además de patentes y marcas, la propiedad intelectual implica derechos de autor, secretos industriales y de negocios, variedades vegetales (que es muy importante para el Ecuador), microcircuitos y circuitos integrados."²

Esta materia se ha convertido en una de las principales preocupaciones del derecho contemporáneo, en razón que factores como el desarrollo de la tecnología (principalmente), imponen la necesidad de formular nuevos mecanismos de protección, más acordes con los tiempos que vivimos. Estos mecanismos deben contemplar otras formas de creación que no se engloban dentro de la tradicional protección para obras artísticas, científicas y literarias"; así como otros aspectos directamente relacionados con este ámbito, como lo son por ejemplo, derechos conexos.

A continuación, el lector encontrará un grupo de tres artículos referentes a Derechos de Autor, en los cuales se pone de manifiesto la importancia de la protección de estos dentro de la Constitución Política vigente. Los autores, analizan desde su óptica esta problemática, exponiendo detalladamente sus fundamentos y conclusiones, en un aporte que enriquecerá el debate para la reforma o creación de nuevos cuerpos legales secundarios, que tanto en ésta, como en otras materias afectadas por la reforma constitucional, se convierte un imperativo para hacer realmente efectivas las nuevas instituciones de nuestra Carta Fundamental.

El Editor

2.- "Protección de la Propiedad Intelectual en el Ecuador y sus Efectos Económicos", Entrevista a Edwin Einstein, Boletín Jurídico CLD No. 14, Agosto 1996, CLD, Quito, Ecuador.

LA CONSTITUCION ANTE LOS DERECHOS INTELECTUALES

193

Lcdo. Juan Pablo Albán Alencastro

“La propiedad literaria y artística es la más genuina, la más inatacable y la más personal de todas las propiedades” LE CHAPELIER, redactor de las leyes revolucionarias francesas de 1791 y 1793 que consagran legalmente los Derechos Intelectuales.

Con alivio hemos observado la reinserción en nuestra Constitución Política, a partir de las últimas reformas cuya codificación fue publicada en el Registro Oficial No. 969 del 18 de Junio de 1996, de un principio constante entre las Garantías individuales; concretamente en el No. 18 del Art. 22:

“Igualmente se garantiza los derechos de autor sobre las obras intelectuales, artísticas, científicas y literarias, por el tiempo y con las formalidades que señala la Ley”.

Decía al empezar, “con alivio”, ya que si bien esta no es la primera vez en que nuestra Carta Fundamental aborda el tema de los Derechos Intelectuales, no puede decirse que su tratamiento haya sido suficiente y mucho menos eficaz en nuestro sistema de Derecho. Esto a pesar de que existen a nivel Nacional instrumentos -obsoletos- de “protección” como la Ley de Derechos de Autor o la Ley de Defensa del Libro; normas subregionales no muy acordes con nuestra realidad como la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena; y convenios internacionales aun menos compadecidos con nuestra situación actual, como el de Berna o el de Roma, que de ninguna manera pueden decirse plenamente

Surge entonces la pregunta: ¿Dónde empezar para tener un ordenamiento adecuado sobre Derechos Intelectuales?, la respuesta es evidente, es necesaria una normativa constitucional referida en forma específica e independiente a los derechos de los autores y titulares derivados de las obras intelectuales. Dichas normas establecerían los lineamientos generales para desarrollar una legislación acorde con nuestro tiempo y realidad, que estimule el trabajo de los autores, artistas, difusores, etc., que tendrían el aliciente de una verdadera protección a sus derechos.

Partiendo de estas reflexiones quiero presentar mi modesto estudio, referido en primer término a aspectos generales sobre los Derechos Intelectuales; para luego justificar el por que la Constitución ha de referirse a dichos Derechos; después analizar el tratamiento de los Derechos Intelectuales en las Constituciones ecuatorianas a través de los tiempos; y finalmente señalar ciertas conclusiones que a mi criterio podrían orientar un tratamiento constitucional más apropiado.

I ASPECTOS GENERALES

La expresión “Derechos de Autor” fue utilizada por primera vez en el año de 1725, en una memoria del abogado frances Louis D’Hericourt. Pero la idea de Derechos vinculados al autor de una obra artística, científica o literaria ya existía desde hace mucho tiempo, de hecho algunos historiadores nos dan cuenta del interés de las culturas griega y romana porque la paternidad e integridad de una creación intelectual sean respetadas.

Aunque supongo que la mayoría de lectores ya conoce en que consisten y que comprenden los Derechos Intelectuales, considero que no está por demás recordar que, se entiende por tales Derechos a los que garantizan la paternidad e integridad de una

obra de índole científica, literaria o artística. Comprenden:

1.- Derechos de naturaleza patrimonial, también denominados económicos -verbo y gracia en nuestra Ley de Derechos de Autor- y que consisten en la facultad exclusiva que tiene el creador de una obra intelectual de disponer de la misma y obtener de ella un beneficio pecuniario bien sea en forma directa o autorizando a un tercero a utilizar la obra con tal finalidad. Tales son los derechos de reproducción, comunicación pública, distribución y remuneración.

2.- Derechos de naturaleza personal, llamados también morales y que conceden las facultades de reivindicar la obra y su paternidad; asegurar su autenticidad e integridad; dar a conocer la obra y como contrapartida retirarla de circulación en cualquier momento; exigir que en la obra se haga expresa mención del nombre del autor o su pseudónimo y del título que haya escogido; impedir la destrucción, mutilación, deformación o modificación de la obra todo lo cual es de exclusiva competencia del autor; acceder para efectos de divulgación al original y/o a las copias de la obra que se encuentren en poder de terceros -Derecho de Acceso-, así lo han consagrado en sus legislaciones Alemania, Francia y España.

3.- Derechos Conexos, que corresponden a las personas que si bien no son creadores de la obra intelectual, tienen vinculación directa con ella; tal es el caso de los artistas, interpretes y ejecutantes; los productores de fonogramas y videogramas; los propietarios de galerías de arte y salas de exposiciones; los radiodifusores; etc. Entre estos Derechos encontramos el de paternidad de la interpretación; integridad de la misma; el pago por interpretación directa o fijada en cualquier soporte; la autorización de reproducir la interpretación, distribuir sus ejemplares o radiodifundirlos; la adaptación de la interpretación; etc.

Los Derechos económicos y morales nacen desde la creación misma de la obra, es decir cuando se ha exteriorizado esta

última de algún modo, y desde entonces se le concede protección legal.

El aparecimiento de los Derechos Intelectuales está directamente relacionado con la invención de la imprenta y con el incremento del número de personas en capacidad de leer y escribir lo que facilitó la producción de copias a bajo costo y aumentó la demanda de libros.

El más remoto antecedente de protección de los Derechos Intelectuales lo encontramos en el "*Estatuto de la Reina Ana*" promulgado por el parlamento británico en 1709; luego aparecería la Ordenanza danesa de 1741; la Ley Alemana de 1790, el mismo año que apareció el primer cuerpo legal relativo a este tema en los Estados Unidos de América. Ya concretamente en América Latina las legislaciones sobre Derechos Intelectuales más antiguas son las de México (1871), Argentina (1879), Chile (1884) y Perú (1889). Por otro lado, la Legislación Universal del Convenio de Berna data del año de 1886 pero ha sido objeto de varias revisiones y modificaciones, la última de ellas es la de París del año 1971.

Hasta la fecha 117 países han ratificado y adoptado como Ley Nacional el Convenio de Berna.

Respecto a los Derechos Conexos tenemos el convenio de Roma, que data de 1961.

A partir de los acuerdos comerciales internacionales surgió un nuevo problema de lagunas normativas en el ámbito de los Derechos Intelectuales, que se ha resuelto con la inclusión en estos mismos acuerdos de disposiciones relativas al tema.

Pero ya se ha detectado la insuficiencia de la legislación internacional y universal ante los nuevos planteamientos de la tecnología, y tal es la razón por la cual se está pensando en nuevos

convenios de protección a los Derechos Intelectuales, lo que ha sido materia de las discusiones de una comisión de especialistas de la OMPI -Organización Mundial de la Propiedad Intelectual- que se reúne anualmente en Ginebra, en la sede de la Organización desde el año de 1991.¹

La necesidad de nuevos instrumentos se debe a que la protección tradicionalmente ha sido para las obras plásticas, literarias, musicales y cinematográficas, pero se ha dejado un poco de lado -al menos en nuestro ordenamiento jurídico nacional- lo relativo por ejemplo a programas de ordenador, transmisiones vía satélite de las obras; obras arquitectónicas; transmisiones y almacenamiento digital; copias *HOME TAPING* para uso casero o alquiler; cable distribución, etc. De hecho las normas relativas a ciertas obras de protección "clásica" -si puede llamarse tal- son completamente anacrónicas. Por citar un ejemplo: Nuestra legislación se refiere a las obras cinematográficas y a los contratos para la fijación de las mismas, pero nada dice sobre otras obras audiovisuales; y es de tener en cuenta que en los últimos años se ha producido la aparición de nuevos formatos para la fijación de imagen y sonido, como el video tape y aun el disco audiovisual -para utilizarse con lectores laser- lo que nos deja apreciar que el celuloide no es, hoy por hoy, sino una de las formas de fijación de las obras audiovisuales.²

Y es que ante los cambios de nuestro mundo solo nos queda la incertidumbre, el hombre no puede garantizar lo que hará en el futuro y menos lo que hará en un medio social de iguales que es el precio a pagar por una comunidad democrática y pluralista.

Para concluir este punto citaré una frase del distinguido

(1) FERNANDEZ BALLESTEROS Carlos, "El Derecho de Autor y los Derechos Conexos en los umbrales del siglo XXI", Ponencia presentada en el Décimo Congreso Internacional sobre la Protección de los Derechos Intelectuales, Quito, Diciembre de 1995.

(2) ALBAN Juan Pablo, "La Protección Jurídica de las Obras Audiovisuales", Revista INTELEX-PRESS, No. 3, FP&A S.A. Ediciones, Quito, 1995.

Jurista ecuatoriano Doctor Marco Proaño Maya: "El talento superior que en el pasado histórico, se complació con el esplendor del reconocimiento público y las gracias de los gobernantes, ha configurado un Derecho Superior que identifica los valores esenciales del espíritu y trasciende al propio hombre por ser universal: El Derecho de Autor".³

II POR QUE LA CONSTITUCION DEBE REFERIRSE A LOS DERECHOS INTELECTUALES

Antes de entrar en materia considero necesaria una precisión a tener en cuenta: El Derecho sobre la creación intelectual es independiente de la propiedad sobre el objeto material o soporte en que se fija la obra.

Antes de la época en que Gutemberg inventó la imprenta, las creaciones intelectuales se regían por el Derecho de Propiedad. Los autores de una obra se convertían al momento de crearla, únicamente en propietarios de un objeto material -manuscrito, lienzo pintado, piedra esculpida, etc.- y podían vender el mismo a otra persona. Desde luego que durante la Edad Media, la reproducción de una obra era bastante difícil, ya que los escritos solo podían reproducirse a mano limitando el número de copias con lo que la utilización futura de la obra no perjudicaba realmente los Derechos Patrimoniales del autor. Respecto a las pinturas y esculturas, la imitación y el plagio también eran muy difíciles y en consecuencia poco comunes, además de que cuando se presentaba el caso la sociedad lo condenaba severamente.

Bajo esta idea generalmente aceptada de que el autor era solo propietario del objeto material en que se había fijado la obra -pero que no tenía derecho personal alguno respecto de la creación

(3) PROAÑO MAYA Marco, "El Estado en la Defensa de los Derechos Intelectuales.- El Poder Legislativo", Ponencia presentada en el Décimo Congreso Internacional sobre la Protección de los Derechos Intelectuales, Quito, Diciembre de 1995.

de la misma- vinieron las primeras disposiciones constitucionales relativas a los Derechos Intelectuales, contenidas en el capítulo correspondiente a la Propiedad, resagos de lo cual, hasta hace poco tiempo conservavamos en nuestra Constitución. Aquí, la primera razón por la cual debe incorporarse entre las garantías establecidas en una Constitución normas respecto a la titularidad de otros derechos que no son el de propiedad y que ostenta la persona que ha creado o ha contribuido a crear la obra intelectual, independientemente de quien posea el objeto material en que ésta fue fijada. Digo "posea el objeto material" porque hemos de tener en cuenta que aun cuando se ha comprado el original o una copia de la obra, el autor podría en cualquier momento tomar el ejemplar y llevárselo, destruirlo, modificarlo, etc. es decir que la persona que compra la obra ni siquiera puede decirse "dueña" -al menos completamente- de la misma.

Con la publicación de la obra se extingue el llamado Derecho a lo inédito. Cuando la obra circula y se vuelve conocida -por el gran número de ejemplares, representación, radiodifusión, ejecución, exposición, etc.- no significa que se ha roto el vínculo entre ella y su creador. En efecto, sería absurdo pensar que por el hecho de que un tercero compre la obra ésta ha dejado de ser una manifestación del espíritu de su creador y en consecuencia que quien la tiene puede hacer con ella lo que le plazca: desfigurarla, mutilarla, difundirla, todo ello sin autorización.

Es precisamente a partir del criterio de que el autor nunca pierde sus derechos sobre la obra, aun cuando ésta fuere comercializada, que los tribunales franceses e italianos han considerado que al poner color a un filme grabado originalmente en blanco y negro; o al insertar logotipos durante la transmisión de una película por televisión -práctica muy difundida entre nuestras televisoras- se está violando los derechos de los autores y conexos; porque la propiedad del objeto material es independiente del derecho del titular de la creación.

Otro aspecto a tener en cuenta es que ante el desarrollo tecnológico se presentan nuevos desafíos no solo para la legislación específica sobre el tema de los Derechos Intelectuales, sino también para las normas constitucionales que son las que darán los lineamientos para el desarrollo de la primera; pues si bien las nuevas industrias o métodos de reproducción de las obras, podrían ser instrumentos utilizados para un trabajo más eficiente por parte del sector creativo y para llegar a más personas; pueden también afectar sus derechos. Y es que lastimosamente, cuando surge un nuevo conflicto se acude al ordenamiento preexistente porque se asume que las normas se crean para tener vigencia en un largo espacio de tiempo, llevándonos muchas veces a interpretaciones analógicas y aplicaciones forzadas ante las nuevas situaciones que se presentan y que no han sido previstas.

En definitiva, con el advenimiento de las redes digitales interactivas, supercarreteras de la información, fijaciones y emisiones digitales, y otros procesos tecnológicos, son necesarias nuevas normas para la protección de los derechos de sus creadores así como para el ejercicio de tales derechos. Bajo esta perspectiva seguramente la clasificación "tradicional" de las obras intelectuales tendrá que cambiar; perderá importancia la protección de ciertos derechos hoy por hoy principales, teniendo en cambio un primer plano algunos derechos que por ahora se consideran secundarios; y desde luego habrá que reconocer ciertas situaciones que no se han contemplado como derechos. Deberá entonces cambiarse el sistema de reformar solo determinada norma aislada por una necesidad momentánea de protección más eficaz, y deberá crearse instrumentos normativos acordes con la realidad, más cuando solo nos separan pocos años del próximo milenio. A mi criterio, el establecimiento de nuevos instrumentos no debe ser solo a nivel de legislación internacional, sino también a nivel interno de cada Estado, por lo que evidentemente deberá empezarse por normas constitucionales más precisas.

Otro gran motivo para que la Constitución se preocupe de los Derechos Intelectuales, es que siendo como es la creación intelectual una proyección de la personalidad de su autor, la expresión de su genio particular y originalidad, lo que logra empleando las fuerzas y atributos con que la naturaleza le ha dotado; puede hablarse de un **trabajo** que se realiza al crear la obra intelectual, trabajo que debe ser defendido, respetado y premiado. Este trabajo intelectual debe ser también objeto de protección ya que representa al tiempo bienes espirituales y valores económicos. La gran mayoría de las obras intelectuales responde no solamente a la necesidad de crear que tiene el autor, sino a la satisfacción de una necesidad de la sociedad que por cierto tiene derecho a recibir la creación, que desde ese momento será objeto de comercio con los hombres, fuera del valor innegociable que tiene per se.

Otro motivo para el tratamiento constitucional de los Derechos Intelectuales es la falta de garantías en determinados regímenes para la libertad de creación, es decir que dando un gran paso pero hacia atrás, solo se permite a las personas que realizan el trabajo intelectual al que nos referimos en el párrafo anterior, que hagan públicas las obras que no vayan contra las instituciones del Estado o los rígidos y mal entendidos principios moralistas y de otra índole que dichas instituciones han establecido.

Pero la razón tal vez más importante para que la Constitución se ocupe de los Derechos Intelectuales son los atropellos y arbitrariedades de que son víctimas los autores cuando terceras personas aprovechan la obra en beneficio propio o se dedican a quitarle mérito, perjudicando el reconocimiento de que goce la obra y el honor de sus creadores.

Catarina Rebello señala que en el primer siglo de la era cristiana, el poeta satírico Marcus Valerius Martialis se quejaba de que le robaban sus versos, y a quienes lo hacían los llamaba plagarios lo que ha inducido a algunos estudiosos a concluir que el

plagium prohibido por la Lex Fabia se aplicaba a las obras literarias, cuando la verdad es que correspondía al robo de niños: el poeta recurría a una metáfora jurídico literaria para denunciar a los que se hacían pasar por autores de sus propias obras.⁴ Podemos apreciar entonces que los abusos de los Derechos de los autores por parte de terceros no son nuevos.

No obstante, el riesgo en épocas antiguas era menor, más si tenemos en cuenta que las obras intelectuales no tenían un valor económico sino que se apreciaban por la distinción pública, honores y fama que alcanzaban sus autores.

Hoy en día los atentados contra éstos derechos son cada vez más fáciles y mayores en número, pero lastimosamente las legislaciones no tipifican las diversas figuras o infracciones que podrían producirse contra las obras intelectuales o sus autores, sino que enuncian conceptos muy generales, procediendo en el mejor de los casos a una enumeración meramente ejemplificativa de dichas infracciones. Quedan así en la impunidad muchas actitudes dañosas mientras se reprende otras de menor importancia.

Considero inminente establecer mecanismos que garanticen la erradicación de los actos violatorios y una defensa adecuada; y uno de dichos mecanismos es a mi criterio el establecimiento de normas constitucionales un poco menos líricas y definitivamente más prácticas, que protejan los intereses culturales.

Sobre este mismo punto de los abusos y arbitrariedades contra los Derechos Intelectuales, que originan la necesidad de una normativa constitucional y legal más eficiente y precisa, refirámolos ahora al más terrible azote que perjudica los derechos de los autores: LA PIRATERIA.

(4) REBELLO Catarina, "El Derecho Moral en el Mundo Contemporáneo", Ponencia presentada en el Décimo Congreso Internacional sobre la Protección de los Derechos Intelectuales, Quito, Diciembre de 1995

Se entiende por piratería al acto de apoderarse o reproducir sin autorización la creación intelectual de otra persona, buscando el provecho propio.

Aunque muchos se nieguen a aceptarlo, el desarrollo tecnológico no solo contribuye al progreso de los pueblos sino que es un gran instrumento para la aparición de nuevos ilícitos, uno de ellos la piratería.

La piratería se manifiesta de diferentes formas, unas de más connotación que otras, así tenemos: La falsificación de ejemplares es decir la fabricación de obras que si bien son similares a la original no son idénticas, por lo que adolecen de varias desventajas frente a la creación primaria; Reproducción de copias, es decir la obtención de duplicados idénticos al original para su posterior comercialización; Copias privadas como las obtenidas en una videograbadora casera -BETA o VHS- a partir de la transmisión hecha por un canal de televisión, copias que por cierto no son autorizadas; Clubs de usuarios -que no tengan autorización de los autores para sacar provecho comercial de las obras- como los de renta de videos; Transgresión a la licencia concedida, es decir, cuando el pirata abusando de la licencia que le ha dado el autor, se toma más atribuciones de las que en estricto sentido le corresponden; etc.

Con este tipo de actitudes se causa perjuicio no solo a los autores sino también a los reproductores autorizados; a los distribuidores de las copias legítimas; a los comercializadores -por ejemplo a los almacenes de discos-; al público, que está recibiendo un "producto" de inferior calidad; al Estado, porque los piratas evaden impuestos, fomentan cierto tipo de contrabandos y perjudican la imagen del Estado en el concierto internacional; al progreso cultural, ya que el sector creativo pierde el interés de seguir haciendo públicas las obras. Este "florecente negocio" produce un fuerte impacto económico, ya que las pérdidas para aquellos

que en realidad pusieron trabajo en la obra, son millonarias. Por ejemplo, en nuestro país las copias piratas venden a un 80% del mercado potencial, y es que claro, el pirata ofrece precios bajos, muchos lugares de expendio al por mayor o menor y un acceso más directo para los consumidores utilizando al sector informal de la economía.

Los titulares de los Derechos Intelectuales están cansados de los lentos e improductivos juicios en contra de los piratas, de ahí la necesidad de una normativa acorde a nuestra realidad contemporánea y de sanciones más drásticas.

Pero la solución a este tipo de problemas no se encuentra solo en las leyes, sino que es necesario crear conciencia en la comunidad del perjuicio que sufren los autores y el mismo consumidor cada vez que los piratas logran vender una copia.

III TRATAMIENTO DE LOS DERECHOS INTELECTUALES EN LAS CONSTITUCIONES ECUATORIANAS

El tratamiento de los Derechos Intelectuales en las Constituciones Ecuatorianas ha sido muy disímil a través de los tiempos:

En las Constituciones de 1830, 1848 y 1851 no se hace referencia alguna a este tipo de Derechos, por lo que se asume que su tratamiento se sujetaba a las reglas generales sobre la propiedad, lo cual no era del todo adecuado por dos consideraciones que hiciéramos en el acápite anterior: La propiedad del objeto material sobre el cual se fija la obra es independiente y diversa de la titularidad sobre los Derechos Intelectuales, que como indicáramos al inicio, a más de aspectos patrimoniales, comprenden prerrogativas de carácter moral inherentes a la personalidad misma de los creadores. Por otro lado, no puede tratarse los Derechos Intelectuales solo desde el punto de vista de la propiedad, lo que

conlleva una valoración pecuniaria, sino que además es necesaria una protección como trabajo intelectual que a más del valor indicado, comprende otro innegociable.

Analicemos brevemente las disposiciones sobre Derechos Intelectuales, contenidas en las demás Constituciones:

- La de **1835** en su Art. 99 establecía:

“El autor o inventor tendrá la propiedad exclusiva de su descubrimiento o producción por el tiempo que le concediere la Ley; y si esta exigiere su publicación, se dará al inventor la indemnización correspondiente”

Como podemos apreciar no se considera los llamados Derechos Morales sino únicamente los económicos respecto de la creación; la cual por cierto no podía mentenerse inédita, ocasionando la misma Constitución una violación al Derecho exclusivo de Divulgación que solo corresponde al autor.

- Por su parte, la Constitución de **1845** se refería a los Derechos Intelectuales mediante dos normas, la primera de ellas relativa a las atribuciones del Congreso Nacional:

“Art. 42.- Son atribuciones del Congreso:... 12º Promover y fomentar la educación pública y el progreso de las ciencias y de las artes, concediendo con este objeto, por tiempo limitado privilegios exclusivos, ó las ventajas é indemnizaciones convenientes para la realización o mejora de empresas ú obras públicas interesantes á la Nación, o para el establecimiento de artes ó industrias desconocidas en el Ecuador”

El aspecto fundamental, para el tema que nos ocupa, en esta norma, es que la duración de los Derechos Intelectuales la determinaría el Congreso según su mejor criterio para el caso par-

titular. Adicionalmente el Congreso podía estipular beneficios a quienes trajeran al Ecuador artes desconocidas para el medio.

La otra norma que consta en esta misma Constitución sobre Derechos Intelectuales, se cuenta entre las garantías que ofrece el Estado:

“Art. 118.- Garantiza también la inviolabilidad de las propiedades intelectuales; así, los que invente, mejore ó introduzcan nuevos medios para adelantar la industria, tienen la propiedad exclusiva de sus descubrimientos y producciones, con arreglo á la atribución del artículo 42 No. 12: La ley les asegura la patente respectiva, ó el resarcimiento por la pérdida que experimenten en el caso de publicarlo”

Para su época, considero que la norma es bastante precisa y eficaz; aunque en ese tiempo los riesgos de atropellos contra los Derechos Intelectuales eran definitivamente menores, ya se consagra la inviolabilidad de la propiedad intelectual -Garantía ya no solo de los Derechos económicos sino también de los morales sobre la obra-.

- En cuanto a la Constitución de **1852**, su referencia a los Derechos Intelectuales, contenida en los artículos 40 No. 12 y 117, es exactamente idéntica a la de la Constitución de 1845.

- En su artículo 112, al establecer las garantías de las personas, la Constitución de **1861** señala que:

“El autor é inventor tendrá la propiedad exclusiva de su descubrimiento ó producción por el tiempo que le concediere la Ley”

Esto significa un notable progreso, ya que se establece que

la duración de la protección a los Derechos del creador ya no será arbitrariamente impuesta o determinada por el Congreso según el caso particular, sino que deberá establecerse una norma legal al respecto. Lo negativo es tal vez, que se sigue considerando solo el aspecto de la propiedad de la creación intelectual.

- La "Carta Negra" de **1869**, en su artículo 97 reproduce en forma exacta el texto del artículo 112 de la Constitución de 1861.

- Por su parte, la Constitución de **1878** trae una norma muy curiosa que no se refiere en ningún momento a las creaciones artísticas o literarias, sino únicamente a las científicas:

"Art. 17.- La Nación garantiza a los ecuatorianos:... 2º La propiedad con todos sus derechos; y, en consecuencia... 4. Los ecuatorianos de libertad de industria y de la propiedad exclusiva de sus descubrimientos. La Ley fijará el tiempo por el cual pueda concederse privilegios exclusivos, o darse indemnizaciones a los inventores caso que prefieran la publicación de sus inventos"

Se vuelve a considerar la titularidad de los Derechos Intelectuales solamente como propiedad de la creación; además de que la garantía al parecer sería solo para los ecuatorianos, dejando desamparados a los extranjeros que por cualquier circunstancia habitaran en el país, o contribuyeren con el mismo a través de trabajos intelectuales.

- En la Constitución de **1884** se vuelve a hacer referencia a las obras intelectuales de carácter no científico, pero insistiendo en tratar el tema, solo desde la perspectiva de la propiedad:

"Art. 27.- Todos gozarán de Libertad de Industria, y, en los términos prescritos por la Ley, de la propiedad exclusiva de sus inventos y obras literarias"

La gran pregunta que surge a esta altura es ¿Cuándo se pro-

tegería las creaciones artísticas que no sean literarias, tales como las obras plásticas, musicales, arquitectónicas, etc?

- La Constitución de **1897** en su artículo 18 constante entre las garantías de las personas tiene un texto casi idéntico al de la Constitución anterior.

- En el numeral 12 del artículo 26, la Constitución de **1906** dispone:

“Art. 26.- El Estado garantiza a los ecuatorianos:... 12º La libertad de trabajo y de industria. Todos gozan de la propiedad de sus descubrimientos, inventos y obras literarias, en los términos prescritos por las leyes; y a nadie se le puede exigir servicios no impuestos por la Ley; ni los jornaleros ni los artesanos serán obligados, en ningún caso, a trabajar sino en virtud de contrato”

Como podemos apreciar no hay mayor cambio, salvo la inclusión del principio entre las garantías del trabajo, pero siempre tratando el tema desde la perspectiva de la propiedad.

- La primera Constitución social, del año **1929** establece respecto de los Derechos Intelectuales:

“Art. 151.- La Constitución garantiza a los habitantes del Ecuador, principalmente los siguientes Derechos:... 14º... Todos gozan de la propiedad de sus descubrimientos, inventos y obras científicas, literarias y artísticas, en los términos prescritos por las leyes...”

Como vemos, el texto es básicamente el mismo de las Constituciones de 1884 y 1897, pero debemos notar que en ésta, por primera vez se hace referencia a las creaciones artísticas no literarias que hasta entonces habían estado desprotegidas al menos

constitucionalmente; además de que se señala en forma expresa que la garantía es para todos los habitantes del país, sin distinción de ser ecuatorianos o no.

- En la Constitución de **1945** los Derechos Intelectuales se abordan al referirse a la economía del Estado. En efecto, el artículo 147 consagra que:

“El Estado garantiza la propiedad de los descubrimientos, inventos y obras científicas, literarias y artísticas, en los términos prescritos por las leyes”

Como vemos, la situación no varió respecto de las Constituciones de 1884, 1897 y particularmente de la anterior de 1929.

- La Constitución de **1946** vuelve a tratar el tema como parte de las garantías individuales en el numeral 10 del artículo 187:

“La libertad de trabajo, comercio e industria. Todos gozan del derecho de sus descubrimientos, inventos y obras científicas, literarias y artísticas, en los términos prescritos por las leyes”

Esta norma conlleva un relativo progreso, ya que como habrá notado el lector ya se habla de propiedad sobre la creación sino en general, de Derechos sobre la misma, con lo que no se está limitando estos derechos a aspectos meramente pecuniarios, sino que se extiende a otros personales.

- La Constitución de **1967** contiene la norma que a mi criterio es la mejor que sobre el tema de Derechos Intelectuales ha contenido una Constitución ecuatoriana:

“Art. 23.- Derechos Garantizados.- Sin perjuicio de otros derechos que se deriven de la naturaleza de la persona, el Estado garantiza:... 13º El Derecho de los autores

nacionales y extranjeros sobre sus creaciones literarias, artísticas y científicas; la Ley regulará el ejercicio de tal derecho, conciliándolo con la función social inherente a la creación cultural"

A más de establecer la garantía de los Derechos Intelectuales no solo económicos sino también morales, como su predecesora, esta Constitución dispone que las creaciones culturales deben tener una función social, y es que como habíamos señalado anteriormente, la creación de una obra intelectual no responde solo a la necesidad de su autor de crearla, sino también al Derecho de la colectividad a conocerla siempre que tal hecho represente el crecimiento cultural de ese pueblo.

- Finalmente, la Constitución vigente desde el 10 de Agosto de 1979, aprobada en referendum del año 1978, de inicio no contenía disposición alguna respecto a los Derechos Intelectuales, pero como se indicó al principio de este artículo, con las Eultimas reformas de Junio de 1996 se reinsertó el principio entre las garantías constitucionales individuales:

"Art. 22.- Sin perjuicio de otros derechos necesarios para el pleno desenvolvimiento moral y material que se deriva de la naturaleza de la persona, el Estado le garantiza:... 18. Igualmente se garantiza los derechos de autor sobre las obras intelectuales, artísticas, científicas y literarias, por el tiempo y con las formalidades que señala la Ley"

La norma en definitiva es buena, pero a mi criterio es insuficiente, y debería complementarse en los aspectos analizados en el acápite segundo.

1.- La normativa actual es insuficiente para garantizar de manera apropiada derechos tan trascendentales como los que tiene el hombre sobre las creaciones de su intelecto, que como indicáramos anteriormente no pueden tener una valoración pecuniaria sino recurriendo a criterios subjetivos, ya que la única verdadera valoración que puede hacerse de ellas es la afectiva.

2.- Las normas tanto constitucionales como legales deben mirar a los cambios en los Derechos Intelectuales como consecuencia del desarrollo tecnológico. Debemos superar la concepción de que las obras intelectuales se limitan a las científicas, artísticas y literarias, ya que cada día aparecen nuevos recursos técnicos y tecnológicos, y en consecuencia nuevas creaciones intelectuales que exigen protección.

3.- Nuestra Constitución debería consagrar la total libertad de creación intelectual entre las garantías individuales, como lo ha hecho la República Portuguesa -artículo 42 de la Constitución Portuguesa-.

4.- La Constitución debería señalar también en forma expresa que la protección a las obras intelectuales no es solo en el ámbito patrimonial sino también en el moral. Regresando a la Constitución Portuguesa como modelo, señalar que el autor es la única entidad que puede decidir como y cuando divulgar la obra al público -artículo 42 de la Constitución Portuguesa-.

5.- Siguiendo el ejemplo de Constituciones como la Uruguay -artículos 7 y 33-, la nuestra debería reconocer los Derechos Intelectuales no solo entre las garantías individuales, sino también como una forma de trabajo, lo que inclusive constituiría estímulo para el sector creativo.

6.- Por otra parte, la Constitución ecuatoriana debería garantizar a más de los Derechos de los autores, los Derechos Conexos de los artistas, intérpretes y ejecutantes, radiodifusores, productores de fonogramas y videogramas, etc.

7.- La Constitución debería señalar también que se impondrán mediante el prudente freno de la Ley las acciones y sanciones necesarias para erradicar definitivamente las conductas atentatorias contra los Derechos Intelectuales.

8.- Finalmente, mediante norma constitucional debería recomendarse la difusión a toda la sociedad de las creaciones intelectuales que puedan contribuir al crecimiento cultural de los pueblos.

Dr. Roque Abuja Izurieta

Trataré a continuación de manera muy sumaria sobre aspectos elementales, atinentes a las denominadas infracciones o actos de piratería marcaria, que se conocen internacionalmente como "Counterfeiting".

Me refiero a los atentados contra el derecho de propiedad de la marca de fábrica, que se concretan por parte de terceros. que no la tienen registrada, en contra de aquel que es su legítimo dueño.

Efectivamente, ninguna persona **debe** usar una marca de fábrica, **sin haberla registrado previamente** y en el evento de hacerlo, por una parte, no goza de ninguna garantía, protección legal o derecho sobre aquella, lo que significa que no puede aducir, por ejemplo, prioridad frente al que la ha registrado o solicitado antes. Así lo dispone expresamente el artículo 9 de la Ley de Marcas de Fábrica, que en su parte pertinente expresa:

"Si esta se usare (se refiere a la marca) sin haber sido inscrita, ni el fabricante, ni el productor **podrán ejercer los derechos que concede esta ley a las marcas registradas**"; y por otra, se expone al riesgo de que se inicie en su contra una de las acciones de las que trataré luego, por supuesto perjuicio a quien sostenga tener registrada una marca idéntica o similar, aunque fuere el que habiéndola imitado o copiado, la solicitó y registró previamente. En concordancia con la norma citada, el artículo 102 de la Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena establece que "El derecho al uso exclusivo de una marca, se adquirirá por el registro de la misma ante la respectiva oficina nacional competente".

En que casos se considera entonces, que existe imitación de una marca de fábrica?

De acuerdo con el artículo 43 de la Ley de Marcas de Fábrica, marca imitada es la no inscrita, igual o semejante a la inscrita. Sin embargo, excepto el caso de las marcas notorias, la simple identidad o semejanza entre dos denominaciones no es suficiente para que se entienda que una marca no inscrita, imita a una que si lo está.

Así, el Art. 10 de la Ley de Marcas de Fábrica, dice que la propiedad de una marca, consiste en el derecho de usar de ella, **exclusivamente en los artículos a que se destina.**

De la misma manera, la Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena dispone el el literal a) del artículo 83, que no podrán registrarse como marcas aquellos signos que, sean idénticos o se asemejen de forma que puedan inducir al público a error a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercero **para los mismos productos y servicios o para productos y servicios** respecto de los cuales el uso de la marca pueda inducir al público a error.

Por su parte, el Art. 27 del Reglamento a la Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena preceptúa: "El registro de una marca y su protección se extenderá a una **sola clase** de la clasificación internacional".

Por tanto, es posible registrar una marca idéntica a otra, **para productos totalmente diferentes** y en tal caso, no se imita dicha marca.

Por ende, para efectos de establecer si existe imitación de marca de fábrica, se ha de considerar previamente, **no solo la simple igualdad o semejanza**, sino el ámbito de protección de la

marca registrada, respecto de los productos que ampara, en relación a la que se supone que la imita, ya que si los artículos que protegen una y otra son totalmente distintos, de diferente naturaleza, obviamente que no se engañará al consumidor, aunque ambas marcas sean idénticas. Lo anterior es lógico puesto que por ejemplo, nadie que desee comprar un pan de marca álamo, adquirirá por error, clavos, por el solo hecho de ser la misma marca.

Pero, cuando la marca que supuestamente se imita es **notoriamente conocida**, se entenderá que hay imitación, por parte de quien utilice una idéntica o semejante, aunque fuere para proteger productos totalmente diferentes, puesto que la marca **goza de protección con independencia de la clase internacional de los productos que protege**. Así lo disponen expresamente los literales d) y e) del mencionado Art. 83 de la Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena.

Se considera que una marca es notoria, cuando cumple con los requisitos establecidos en el Art. 84 de la referida Decisión que dice:

“Para determinar si una marca es notoriamente conocida, se tendrán en cuenta, entre otros, los siguientes criterios:

- a) La extensión de su conocimiento entre el público consumidor como signo distintivo de los productos o servicios para los que fue acordada
- b) La intensidad y el ámbito de la difusión y de la publicidad o promoción de la marca;
- c) La antigüedad de la marca y su uso constante;
- d) El análisis de producción y mercadeo de los productos que distingue la marca.”

Una vez que he precisado en qué casos se producen las

imitaciones de marcas de fábrica, me referiré sucintamente, a la acción penal y efectuaré una observación sobre la eficacia de la acción civil de daños y perjuicios.

El Art. 38 de la Ley de Marcas de Fábrica, sanciona con prisión de seis meses a un año, no sólo la imitación de una marca de fábrica, sino también todos los actos que impliquen, vender, ofrecer en venta, comprar, guardar etiquetas de marcas registradas, sin el consentimiento del dueño, presumiéndose esta falta de consentimiento, cuando éste proteste.

De igual manera, son delitos, el usar una marca con la denominación de registrada sin serlo, hacer uso de la marca imitada al expender productos con aquella u ofrecer en venta tales artículos. Constituye también delito, el vender o revender con malicia, mercaderías que lleven marca imitada, etc.

En la práctica, la mayor demostración de malicia constituiría el continuar ofreciendo en venta o vendiendo tales mercaderías, después de conocer, por cualquier medio, que llevan marca imitada.

Normalmente, en los casos de infracción de marca de fábrica, justamente con este fin, antes de iniciar acciones legales, se envían cartas a los establecimientos comerciales en los que se expenden dichos productos, informando que no son originales y que la venta de aquellos constituye delito de imitación de marca de fábrica, advertencia con la cual, incluso en la mayoría de los casos, se consigue que cesen inmediatamente las ventas de tales productos.

En fin, constituyen delito de imitación de marca de fábrica todos los actos de competencia desleal, que impliquen confundir al consumidor, induciéndole a error, en base al uso de marcas imitadas.

Preciso que para que se produzca el delito de imitación de marca de fábrica, la marca que se imita deberá estar registrada en el Ecuador.

Esta acción es pesquisable de oficio, según lo disponible expresamente el Art. 44 de la Ley de Marcas de Fábrica y por tanto, de acuerdo con lo establecido en el Código de Procedimiento Penal, se inicia con auto cabeza de proceso que puede tener varios antecedentes, siendo éstos los más probables, por la naturaleza del delito de imitación de marcas de fábrica, la denuncia o la acusación particular, ya que normalmente es el perjudicado, persona natural o jurídica, quien tiene interés en que se sustancie el juicio, para impedir así, que se sigan infringiendo los juicios. Esto no significa que cuando la infracción hubiere causado alarma colectiva, por ejemplo. Por las consecuencias de la limitación, no se lo pueda iniciar también, por pesquisa judicial, que consiste en que el juez, al conocer de la comisión del ilícito, instruye el proceso o informa al competente para que lo haga o averigua extrajudicialmente, con igual fin. También, en el mismo caso podría iniciársela por excitación del Ministerio Público, por medio de un agente fiscal y por parte policial informativo o indagación policial.

En el Ecuador, sólo se las ha iniciado por denuncia o acusación particular, pero podría suceder que algún caso clamoroso que cause grave alarma colectiva, o pánico general, provoque la acción de jueces, Ministerio Público o la indagación policial, como ha sucedido en otros países del mundo. El Dr. Oscar Etcheverry, en una intervención en esta ciudad, sobre el tema "Piratería Marcaria" se refirió a falsificaciones de graves consecuencias, para el usuario del producto, debido a la inferior calidad y la falta de garantía, que afectan o disminuyen su seguridad; las cuales cito:

En 1977, las autoridades de los Estados Unidos de

América, descubrieron y ordenaron la inmediata remoción de detectores de fuego de los motores Boeing que eran falsificados y que habían afectado a más de cien Boeing 737.

En 1978 la RDA hizo devolver 357 bombas cardíacas, producto de imitación de marca de fábrica, usadas en 276 hospitales de los Estados Unidos de América.

En Kenya, cuya economía ha dependido de un modo fundamental del cultivo del café, en el período 1979-1980, la cosecha fue casi totalmente destruida por haberse aplicado un producto agroquímico falsificado y además defectuoso. El producto aparentaba ser de marca Chevron, de mucha reputación y de un habitual proveedor de agroquímicos.

En 1976 se detectaron transistores falsificados entre las partes usadas en un test del transbordador espacial (SHUTTLE) de la NASA.

La pesquisa judicial podría ser también un antecedente en este tipo de infracciones, cuando, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 71 del Código de Procedimiento Penal, el juez, en diligencia previa, normalmente, a petición del interesado, reconoce el lugar en el que se ha cometido la infracción. Obviamente, como resultado de tal inspección, el Juez puede iniciar el correspondiente juicio penal.

La diligencia previa cobra gran valor en esta clase de infracciones, puesto que el Art. 40 de la Ley de Marcas de Fábrica, establece que todas las marcas imitadas, excepto una que quedará en el expediente, serán destruidas por el secretario en presencia del juez y los testigos, **una vez que los peritos emitan su informe**, si en éste sostuvieren que son imitadas. Así, el juez que inicie el juicio, en caso de no presentarse todavía acusación particular, tiene que guardar la convicción de que se ha cometido el delito de

imitación de marcas, para invocarlo y son los peritos los llamados a establecerla, ya que para el juez, será muy difícil el determinar que la marca que supuestamente se imita está registrada y que la que se afirma imita no lo está y que además protegen productos de la misma clase internacional o que se trata de una infracción contra una marca notoria. Por tanto, la diligencia previa, no solo cumple con su cometido principal de evitar que desaparezcan los vestigios de la infracción, en este caso por ejemplo, que dejen de venderse en determinado lugar los productos que imitan una marca de fábrica, sino que también hace posible que se establezca si se está o no cometiendo el delito y por último, habiéndose percatado el mismo juez de la infracción y contando con el informe favorable de los peritos, puede ordenar, tan pronto como haya iniciado el juicio penal, la destrucción de las etiquetas de los productos que imitan marcas de fábrica, en su presencia y de la de los dos testigos, según lo dispone el citado artículo 40 de la Ley de Marcas de Fábrica. Previamente habrá dispuesto el secuestro de tales productos, los cuales permanecerán bajo custodia del depositario judicial hasta la terminación del juicio, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 46 de la misma ley.

Por otra parte, con independencia de la iniciación de oficio el juicio penal, la diligencia previa tiene un poder disuasivo tal, que basta que se la practique, para que cese la infracción, ya que los comerciantes propagan inmediatamente la noticia de que existe un producto imitado y que quien lo comercialice, corre el riesgo de involucrarse en una acción penal.

Durante la sustanciación de la etapa sumarial, excepto si el sindicado ha sufrido condena anterior, **lo cual es muy difícil de determinar en nuestro país**, el juez no puede dictar auto de prisión preventiva, puesto que como ya lo expresé, la infracción de imitación de marca de fábrica se sanciona con prisión de seis meses a un año y según el Art. 179 del Código de Procedimiento Penal, si de los antecedentes procesales se establecen que el delito

objetivo del proceso es de aquellos que son sancionados con una pena que no exceda de un año de prisión y **que el acusado no ha sufrido condena anterior**, el juez se abstendrá de dictar auto de prisión preventiva, independientemente de la pena que pueda imponerse en la sentencia.

El hecho de que no sea posible ordenar la prisión preventiva es de graves consecuencias en lo que dice relación a sancionar al infractor o por lo menos a intentar responsabilizarlo pecuniariamente por los perjuicios causados, ya que cuando el delito se sanciona con una pena mayor de un año de prisión y por tanto, hay la posibilidad de que se dicte prisión preventiva, el juez puede no librarla o revocarla si la hubiere ordenado, cuando el sindicado rindiere caución a satisfacción de éste, la cual puede consistir en fianza, prenda o hipoteca, según lo dispone el Art. 180 del Código de Procedimiento Penal.

Justamente por no existir la posibilidad de prisión preventiva, tampoco se ordena en la práctica, el secuestro, la retención o la prohibición de enajenar bienes del sindicado. puesto que estas medidas cautelares, que tienen por objeto asegurar las indemnizaciones civiles, las penas secundarias y el valor de las costas procesales, pueden dictarse a tiempo de expedirse el auto de prisión preventiva, según lo preceptuado en el Art. 200 del Código de Procedimiento Penal, que reitero, no lo hay, en esta clase de infracciones.

Lo anterior reviste gravedad, ya que de manera general, una vez que se sindicó a una persona por imitar marcas fábrica, es imposible localizarla y no existe manera de responsabilizarla de la infracción y de los daños causados.

Por aquella razón, es fundamental que se sancione la infracción con una pena mayor a un año de prisión, ya que solo así se podrá aplicar las referidas medida cautelares generales del pro-

cedimiento penal, establecidas en los Art. 200 y siguientes de nuestro Código de Procedimiento Penal, similares a la "MAREVA ORDER", propias del derecho británico, **cuyo fin es que no se torne ilusoria la ejecución de las condenas por indemnización de perjuicios.**

En caso de dictarse sentencia condenatoria contra el encausado, el juez ordenará, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 49 de la Ley de Marcas de Fábrica, el comiso de la maquinaria o instrumentos destinados a imitar marcas, así como la venta de los artículos que hayan contenido marcas imitadas, obviamente sin sus etiquetas, siempre que no sean nocivos, ya que si fuere así, serán destruidos. El producto de la venta se divide en partes iguales entre el fisco y el denunciante, según la orden del Art. 41 de la Ley de Marcas de Fábrica.

Preciso que según el Art. 44 de la Ley de Marcas de Fábrica, el perjudicado será tenido como parte, tan pronto como se presente en cualquier estado de juicio, por lo que no es necesario que acuse particularmente, pero en el evento de no acusar, obviamente no podría reclamar la indemnización de daños y perjuicios, limitándose a coadyudar en la aplicación de la sanción.

En el evento de introducirse mercaderías con marca imitada, el perjudicado puede concurrir al Administrador de Aduanas, pidiéndole que las ponga a disposición de cualquier juez de lo penal, conjuntamente con las facturas, manifiestos y demás documentos a que ella se refieran, como así lo dispone expresamente el Art. 48 de la mencionada ley. La omisión de este deber por parte de dicho administrador, lo hará responsable de complicidad o encubrimiento de la infracción que se pesquise.

La sustanciación observa el mismo procedimiento que cualquier otro juicio penal punible y pesquizable de oficio.

En nuestro país, como ya lo hemos visto, se sanciona penalmente a los responsables de este tipo de infracciones. En algunas legislaciones sólo se ha previsto acción civil por indemnización de daños y perjuicios contra quien imita marcas de fábrica.

La acción civil en el Ecuador, que se fundamenta en el título XXXIII del Libro Cuarto del Código Civil, atinente a los delitos y cuasi delitos civiles, lamentablemente no contempla la posibilidad de que el juez en primera providencia judicial, a los actos de imitación, lo que implica que el demandado, puede continuar realizando tales actos, durante la sustanciación del juicio, con el consiguiente perjuicio para el propietario de la marca que se imita.

Por esta razón, la acción civil no es efectiva, a diferencia, por ejemplo, de la acción civil por violaciones la ley de Derechos de Autor, que sí dispone la cesación de esos actos, en primera providencia, según lo preceptuado en el Art. 120 de aquella ley. Además, la mencionada Ley de Derechos de Autor, establece en el mismo artículo, que el Juez, se entiende que obviamente en sentencia, debe disponer, no sólo que se pague la indemnización de daños y perjuicios, sino también, el comiso de los ejemplares materia de la infracción y la restitución total del valor de los ejemplares vendidos, lo cual quedará en favor del autor.

Debería reformarse nuestra legislación nacional de propiedad industrial, para que tal medida cautelar sea introducida, en concordancia incluso con lo dispuesto en el Art. 104 de la Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena, que concede al titular de la marca, el derecho de actuar contra cualquier tercero que sin su consentimiento y con relación a productos o servicios idénticos o similares, use o aplique la marce o un signo que se le asemeje de forma que pueda inducir al público a erro u origine situaciones que puedan ocasionar un perjuicio al titular de la marca; vendan, ofrezcan en venta, almacén o introduzca en el comercio productos con

la marca u ofrezcan servicios en la misma; importen o exporten productos con aquella; usen en el comercio un signo idéntico o similar a la marca registrada, con relación a los productos y servicios distintos de aquellos para los cuales se la ha registrado, cuando el uso de ese signo, respecto a tales productos o servicios pudiese inducir al público a error o confusión, o causar a su titular un daño económico o comercial injusto, o produzcan dilución de la fuerza distintiva o del valor comercial de aquella marca.

Sin duda que con medidas similares a las citadas, la acción civil se tornaría en una alternativa de gran importancia frente a la penal.

Dr. Bernardo Tobar Carrión

INTRODUCCION

El título obedece al hilo argumental de esta exposición, que pretende contrastar la realidad que originó las vigentes leyes de Derecho de Autor, que no han variado en lo conceptual desde la época de la imprenta, con la realidad actual, fundamentada en la tecnología digital y el ciberespacio; que busca transmitir algunas ideas sobre lo que constituye, como lo dijo Jack Valenti, Presidente de la Motion Picture Association en una reciente conferencia en Los Angeles, una de las mayores revoluciones de la humanidad, producto de la tecnología digital, y las profundas transformaciones que supone en los más variados aspectos de la vida humana; que intenta poner en evidencia algunas instituciones del Derecho de Autor tradicional, especialmente arraigadas en la tradición jurídica latina, frente a las demandas constantes del ciberespacio, término acuñado por Negroponte en su obra "El Ser Digital"; y, en fin, por esta vía, tratar de descubrir lo que será el objeto del Derecho de Autor en la era del ciberespacio, en contraste con el objeto del Derecho de Autor en la era de la imprenta, que históricamente le dio la forma por todos conocida.

Para este efecto, enunciaremos el principio básico que define a las obras protegibles por el Derecho de Autor, y que constituyen por lo tanto su objeto, según el Convenio de Berna, instrumento que ocupa la jerarquía más alta en la pirámide del sistema internacional de protección del Derecho de Autor, y en el que se informa naturalmente la Decisión 351. Luego, en aplicación de este principio, veremos la ilimitada gama de creaciones intelectuales que son susceptibles de protección, y el alcance de ésta relación con la usual dicotomía entre idea y forma de expresión.

Planteados el alcance de la protección, analizaremos los titulares de ésta, para finalmente tratar de descubrir algunas realidades que marcarán la evolución legislativa, si la Ley ha de adecuarse a los retos de la era digital.

PRINCIPIO BASICO

El objeto del derecho de autor es la “obra”, es decir aquella cosa, en su acepción civilista, que por habersele reconocido susceptible de protección, adquiere un valor jurídico, se convierte en un bien. No es el “autor” el centro de la protección, como lo sugiere la impropia redacción de algunas legislaciones nacionales, entre ellas la Ecuatoriana. El énfasis en la persona natural del autor como titular de derechos, propio de las legislaciones latinas, si bien tiene efectos, no todos ellos compatibles con el tráfico digital de obras, no guarda relación con el concepto mismo de obra.

El Art. 2(1) del Convenio de Berna, Acta de París de 1971, ratificada por el Ecuador en 1992, dispone textualmente que “Los términos ‘obras literarias y artísticas’ comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera sea el modo o forma de expresión, tales como...”

La “obra” es entonces una especie de creación intelectual - no todas las creaciones intelectuales son “obras”-, específicamente protegida por el Derecho de Autor. Esta disciplina protege las creaciones formales, es decir la forma mediante la cual se expresa el pensamiento, en el campo literario o artístico, independientemente de criterios relacionados con el valor, mérito, destino, propósito o forma de expresión.¹

Como anota Antequera, generalmente el Derecho Positivo, a nivel comparado, no incluye definiciones de obra, limitándose a

(1) Lipszyc, Delia, DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS. Unesco, Buenos Aires, 1993, p. 67

declararla protegida y suministrar un catálogo ejemplificativo, con fines ilustrativos.² El Glosario de términos de la OMPI define como obra “toda creación intelectual original expresada en una forma reproducible”;³ este último carácter, el de la susceptibilidad de ser reproducida, no es necesariamente un requisito a nivel legislativo, y concretamente la Decisión N. 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena no lo exige, bastándole que la obra puede ser divulgada o reproducida en cualquier forma.⁴ Tampoco lo exige el Convenio de Berna, cuyo Art. 2(1) acabamos de citar.

De modo que las obras protegidas por el derecho de autor están sujetas al sistema del *numerus apertus*, a diferencia de las creaciones protegidas por otras ramas de la propiedad intelectual -v.gr. Propiedad Industrial-; es decir están protegidas no solamente aquellas obras enumeradas en las disposiciones correspondientes, sino toda otra creación intelectual en el dominio literario, artístico o científico.

Finalmente, los dominios, “literario, científico o artístico”, han de entenderse en su sentido más amplio, como lo sugiere el propio catálogo ejemplificativo de obras que se contiene en el mencionado Art. 2(1) del Convenio de Berna, la mayoría de las legislaciones nacionales, y como lo demuestra la historia de las sucesivas revisiones del Convenio.

OBRAS PROTEGIDAS

Por lo tanto cualquier creación intelectual dentro del dominio literario o artístico se encuentra protegida por el Derecho de Autor, en la medida en que sea susceptible de divulgación o reproducción

(2) Antequera Parilli, Ricardo, EL NUEVO REGIMEN DEL DERECHO DE AUTOR EN VENEZUELA, Autoralex, Caracas, 1994, p. 31

(3) Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), GLOSARIO DE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS, Ginebra, 1980, voz 262, p. 268

(4) En igual sentido, la Ley de Derechos de Autor del Ecuador, Art. 7.

por cualquier medio conocido o por conocerse, independientemente del mérito, destino, propósito estético o técnico, o de que manifieste o no la impronta personal de su autor, elemento por el que solía medirse la originalidad en la era analógica.

Y es que el resultado de la tecnología digital ha transformado por completo los procesos de creación de obras, a los que concurren dentro de fronteras no delimitables, técnica, computadoras, y creatividad humana, y en donde la contribución de la persona natural se ha visto diluida al punto en que no es posible identificar el aporte de cada individuo.

Están protegidas, dentro del catálogo meramente ejemplificativo de las legislaciones, obras tales como escritos -incluyendo el software, cuya mención dentro del catálogo, precisamente por el principio de protección que acabamos de analizar, tiene un efecto meramente clarificador, mas no constitutivo; las compilaciones, incluyendo las bases electrónicas de datos; en fin los escritos de cualquier naturaleza, incluyendo aquellos en código o lenguaje artificial; las obras dramáticas y dramático-musicales, las obras musicales, las obras audiovisuales, las obras de bellas artes, las obras de arte aplicado, las obras arquitectónicas, y en fin cuantas más creaciones intelectuales cumplan con los elementos que las hacen obras protegibles.

Revisemos brevemente el catálogo que trae la Decisión N° 351.

El concepto de obra tiene en el *Copyright*, esto es en los países con sistema jurídico denominado *common law*, una acepción aun más amplia, precisamente por la distinta raíz filosófica, que se manifiesta fundamentalmente en la nítida separación entre los conceptos de obra y autor, nociones estrechamente vinculadas e incluso confundidas frecuentemente en las legislaciones de tradición continental europea, que en mayor o menor grado reflejan aquella teoría de que la creación intelectual es una extensión de la

personalidad del autor⁵.

Como consecuencia de esta teoría, que más que fundada en el rigor científico, es el resultado de aquellas épocas en que el goce estético y el sello personal eran elementos que informaban la creación intelectual, no es posible proteger en el sistema latino de Derecho de Autor producciones intelectuales que no se consideren el resultado de la creación individual de la persona natural, como por ejemplo las producciones de carácter técnico-organizativo, fundamentales para la difusión de obras, tales como los fonogramas o las emisiones de radiodifusión, actividades que corresponden, respectivamente, al productor de fonogramas y a los organismos de radiodifusión (radio y televisión), para los cuales el sistema latino ha desarrollado paralelamente al Derecho de Autor los llamados Derechos Conexos, derechos por lo tanto subordinados a los Derechos de Autor.

Tal distinción no es necesaria en el Copyright, que más preocupado por optimizar los beneficios económicos resultantes de la actividad intelectual en su más amplio sentido que en especulaciones ajenas al tráfico mercantil, incluye entre las obras protegidas "*works*", a las grabaciones sonoras "*sound recordings*", -17 U.S.C. § 101-⁶. Igualmente la Ley de Derecho de Autor inglesa, denominada *Copyright, Designs and Patents Act 1988*, incluye entre las obras protegidas a las grabaciones sónicas (fonogramas), las emisiones de radiodifusión y los programas por cable.⁷

ALCANCE DE LA PROTECCION

Pero el objeto del derecho de autor no solamente está delimitado por el concepto de obra, sino también por las partes de

(5) Lipszyc, Op. Cit., p. 41

(6) Lehman, Bruce, INTELLECTUAL PROPERTY AND THE NATIONAL INFORMATION INFRASTRUCTURE, Washington, 1995, p. 39. A esta publicación nos referiremos en adelante como el "White Paper".

(7) Lipszyc, Ibidem.

la obra que son susceptibles de protección, y por los derechos en que dicha protección se concreta.

En cuanto a lo primero, es evidente que las obras no se protegen en cuanto a las ideas que contienen, sino en cuanto a su forma de expresarlas. Este es un principio que fluye de la propia naturaleza de la institución, y que sería aplicable aun sin la explicación expresa que contiene la Decisión N° 351, en el último inciso de su Art. 7, que reza:

“No son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas, o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial.”

Contenido y aprovechamiento que pueden, en determinadas circunstancias, estar protegidos por otras instituciones de la propiedad intelectual, especialmente por la figura de la patente de invención y por el secreto industrial.

Pero este breve comentario, que además no hace más que recordar el principio y la disposición legal que lo contiene, genera verdaderos rompecabezas a la hora de resolver la interminable casuística que presenta el Derecho de Autor, en función de la bien conocida dicotomía entre las ideas y su forma de expresión.

IDEA Y FORMA DE EXPRESION

Desde la obra literaria en su formato tradicional -v.gr. un libro de texto-, hasta las obras literarias en su formato digital, -v.gr. programas de ordenador, bases de datos-; las obras de bellas artes, o cualquier otra creación intelectual, pueden en la casuística presentar situaciones que vuelven difícil trazar la línea teórica que divide a la idea de la forma de expresión, y por lo tanto permitir al intérprete conocer aquel elemento de la creación intelectual que

FORMA INTERNA Y FORMA EXTERNA

Así, la jurisprudencia Ecuatoriana, en un caso de plagio, revocando la sentencia de segunda instancia, ha sostenido que no existe el llamado plagio “subjetivo”, consistente en tomar la estructura de la obra plagiada para crear otra con distintas frases y gráficos. En este caso la Corte lamentablemente desconoció una distinción que la doctrina la acepta desde hace mucho tiempo, a saber la existencia de una forma “estructural” o forma interna, que también queda protegida. No hago crítica alguna al fallo de la Corte en función del caso concreto, cuestión sobre la que me abstengo de opinar, pero sí resalto, en lo teórico y doctrinal, que además de la llamada “forma visible”, forma sensible o gráfica, pueden distinguirse en un número cada vez más creciente de obras, otro tipo de formas producto de la individualidad creativa, que no son precisamente visibles o gráficas, pero que sí modelan e individualizan una creación intelectual respecto de otra. Esta es la llamada forma interna, que cobra importancia cada vez más creciente en la era digital.

Otros ejemplos de esta difícil distinción, los ha aportado la jurisprudencia norteamericana también en sentencias contradictorias. El debate en torno a este tema puede resumirse en la cuestión de si en el caso de los programas de ordenador la “expresión” protegible incluye la estructura interna, secuencia y organización del programa -y no solamente la expresión “externa” del código fuente-, o si éstos elementos forman parte de la idea, que por lo tanto escapa a la protección por el Derecho de Autor. La solución tiene significativos efectos prácticos y, como se ha visto, han existido sentencias contradictorias. Así, a favor pueden consultarse *NEC Corp. v. Intel Corp.*, *Whelan v. Jaslow*, *Broderbund Software, Inc. v. Unison World, Inc.*, y en contra, *Plains Cotton Cooperative Ass’n v. Goodspafure Computer Servise, Inc.*, *Digital*

Communication Associates, Inc., v. Softklone Distribution Corp.⁸ o el más reciente y considerado como un hito jurisprudencial luego de Whelan, y opuesto a éste, Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co., Inc.⁹

La distinción entre idea y forma de expresión es una cuestión de largo debate en el Derecho de Autor, y ciertamente el software no la ha inventado. La doctrina ha distinguido ya entre la forma "interna" y la forma "externa", como elementos protegibles por oposición a las meras "ideas"; pero esta creación intelectual, el programa de ordenador, ha presentado nuevos matices y "zonas oscuras". Por una parte se sostiene -v.gr. Whelan- "la expresión de la idea en un programa de ordenador es la forma en la cual el programa opera, controla y regula el ordenador para recibir, ensamblar, calcular, retener, correlacionar y producir información útil, ya sea en la pantalla, en una impresión o por comunicación auditiva." Contra esta posición se adelanta el extremo de que "la estructura, secuencia y organización del programa está dictada por consideraciones funcionales y no responde a expresión original" -v.gr. Plains Cotton -, o bien que tales elementos hacen parte de la idea y no de la expresión protegible.

La propia disyuntiva se plantea respecto de las compilaciones o bases electrónicas de datos, muchas de las cuales se elaboran a base de datos factuales -no sobre obras originales-, y dependiendo del alcance de la protección por el derecho de autor, pueden quedar desprotegidas contra actividades parasitarias. El debate tiene relevancia práctica respecto del grado de protección, pues naturalmente que en el caso de bases de datos sobre obras originales o derivaciones, la protección alcanzará tanto a la compilación como tal, como a cada una de sus partes, siendo que éstas últimas no estarán protegidas en el caso de datos brutos, según se ha puesto

(8) Un análisis de estos casos se encuentra en Keustermans, Op. Cit. El autor lamenta tener que referirse exclusivamente a jurisprudencia Norteamericana, pero no conoce que el punto haya sido objeto de discusión jurisprudencial a nivel Latinoamericano.

(9) Ver Bartz y Band, Op. Cit.; Computer Law Strategist, Vol. VIII, Num. 1,1

de manifiesto en el caso Fesit Publications, Inc. V. Rural Telephone. Pero en cualquiera de los dos casos, es posible la existencia de formas de selección originales, de sistemas expresivos con entidad creativa, de formas organizativas especiales que conformarán la llamada "forma interna" de las bases de datos, protegida por el Derecho de Autor.

Este problema puede presentarse también, y con frecuencia, respecto de las obras de bellas artes. Hace no mucho la Decana de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica planteaba a un alumno en su defensa de tesis la cuestión debatida en el caso de Endara Crow y los llamados talleristas. Bien mirado este es también un problema de distinción entre la llamada forma interna y la forma externa.

EL OBJETO DEL DERECHO DE AUTOR HACIA EL SIGLO XXI

Pero el objeto del Derecho de Autor así descrito, obedece más a la evolución legislativa que siguió a la invención de la imprenta, que a la revolución tecnológica que ha originado el cyberspacio. Para entenderlo mejor, hagamos una breve descripción de lo que este término implica.

El cyberspacio es más que un espacio virtual donde se desenvuelven importantes actividades del hombre cada vez en volumen más creciente. Es el espacio virtual que está modelando el intercambio cultural y comercial, y que en muchos aspectos está llamado a sustituir los actuales espacios culturales y mercados reales.

La tecnología digital y la tecnología informática son los dos detonantes de una revolución sin precedentes en la Historia de la Humanidad, de efectos exponencialmente superiores a los que pudo significar en su momento la invención de la imprenta, o la revolución industrial. Sus efectos son inmediatos, y no precisan,

como los anteriores hitos tecnológicos, de procesos vinculados para lograr todos sus consecuencias.

Así, el ciberespacio está por encima y más allá de la división política tradicional de los Estados; logra el flujo de información, bienes intangibles y servicios (y a través de todo esto de bienes materiales) de un lado a otro del globo terrestre en cuestión de segundos, o minutos a lo más; convierte a los hombres en ciudadanos del mundo, y reduce al mundo al tamaño de una pantalla de computadora personal. Transforma por completo los conceptos de espacio y tiempo, o más bien tiende a eliminarlos; coloca la información, y por lo tanto el poder, al alcance de quien posea un computador personal y una línea telefónica; genera su propio lenguaje e impone su propia etiqueta (que es ninguna), en la forma de relacionarse de los seres humanos; potencia infinitamente el valor de las comunicaciones, transforma los usos, costumbres y prácticas comerciales; en fin, provoca un cambio profundo de esquemas, en donde fácilmente puede confundirse entre la realidad de lo virtual, y lo virtual de la realidad, si es que todavía son cosas distintas...

Pero esta realidad fantástica, que ya se vive en sus estados iniciales, y que según las predicciones de Bill Gates estará al alcance de todos tanto como llegó a estarlo el computador personal, no deja de poner en evidencia la inadecuación de nuestros sistemas jurídicos tradicionales.

Y es que bastaría contrastar esta descripción del ciberespacio con la época, motivación y prioridades que dieron lugar al nacimiento de las vigentes leyes sobre propiedad intelectual. Los conceptos pueden mutar, renovarse, y replantearse, pero dentro de los límites que la sistemática y la construcción armónica de las normas permite. Podemos engrosar la epidermis de los cuerpos legales y aun practicar la liposucción jurídica, pero el esqueleto sigue siendo el mismo, y sigue limitando la capacidad de desplazamiento y extensión del cuerpo legal a las nuevas realidades de la era virtual, a las nuevas virtualidades de la era digital.

Este problema es especialmente complicado en los Países Latinoamericanos, como en cualquier otro País que haya heredado su legislación del sistema continental europeo, en donde la regla de derecho nace de la norma abstracta, y no de la elaboración jurisprudencial. El *Common Law* permite a los jueces crear la norma, mientras que el Derecho Civil les impone adaptarse a ella. Es verdad que el proceso de aplicación de la Ley permite descubrir un universo detrás de cada disposición legal, por su vinculación con el sistema jurídico; pero esa misma vinculación impide al Juez encontrar otro significado a la regla de derecho, que el que se derive de su propio texto o de sus raíces con el sistema.

Y es que el viejo Derecho de Autor ha podido adaptarse sorprendentemente a las nuevas realidades con modificaciones sencillas, muchas de ellas de carácter simplemente aclaratorio antes que constitutivo; pero no sabemos si esta extraordinaria capacidad de adaptación va a ser suficiente para atender el reto de la era digital. Hasta hoy el proceso de reforma se ha limitado a mencionar al software por aquí, a las bases de datos por allá; creando ficciones respecto de la titularidad de las obras en beneficio del proceso de creación, pero manteniendo el agotado sistema de la titularidad derivada; introduciendo algún término que permita cubrir la transmisión digital ya sea a través del derecho de distribución o del derecho de comunicación pública, pero al mismo tiempo manteniendo inflexibles y rígidas formas de contratación y cesión de derechos; refiriéndose a las producciones multimedia, pero al mismo tiempo introduciendo inseguridad jurídica con la formulación de derechos morales que extralimitan los principios del propio Convenio de Berna.

En síntesis, un proceso que trata de mantener el esqueleto del Derecho de Autor, modificándolo en la epidermis. Una cirugía plástica que puede no resultar enteramente estética en la era digital. Y no es que tampoco los cambios que se requieren y los que podrían de algún modo anticiparse sean tan sustanciales, es solo

que implican un auténtico replanteamiento de ciertos conceptos, algunos ya formulados más arriba.

No olvidemos que las legislaciones sobre Derecho de Autor en América Latina han tenido como origen y vértice la protección de la persona del autor, antes que promover un intercambio global de bienes intangibles, que se han convertido en el mayor valor agregado de bienes y servicios a las puertas del Siglo XXI.

Esta piedra angular del Derecho de Autor Latino se ha manifestado a través de principios como la titularidad derivada; el mantenimiento de ciertos derechos del autor aun después de la cesión de la obra; instituciones como la irrenunciabilidad de derechos morales, formulados ya por encima de los estándares del Convenio de Berna; la aptitud del autor de explotar su obra por otros medios aun después de la cesión al productor; la imposibilidad del productor ejercer derechos morales, o de hacerlo únicamente "en la medida necesaria para la explotación de la obra"; la existencia de disposiciones imperativas que no pueden ser modificadas por contrato; un sistema procesal inapto para combatir la piratería a escala comercial, y el reconocimiento ambiguo, tímido, subordinado, de los derechos conexos y de otros derechos relacionados con la actividad económica que hace posible la difusión, circulación y financiamiento de las creaciones intelectuales.

Y que no se entienda que ésta es una crítica a las concepciones tradicionales del Derecho de Autor Latino, es solo que el fin social para el cual se formularon podría ya haberse agotado, siendo necesario desentrañar los nuevos desafíos sociales que las Leyes de Propiedad Intelectual están obligadas a atender en la era digital.

Toda Ley determinada está al servicio de los fines sociales del hombre en un momento determinado; y no hay principio secundario del derecho que no esté subordinado a este fin supe-

rior, y que por lo tanto no pueda ser modificado. Si la Ley sirve al fin social presente, enhorabuena; si lo entorpece, hay que modificarla.

Decía que el cyberespacio transforma al hombre en ciudadano del mundo. Más allá del romanticismo de la expresión, este postulado tiene consecuencias directas en la formulación de las leyes. Y es que si han desaparecido las limitaciones espaciales y temporales en la creación, publicación, distribución, comunicación y goce de los bienes intelectuales, ¿hará algún sentido mantener las distinciones jurídicas basadas en tales diferencias de espacio y tiempo? La diferencia de regímenes jurídicos solo puede conducir a la inseguridad jurídica, a entorpecer el tráfico digital, a fragmentar el cyberespacio, por definición unívoco.

Esta internacionalización del hombre conduce también a otro postulado: la necesidad de fortalecimiento continuo de las leyes de propiedad intelectual, abandonando los complejos basados en un supuesto menor desarrollo tecnológico. Este fortalecimiento de las leyes de propiedad intelectual debe ser la mejor herramienta para propiciar la inversión en investigación y desarrollo, la transferencia de tecnología y el intercambio comercial en nuestros Países. Debemos, pues, aceptar el desafío de lograr que la empresa de bienes intangibles esté en la misma aptitud de competencia que la empresa de bienes materiales.

Esta internacionalización supone otro reto: la discusión de una Ley internacional que uniforme los tipos penales en materia de propiedad intelectual. Si la infracción, a nivel civil, ha sido y es objeto de constante armonización, la sanción penal que le es consecuencia no puede menos que seguir la misma suerte. Esto es simple lógica, más allá de las consideraciones jurídicas y sociales.

Naturalmente que esta armonización debe alcanzar también la armonización de las normas de conflicto. Las diferentes

posibilidades de aplicación de leyes a un mismo hecho son, en el cyberspacio, tan amplias como las retransmisiones; los lugares de conexión más cercana -criterio usual de determinación de la ley aplicable-, tantos como operadores de pizarras electrónicas que intervengan en la cadena de publicación electrónica -más allá de que, como hemos visto, el cyberspacio elimina el concepto usual de "espacio" que sirve de base a la doctrina del factor de conexión más cercano-, y finalmente, la ley del lugar de origen de la emisión infractora, muy distinta de la ley de recepción final -más allá de que la naturaleza dinámica de la red digital elimina también el destino final de las transmisiones, y las somete a un constante peregrinar electrónico.

No olvidemos que uno de los temas anteriores a los conflictos de leyes son los conflictos de calificación. Ya Mihaly Ficsor, en su dictamen entregado en Washington, en Noviembre 15 de 1996 (STATEMENT ON THE NII BILLS "NII COPYRIGHT PROTECTION ACT OF 1995" AND "NATIONAL INFORMATION INFRASTRUCTURE COPYRIGHT PROTECTION ACT"), destacó la multiplicidad de figuras utilizadas por los ordenamientos jurídicos para incluir un mismo hecho. El ejemplo típico lo constituye la transmisión digital, catalogada como una forma de comunicación pública por algunas legislaciones, y una forma de distribución pública, como por ejemplo en White Paper.

Es fundamental, entonces, eliminar los conflictos de calificación, empresa que se conseguirá únicamente a través de la armonización de las normas de conflicto.

De manera que la preparación y discusión de un instrumento internacional sobre tipos penales, y de un instrumento internacional sobre conflictos de leyes, es un reto para las Américas, que en un futuro no muy lejano tendrá también un cyberforo para la solución de controversias.

Informe

**INFORME
DE
LABORES**

**Asociación
Escuela
de Derecho**

INFORME DE LABORES.

La Asociación Escuela de Derecho 1996, asumió en diciembre del año anterior, sus funciones con la firme intención de dar un giro completo a las tradicionales actividades de nuestro organismo estudiantil. Procuramos que el principio de servicio encuentre en cada una de nuestras actividades un fiel reflejo y presente de esta manera la voluntad de quienes asumimos la dirección estudiantil.

Concretamos en el área académica nuestros mayores esfuerzos con el objeto de procurar la participación estudiantil en actividades de importancia que complementen la formación universitaria y vinculen el accionar universitario con el accionar nacional.

AREA ACADEMICA

- La Asociación Escuela efectuó varios seminarios sobre temas de importancia e interés nacional auspiciados, la mayoría de ellos, por importantes instituciones. Así tenemos:
- “Seminario sobre las Nuevas Instituciones creadas por la Reforma Constitucional”, con el auspicio de la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo.
- “Seminario de Derecho Comunitario y Propiedad Industrial”, con el auspicio del Tribunal Andino de Justicia.

- “Seminario sobre Medios Alternativos para la Solución de Conflictos”, con el auspicio de la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo.

- “Módulos Prácticos sobre Mediación y Arbitraje” con el auspicio de la Cámara de Comercio de Quito. (dada la acogida estudiantil, estos módulos se repitieron en el mes de noviembre de 1996).

A más de estos seminarios se realizó:

- Presentación del texto jurídico, “Derechos Humanos y Socorro Internacional” de la Dra. Marielena Moreira.

- Presentación conjunta con la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo del texto jurídico “Diagnóstico de Derecho Contencioso Administrativo y Fiscal en el Ecuador” del Dr. Ernesto Velázquez Baquerizo.

- “Panel sobre el caso Putumayo” con importantes representantes de las instituciones de Derechos Humanos en el país.

- “Panel sobre el conflicto Ecuador-Perú” con la participación del Sr. Embajador Manuel Fernández de Córdova.

Vinculamos nuestro accionar con las importantes labores emprendidas por las autoridades de la Facultad conscientes de que el apoyo a las mismas redundaría en beneficio de los estudiantes, y transmitiendo el sentir de los mismos a través de sugerencias y criterios que complementaron los proyectos de mejoramiento académico, planteados por nuestras autoridades. Para ello:

- Realizamos una Asamblea General de estudiantes en la cual se discutió la posición asumida por los dirigentes estudiantiles frente a los eventuales cambios académicos, concluyéndose que las propuestas planteadas complementaban plena y oportunamente los

cambios en cuestión.

- Realizamos una encuesta a los primeros niveles de la Reforma al Pensum, la cual nos permitió determinar la concreción de los objetivos planteados, así como también el rendimiento alcanzado por los estudiantes, sus principales inquietudes respecto de los profesores principales, los profesores suplentes y de los ayudantes de cátedra.

- Se entregó a los estudiantes de los primeros niveles una carpeta informativa sobre todos sus derechos consagrados en diversos reglamentos de la Universidad así como también el detalle de las autoridades a las cuales podían y pueden recurrir para el reclamo de los mismos.

- En marzo de 1996, empezamos la elaboración y programación de uno de los proyectos más importantes de nuestra gestión: Los Cursos de Verano. Para el 6 de mayo del año en curso se presentó a las autoridades de la universidad y de la Facultad, el proyecto frente al cual habían grandes expectativas del estudiantado, y que nos hacían temer de los posibles trámites que postergarían su aprobación y aplicación. Sin embargo la gran apertura de la Sra. Decana así como también del Sr. Rector permitió la inmediata ejecución de este proyecto que sin duda alguna fue una verdadera muestra de servicio a la comunidad estudiantil.

Los cursos de Verano beneficiaron directamente a más de 150 estudiantes en materias como Derecho Civil Obligaciones, Derecho Civil Contratos, Derecho Penal, Economía y Derecho Mercantil consiguiendo con este proyecto, igualarse en su carrera, e incluso adelantar una materia agilitando su egresamiento.

Procurando un vínculo de la Asociación Escuela con la realidad nacional intervenimos en:

- Debate para la elaboración de una contrapropuesta a la Ley de Juventudes.
- Debate sobre la aplicación de los temas tratados en la Conferencia de Beigín en las leyes ecuatorianas, especialmente en lo que respecta a la protección de la mujer en el ámbito laboral.
- Proyecto de participación indirecta de los estudiantes en los debates previos a la expedición de los textos legales.

De igual manera procurando brindar al estudiantado instrumentos que permitan cumplir de mejor manera sus obligaciones universitarias se compró:

- Cuatro millones quinientos mil sucres en textos jurídicos en base a los requerimientos de consulta de los profesores de nuestra Facultad.
- Una filmadora con la cual se pueda dejar constancia de las diversas tareas ejecutadas por la Asociación Escuela y sus miembros ya sea en seminarios, talleres, mesas redondas, lo cual nos permita formar una videoteca para la Facultad.

PROMOCION Y ASISTENCIA ESTUDIANTIL

Al celebrar 50 años de vida de la Universidad y de nuestra Facultad, la Asociación Escuela puso mucho esfuerzo y empeño en rescatar el espíritu de unidad y colaboración entre los estudiantes de la Facultad, para ello:

- Se realizó el concurso del logotipo de la Facultad, el cual permitió a los estudiantes esmerarse en la búsqueda de un símbolo que represente a nuestra querida Facultad. De esta forma encontramos nuestra mascota y una bandera, que de ahora en adelante, nos representará por siempre.

- Entregamos gratuitamente a los estudiantes de la Facultad camisetas con dicho logotipo que fueron empleadas en los campeonatos deportivos de la Universidad.
- Entregamos a los Consultorios Jurídicos Gratuitos mobiliario por dos millones quinientos mil sucres, el cual facilitó y mejoró en algo el loable servicio que esta institución brinda a la comunidad.
- Conseguimos la venta de libros jurídicos y códigos en las instalaciones de la Facultad con importantes descuentos y dando al estudiantado muchas facilidades de compra.
- Organizamos todos los materiales de cátedra, de los profesores de la Facultad que hacen uso de los mismos, los cuales fueron entregados a la biblioteca de la Facultad para uso del estudiantado y de quien los requiera.
- Se realizó un homenaje en el Día del Maestro, entregando un pergamino a todos nuestros docentes, a la vez que se entregó una placa a quien fue elegido el mejor profesor de la Reforma: el Dr. Alberto Wray.
- Hicimos público reconocimiento de los mejores estudiantes de la Facultad motivando de esta forma al estudiantado y reconociendo el esfuerzo de muchas personas, que la mayoría de veces, ha pasado desapercibido.
- Se entregó dos millones doscientos mil sucres a los dos estudiantes que representaron a nuestra Universidad en el Concurso Internacional de Derechos Humanos llevado a cabo en los Estados Unidos
- Por primera ocasión la Asociación Escuela entregó un beneficio económico a quienes fueron los tres mejores estudiantes de la

En un verdadero esfuerzo, reflejo de la austeridad en el manejo económico de los fondos estudiantiles, la Asociación constituyó un fondo de beca con diez millones de sucres en Filanfondos, los mismos que beneficiarán no solo a los tres primeros sino a muchos estudiantes a futuro, conforme el fondo se incrementa, lo cual dependerá de la gestión de las próximas Asociaciones Escuela.

AREA SOCIAL

Nuestra gestión cumplió con sus obligaciones sociales realizando:

- La tradicional Campaña de Navidad que en esta ocasión benefició, a más de 1000 niños, en dos escuelas, los cuales disfrutaron y rieron gracias a la solidaridad que siempre a caracterizado a los estudiantes de Jurisprudencia.
- Participamos desde un inicio en uno de los proyectos más grandes de asistencia social, que hoy en día involucra a importantes fundaciones e instituciones privadas, así como también al Municipio del Distrito Metropolitano de Quito: La Fundación Siglo XXI.
- Gestionamos fondos para el equipamiento de la orquesta "Los Reyes del Sur" conformada por los internos de la Calle Ambato los cuales encontraron en la Asociación Escuela una mano que lamentablemente se les había negado anteriormente.

De igual manera se gestionó la venta de productos carcelarios en nuestra Universidad, con el fin de recaudar fondos que alivien las necesidades de las internas de la Cárcel de Mujeres.

- Se efectuaron las Fiestas Quincuagésimas de la Facultad las cuales iniciaron con la entrega de una placa conmemorativa a la Facultad. Se realizaron los tradicionales campeonatos de cuarenta, de pulso, de postres, de fútbol y además un campeonato de fútbolín, con la presencia de la Banda del Concejo Provincial y Mariachis.

Se realizó la elección de la Reina de la Facultad, la fiesta informal en Stress y la Velada de Gala en el Hotel Colón.

- Se efectuaron, en forma gratuita, los paseos de bienvenida a los nuevos estudiantes, procurando siempre que los fondos de la AED beneficien directamente al estudiantado.

PUBLICACIONES

- Conscientes que la información es fundamental, tanto para la promoción de las actividades, así como para vincular a los estudiantes con las mismas, la Asociación Escuela publicó dos informativos los cuales resumieron, las labores efectuadas durante el año no solo por nuestro organismo estudiantil, sino también por las autoridades de la Universidad, de la Facultad y de los estudiantes independientemente.

- Publicamos el libro "Introducción al Derecho" del Dr. Hernán Salgado Pesantes, el mismo que constituye texto de consulta obligatoria para los estudiantes que inician su carrera como también para aquellos que culminan sus estudios en la Facultad y se preparan para los exámenes de grado.

- La presente Revista Ruptura, la cual se suma a las anteriores como un verdadero aporte jurídico a la comunidad, resultado del esfuerzo de los estudiantes de la Facultad de Jurisprudencia con el apoyo de sus maestros, autoridades y la colaboración, en esta ocasión, de dos importantes instituciones: la Corporación

Latinoamericana para el Desarrollo, y la Fundación Konrad Adenauer.

Estas actividades se suman a muchas otras que fueron el resultado del trabajo tesonero de muchos estudiantes en conjunto con los demás miembros de la Facultad.; buscando única y exclusivamente el beneficio de nuestra institución.

Demostramos que el diálogo es el mecanismo ideal para resolver las múltiples dificultades de nuestra Universidad y los pedidos y requerimientos de nuestros compañeros.

De esta forma nos complace entregar una Asociación Escuela limpia, y en una clara línea de trabajo y esfuerzo. Dejamos como legado, obras para los estudiantes, que perdurarán por sí solas y que comprometen a las próximas Asociaciones.

Dejamos una Asociación Escuela con las puertas abiertas en muchas instituciones como son la Cámara de Comercio, El Tribunal Andino de Justicia, La Corporación Latinoamericana para el Desarrollo y la Fundación Konrad Adenauer.

Esta tarea implicó la colaboración de mucha gente que sirvió a sus compañeros y a su institución con cariño, lealtad y sacrificio. A todos ellos mi sincero agradecimiento.

Lcdo. Pablo Dávila Jaramillo
Presidente de la AED, 96.

Revista
No. 39
1996
Ej.2

Ruptura

PARA R

EST

No de

B

Corporación Latinoamericana para el Desarrollo

La Corporación Latinoamericana para el Desarrollo es una organización privada sin fines de lucro, creada en Ecuador en 1990. CLD busca contribuir a la transformación jurídica del Estado con el fin de lograr un régimen real de derecho, que permita elevar la capacidad de vida de la población. Este concepto rebasa la satisfacción de las necesidades básicas de la comunidad y tiende al desarrollo de una cultura que garantice el respeto integral al ser humano.

Fundación Konrad Adenauer

La Fundación fue creada en 1964 y actualmente tiene oficinas de representación en más de 100 países. En Ecuador se dedica desde 1965 a la formación política, la investigación y el asesoramiento político y socio-económico.

La fundación Konrad Adenauer se atiene a los principios del Movimiento Demócrata Cristiano. El nombre de la Fundación está íntimamente relacionado con su contenido y deberes. Los principios que troquelaron la vida y obra del gran estadista alemán, Konrad Adenauer constituyen las directrices de su trabajo.

Asociación Escuela de Derecho

La Asociación Escuela de Derecho es el máximo órgano de representación estudiantil de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Conformada por todos los estudiantes de la Facultad, y representada por veinte y cinco personas desde el presidente hasta el último delegado a la Junta de Facultad. La Asociación colabora con las autoridades de la Universidad y la Facultad para la consecución de fines comunes como son la optimización de servicios, el control de métodos de enseñanza, la promoción académica y cultural y, la asistencia social al conglomerado estudiantil y a la comunidad en general.