

R U P T U R A

REVISTA ANUAL DE LA ASOCIACION ESCUELA DE DERECHO DE LA
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA DE LA PUCE



50 AÑOS DE AED

Con el auspicio de:



Konrad
-Adenauer-
Stiftung

CLD
CORPORACION LATINOAMERICANA PARA EL DESARROLLO

Asociación Escuela de Derecho 1998

Presidente AED:

Freddy Vinicio Carrión Intriago

Vicepresidente AED:

Christyan Aguas Naranjo

Representantes Principales al
Consejo de Facultad:

Pedro Leiva Gallegos

Oscar Guayasamín Calderón

Vocales Principales del
Directorio de AED:

Andrés Segovia Salcedo

Guillermo Celi Santos

Carol Riofrío Torres

Tesorereros:

Pablo Araujo Landeta

Francisco Dávalos Morán

Secretario:

Andrés Luna Hallo

Vocal Financiero:

Cristhian Bahamonde Galarza

Prosecretaría:

Lilian Dávila Portugal

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

Decana:

Dra. Ximena Moreno de Solines

Subdecano:

Dr. Santiago Guarderas Izquierdo

Representantes al Consejo de Facultad:

Dr. Gonzalo Zambrano Palacios

Dra. Pilar Sacoto de Merlyn

Con el auspicio de:



Konrad
Adenauer-
Stiftung



LIBRO DONADO
POR
DR. HERNAN SALGADO PESANTES



AED
ASOCIACIÓN ESCUELA DE DERECHO

R U P T U R A

REVISTA ANUAL DE LA ASOCIACION ESCUELA DE DERECHO DE LA
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA DE LA PUCE
CINCUENTENARIO DE FUNDACION

✓ Revista Ruptura
Revista Anual de la Asociación Escuela de Derecho de la PUCE
MCMXCIX, Número 41,
Cincuentenario A.E.D.

Con el Auspicio de:
Fundación Konrad Adenauer Stiftung
Corporación Latinoamericana para el Desarrollo

ISBN: -9978-77-081-X
Derechos de Autor: 012792

Consejo Editorial:
Dr. Michel Andrade Heredia
Francisco Dávalos Morán
Mauro Merino Dirani

Editor:
Cristhian Bahamonde Galarza

Asociación Escuela de Derecho,
Av. 12 de Octubre y Av. Patria, torre 2,
piso 8, telf. (593 2) 565 627, ext. 1386
e-mail: aso-jur@puce.uio.puce.edu.ec
Quito, Ecuador

Diseño e Impresión:
Avril Diseño Gráfico • Julia M. Carrillo, Eva Perón A. • (593 2) 221030

Los criterios emitidos en esta obra son de exclusiva responsabilidad de sus autores:

INDICE GENERAL

Presentación de la obra
Lcdo. Freddy Carrión Intriago, Presidente A.E.D.

AREA CONSTITUCIONAL

De Regreso al Servicio Público
Dr. Osvaldo Hurtado Larrea 1

Ruptura, Legitimación y Asamblea Constituyente en el Ecuador
Dr. Hernán Salgado Pesantes 13

La Ciudadanía en la Nueva Constitución Política de la República del Ecuador: Una perspectiva desde los Derechos de las niñas, niños y adolescentes
Dr. Farith Simon Campaña 25

Asamblea Constituyente y Asamblea Reformadora
Dr. Rafael Oyarte Martínez 35

AREA MERCANTIL

Mercado de Valores
Dr. Pablo Ortiz García 51

Normas Aplicables al Registro Sanitario en el Ecuador
Dr. José Meythaler Baquero 57

Implicaciones Tributarias del Fideicomiso Mercantil
Dr. Mauricio Durango Pérez 65

Introducción a la Teoría General de las Obligaciones Mercantiles
Dr. Miguel Macías Hurtado 75

AREA CIVIL

Efectos Jurídicos de la Omisión por parte de los Jueces Nacionales en solicitar la interpretación prejudicial para la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena
Dr. Alejandro Ponce Martínez 89

Trámite de la Partición
Dr. Juan Larrea Holguín 107

AREA LABORAL

La mujer en la legislación laboral de la CAN
Dr. Julio César Trujillo Vásquez 117

AREA PENAL

Las nuevas tendencias del Derecho Penal Contemporáneo.
Dr. Ramiro Aguilar Torres 143

AREA DE METODOS ALTERNATIVOS

La ley de Arbitraje y Mediación en el Ecuador
Dr. Jaime Vintimilla Saldaña 157

ETICA JURIDICA

Etica de la Abogacía
Dr. Juan Falconí Puig 169

ACTIVIDADES ACADEMICAS

Informe de Labores de la Asociación Escuela de Derecho 1998
Lcdo. Freddy Carrión Intriago 173

INDICE POR AUTORES

Revista Ruptura No. 1 a Ruptura No. 40 185

PRESENTACION

A un año de su fundación, mucho antes de que la misma Pontificia Universidad Católica del Ecuador tuviera su propia revista, la recientemente fundada Asociación Escuela de Derecho publicaba la suya en 1949 como "Revista de la Asociación Escuela de Derecho". Bajo este nombre se editaron sus primeros números, pues la falta de un acuerdo llevó a sus promotores a ensayar algunos títulos como Pandectas, Ius, Civitatis o Digesta¹, ninguno de los cuales obtuvo el consenso necesario para inscribirlo como tal; hasta 1966, cuando al publicarse el número 18 de la Revista de la Asociación Escuela de Derecho, se acuñó el nombre de "Ruptura".

Ruptura, se dijo, con las instituciones tradicionales, la dependencia económica, la dominación política y la enajenación cultural; ruptura con el capitalismo postindustrial y el socialismo burocrático, en un solo concepto, Ruptura representó el descontento popular y la rebelión social de los movimientos estudiantiles y obreros en general, con el sistema sociopolítico vigente en el mundo, en la década de los sesenta.

Es entonces que "Ruptura" como nombre de la Revista de la Asociación Escuela de Derecho encuentra su significado, pero el surgimiento de nuevos problemas sociales ante realidades políticas diferentes, obliga a repensar la vigencia actual del nombre "Ruptura". O seguimos conservando a fuerza de costumbre y tradición dicha denominación que tal vez no sea lo suficientemente representativa del fenómeno actual, caracterizado por la pérdida de valores y la corrupción generalizada de una sociedad automatizada, que no es la misma de la década de los sesenta, o adoptamos una nueva denominación que responda a los cambios sociales contemporáneos.

La decisión no es fácil, cambiar el nombre de "Ruptura" que se ha mantenido por más de 30 años al frente de nuestra revista y que constituye toda una tradición en nuestra Facultad, no solamente implica generar consensos sobre su nueva denominación, sino además analizar y estudiar la necesidad y oportunidad del cambio, que debe obedecer a una nueva concepción de la realidad con dimensión futura. Mientras no se cumplan estos dos requerimientos, el nombre establecido para designar a nuestra revista, "Ruptura", siempre tendrá su razón de ser, ya sea por la tradición que la acompaña como por el significado que transmite, que más allá de cualquier época o hecho social, convoca a romper esquemas de conformismo, apatía y complicidad con el orden social constituido, pleno de injusticia y desigualdad.

A pesar de que quien escribe estas líneas, ha sido uno de los promotores activos del cambio de nombre de la Revista de la Asociación Escuela de Derecho, cree sin embargo que las

1 Tomado del discurso pronunciado por el Dr. Jorge Salvador Lara el 18 de junio de 1998, en la conmemoración de los cincuenta años de fundación de la A.E.D.

razones esgrimidas ante la Facultad, no tienen aún la simpatía necesaria ni el convencimiento generalizado como para poder emprender en dicha reforma. Tal vez cuando las circunstancias impongan la necesidad de adoptar un nombre distinto al actual, surgirá sin obstáculo alguno el nombre debido. Sin embargo, ello no obsta para que la revista, encaminada a una especialización jurídica requerida por los cambios actuales de innovación y desarrollo científico que impone el advenimiento del nuevo siglo, adopte en lo posterior un subtítulo temático, que refleje la dedicación de un volumen a un tema en particular.

Por lo pronto, beneficiémonos del esfuerzo puesto por sus articulistas en la publicación de esta revista, que con sus ensayos contribuyen a difundir el conocimiento jurídico entre estudiantes y profesores en general. Agradecemos ademas a quines con su auspicio hacen posible la presente publicación: La Fundación Konrad Adenauer y la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, CLD, así como al Consejo Editorial de la revista y a su editor por el compromiso demostrado.

De nuestra parte, como Directorio de la Asociación Escuela de Derecho 1998, nos sentimos satisfechos con la labor cumplida, al presentar la edición No. 41 de la Revista de la Asociación Escuela de Derecho "Ruptura", conmemorativa del Quincuagésimo Aniversario de Fundación de nuestra organización (1948 - 1998); publicando temas académicamente relevantes sobre Derecho Constitucional relativos a la Asamblea Nacional Constituyente de 1998 que dio al país una reformada y más completa Constitución Política; de Derecho Civil, siempre necesarios en la formación del estudiante de Jurisprudencia y en la actualización constante de profesores; de Derecho Penal, sobre sus nuevas tendencias en el contexto político jurídico del país; de Derecho Mercantil, y las obligaciones que generan sus nuevas instituciones; de Resolución Alternativa de Conflictos, y su aporte al descongestionamiento de la Administración de Justicia; de Derecho Laboral, y la participación de la mujer en la Comunidad Andina; de Deontología Jurídica, y la función del abogado en un contexto social de transparencia y verdad; temas en fin, que deberán ser analizados por todos quienes pretenden hacer de la justicia una realidad.

Adicionalmente a los temas antes descritos, esta publicación contiene una recopilación completa de los contenidos de todas las ediciones de nuestra revista, desde la No. 1 hasta la No. 40, que ya sea con el nombre de Revista de la Asociación Escuela de Derecho o el de Ruptura, nuestra organización estudiantil ha publicado en estos cincuenta años de existencia.

Pocos hechos merecen destacarse como lo es la publicación de una revista. Es de esperar que esta edición de "Ruptura" sea acogida por la comunidad universitaria como un modesto aporte de los estudiantes de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a la difusión del conocimiento jurídico en el país.

FREDDY CARRION INTRIAGO
Presidente AED 1998

DE REGRESO AL SERVICIO PÚBLICO

DR. OSVALDO HURTADO LARREA ¹

Sumario: Derechos y garantías constitucionales. Políticas sociales para los pobres. Derechos colectivos y deberes sociales. Nuevas Instituciones para el proceso socio económico. Corrupción: un mal nacional. Discrepancias y controversias. Vigencia de la Constitución.

A continuación se presenta la compilación de una serie de artículos que aparecieron en el diario *El Universo* a raíz de mi experiencia al presidir la Asamblea Nacional de febrero a junio de 1998. Los siguientes artículos, no corresponden a una investigación exhaustiva de la tarea realizada por la Asamblea, sino que son más bien el conjunto de impresiones recogidas sobre los eventos y personajes de la Asamblea, y sobre las resoluciones, alcances y limitaciones del resultado y razón de ser de este organismo: La Nueva Constitución del Ecuador, documento vigente desde el 10 de agosto de 1998.

Desde que concluyó mi gobierno no fueron pocas las personas que trataron de interesarme en candidaturas a diversas dignidades, en los dos últimos comicios presidenciales para que me postulara a la reelección y en 1997 a la Asamblea Nacional. Algunas llegaron a reprocharme por no asumir las responsabilidades políticas que demandaba la aguda crisis económica, social y política que atravesaba el país. Las menos indulgentes atribuyeron mis reiteradas negativas al temor de sufrir una derrota electoral. Mi reticencia a volver a una función pública se originaba en otras motivaciones: cierta distancia con la que siempre he mirado el poder y su parafernalia, el convencimiento de que la democracia se cimenta en la fortaleza de los partidos, mi repulsa natural al caudillismo, los aportes que Cordes hace al conocimiento y solución de la problemática nacional y, debo admitirlo, las satisfacciones que recibo en mi trabajo académico.

Los datos de la realidad no permitían abrigar esperanzas sobre el éxito de la Asamblea Nacional. Si se declaraba constituyente eran previsibles desgastantes y esterilizadores conflictos con las funciones Legislativa y Ejecutiva, pues bien podía ocurrírsele clausurar el Congreso Nacional y destituir al Presidente interino. Además, dada la fragmentación política, lucía remota la posibilidad de que pudiera realizar la reforma constitucional que el Ecuador necesitaba. Tan negativos presagios me habían llevado, en la Consulta Popular, a pedirle al pueblo que votara contra su convocatoria.

Ante el pronunciamiento de los ciudadanos favorable a la reunión de la Asamblea, acepté los argumentos de quienes dijeron que estaba moral y cívicamente obligado a contribuir a su éxito. Decidí candidatizarme sin tomar en cuenta los riesgos electorales

¹ Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Ex-Presidente de la República del Ecuador, Ex-Presidente de la Asamblea Nacional Constituyente, 1997

y políticos que eventualmente correría, pensando únicamente en el interés del Ecuador. Cuando un dirigente de la Democracia Popular, al que consulté, opinó que tal decisión no me convenía personalmente, respondí que cuidar mi imagen política no era un asunto que me preocupara.

La Asamblea efectivamente se declaró constituyente pero prudentemente se autolimitó, a pesar de que partidos y líderes políticos le pidieron que por lo menos cesara al Congreso Nacional, medida sin duda popular por el descrédito de este órgano del poder público causado por la telaraña de pipones y la corrupción de algunos de sus miembros. Inopinadamente los conflictos fueron desatados por su Presidente Heinz Moeller y por el Presidente interino. El más grave cuando mediante declaración publicada en los medios de comunicación -en la política ecuatoriana no queda nada para sorprenderse- bajo amenaza de enjuiciarlo políticamente, el primero solicitó al segundo incurrir en la arbitrariedad de no publicar en el Registro Oficial la resolución de la Asamblea Constituyente de prorrogar sus funciones, extorsión a la que Fabián Alarcón se sometió obsecuente. Todo ello es historia a la que deberán rendir cuentas sus actores. Ahora lo que importa es conocer si la Asamblea Constituyente hizo algo beneficioso para el país.

Honestamente creo que sí. Gracias a sus reformas mejorará la gobernabilidad del sistema democrático y con ello el progreso social del pueblo, se reducirán los crónicos conflictos entre Gobierno y Congreso que tanto daño han hecho al país, aumentarán las posibilidades de una gestión económica sana que garantice el crecimiento y acabe con el flagelo de la inflación y los inversionistas nacionales y extranjeros podrán contar con seguridad jurídica para el desarrollo de sus actividades productivas.

Reformas constitucionales que, junto con otras, examinaré a continuación.

DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Los méritos de la Constitución Política aprobada en Riobamba por la Asamblea Nacional Constituyente comienzan por su presentación formal que permitirá a sus lectores una lectura fácil y una comprensión cabal de su texto. Los conceptos e instituciones en ella contenidos han sido sistematizados metódicamente y sus disposiciones bien escritas literariamente y correctamente expresadas jurídicamente, virtud que particularmente apreciarán quienes, en sus actividades profesionales, tienen que lidiar con las confusas, oscuras y a veces contradictorias leyes expedidas por los congresos nacionales en los últimos años. A diferencia de otras constituciones el Preámbulo de la nueva Carta Política es inspirador y suscitador. Evoca la historia milenaria de los pueblos que hoy conforman Ecuador, reconoce su diversidad étnica, regional y cultural, proclama la unidad de la nación ecuatoriana y consigna los ideales inspiradores de su sistema democrático: libertad, igualdad, justicia, progreso, solidaridad, equidad y paz.

La parte dogmática recoge el legado de anteriores constituciones, particularmente de la última, y lo enriquece con nuevas disposiciones que convierten a la Constitución ecuatoriana, en la más avanzada de América Latina en materia de derechos, libertades y garantías.

Se define al Ecuador como un Estado social de derecho, y se le atribuye la responsabilidad principal de respetar los derechos humanos y garantizar su protección; no son necesarias leyes para que las garantías constitucionales puedan demandarse; se reconocen las particularidades de género y los derechos específicos de la mujer, entre otros a recibir similares remuneraciones que los hombres por trabajos iguales; se protege a los grupos vulnerables, por ejemplo discapacitados, niños y ancianos; se amplían las garantías de los periodistas para escribir con libertad; quienes tienen objeciones de conciencia pueden sustituir el servicio militar por uno civil a la comunidad.

Se incorpora al texto constitucional las garantías del denominado debido proceso, como las siguientes: Los acusados deben conocer la identidad del juez que ordena su detención, de los agentes que la ejecutan y de quienes lo investigan; carece de valor la prueba actuada en violación de las leyes; se crean jueces de paz encargados de resolver en equidad conflictos individuales, vecinales y comunitarios; se establece el sistema oral para facilitar la contradicción de las pruebas y acelerar la tramitación de los procesos; se reconocen el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos a los judiciales; se limita el tiempo de la prisión preventiva; se prohíbe la transmisión de diligencias judiciales a través de los medios de comunicación; en los procesos penales se reemplaza el sistema inquisitivo por el acusatorio; corresponde a los fiscales realizar la investigación preprocesal, acusar al implicado, aportar pruebas e impulsar el proceso; los jueces penales solo tienen a su cargo el estudio del juicio y la expedición de la sentencia; se ordena la libertad de los sindicados con delitos sancionados con prisión que se encuentren detenidos por más de un año.

Los ciudadanos en goce de los derechos políticos pueden revocar el mandato de alcaldes, prefectos y solicitar al Tribunal Supremo Electoral la convocatoria a consultas populares; en el futuro tales consultas también se realizarán en provincias y cantones por solicitud de sus autoridades o de un número determinado de votantes; los partidos políticos que no integran el gobierno ejercerán sus derechos protegidos por el Estatuto de la Oposición.

POLÍTICAS SOCIALES PARA LOS POBRES

La nueva Constitución hace una importante redefinición de la política social. En Ecuador tradicionalmente se ha considerado que ella debe tener un carácter general en el sentido de que todos los ecuatorianos, cualquiera fuera su condición social, pueden acceder gratuitamente a los servicios públicos que presta el Estado, principalmente de educación y salud, y a los subsidios que otorga. Esta errada concepción ha traído con-

sigo perjuicios para quienes carecen de medios, y beneficios para los sectores acomodados, incluso ricos, lo que resulta económicamente insostenible y socialmente injusto. Las restricciones fiscales que padece el Estado, y que seguirá sufriendolas, le obligan a ser selectivo en su gasto social, a fin de que los escasos recursos con que cuenta se reserven para quienes viven sumidos en la pobreza. En una sociedad en la que las distancias entre ricos y pobres son tan grandes, mayores que en otros países de América Latina, el poder público no puede contribuir a incrementarlas permitiendo que sus programas sociales beneficien a quienes están en condiciones de pagarlos; y peor que estas personas además reciban subsidios, como actualmente sucede en Ecuador.

El caso de la educación es ilustrativo. Los niños pobres tienen que abandonar la escuela para trabajar y así complementar los ingresos familiares, en cambio los jóvenes provenientes de las clases alta y media concluyen el colegio y reciben enseñanza gratuita en las universidades. Mientras estos sectores sociales educan a sus hijos en establecimientos privados en los que obtienen una educación de buena calidad, los que provienen de las clases populares concurren a los públicos en los que en general se proporciona una educación deficiente. La consecuencia de esta perversa realidad es que los pobres son excluidos del conocimiento, que en la sociedad moderna es el determinante de los ingresos de las personas y de sus niveles de vida. Un sistema político que consagra una desigualdad de oportunidades de esta naturaleza no merece llamarse democrático.

Si bien la solución de estas injusticias sociales es de responsabilidad de los gobiernos, la Constitución aporta con algunos principios orientadores.

Define a la educación como área prioritaria de la inversión pública, requisito del desarrollo nacional y garantía de la equidad social y le atribuye la responsabilidad de proporcionar destrezas para la eficiencia en el trabajo y la producción. La educación será gratuita en escuelas y colegios públicos, debiendo pagar la universitaria quienes tienen recursos económicos. En las escuelas los padres de familia en situación de extrema pobreza recibirán subsidios en dinero para que puedan enviar a sus hijos a la escuela. Escuelas, colegios y universidades están obligados a rendir cuentas a la sociedad sobre la calidad de la enseñanza que imparten. Los estudiantes que deseen ingresar a las universidades deberán aprobar los requisitos establecidos en el sistema nacional obligatorio de admisión y nivelación.

Por primera vez una constitución ecuatoriana destina un capítulo a la salud. En él se establece que si bien los programas de salud serán gratuitos (por ejemplo los de control de epidemias), en cambio los servicios públicos de atención médica solo lo serán para los pobres. Una disposición de esta naturaleza facilitará el acceso de los necesitados a los hospitales, instituciones que recibirán ingresos complementarios que tanta falta les hace, pagados por las personas de clases altas y medias que los ocupen.

También es una novedad de la nueva Carta Política el capítulo destinado a los grupos vulnerables, para los que se establece el derecho a recibir en todos los órdenes atención prioritaria, preferente y especializada; es el caso de niños, adolescentes, ancianos, mujeres embarazadas y personas discapacitadas.

DERECHOS COLECTIVOS Y DEBERES SOCIALES

La Asamblea Constituyente incorporó al derecho constitucional ecuatoriano el concepto de derechos colectivos así como un "decálogo" de deberes que los ciudadanos están obligados a cumplir.

La Constitución confirma la definición del Estado como pluricultural y pluriétnico, su carácter único e indivisible y la existencia de una sola nación, la ecuatoriana. Fue negada la declaratoria de Estado plurinacional reclamada por los indígenas a los que, sin embargo, les reconoce la posibilidad de que se autodefinan como nacionalidades, conformen circunscripciones territoriales y, como pueblo, tengan derechos que les permitan desarrollarse de acuerdo con su ancestral cultural. Por ejemplo a que sus idiomas, además del castellano, sean de uso oficial en los lugares que habitan; a la propiedad de las tierras comunitarias que será imprescriptible; a sus formas tradicionales de organización social y generación de la autoridad; a participar en el manejo de los recursos naturales ubicados en los lugares que habitan. Derechos a los que el pueblo negro accederá en cuanto le sean aplicables, y que deberán ejercerse respetando la Constitución, la ley y el orden público.

Los ciudadanos tienen derecho a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado y el Estado está obligado a promover un desarrollo nacional y un manejo de los recursos naturales que sean sustentables. Es de interés público: la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad, la integridad del patrimonio biogenético, la prevención de la contaminación ambiental, la recuperación de los espacios naturales degradados, el establecimiento de sistemas nacionales de áreas protegidas, la participación de la comunidad en la protección del entorno natural y la sanción de las personas y entidades que con sus acciones u omisiones dañen la naturaleza. Los consumidores tienen derecho a que los productos que adquieren y los servicios que reciben correspondan a las normas de calidad anunciadas o comprometidas por quienes los proporcionen en el sector público o privado; caso contrario pueden demandar civil o penalmente por los perjuicios que sufran.

La Constitución manda a los ciudadanos cumplir los siguientes deberes y responsabilidades: acatar la ley y las decisiones de las autoridades, anteponer el interés general al particular, respetar la honra ajena, trabajar con eficiencia, estudiar y capacitarse, decir la verdad, cumplir los contratos, mantener la palabra empeñada, pagar los tributos, administrar honradamente el patrimonio público, ser solidario en el disfrute de bienes y servicios, denunciar y combatir la corrupción, ejercer oficios y profesiones con apego

a la ética, cuidar y mantener los bienes públicos, participar en la vida política honesta y transparentemente. Novedosa declaración que concluye con la expresión quichua: ama quilla, ama llulla, ama shua que se traduce: no ser ocioso, no mentir, no robar.

El hecho de que los ecuatorianos, en la vida diaria, se comporten de manera distinta explica el valor relativo de las leyes, el limitado ámbito de acción de las autoridades, la baja productividad de las actividades económicas, las injusticias sociales, la penuria fiscal, la corrupción de las instituciones públicas, la inseguridad jurídica y la escasa solidaridad existente entre personas, comunidades y regiones; en suma los fracasos del país y de su sistema democrático. Mientras no cambie la cultura nacional, entendida como el conjunto de costumbres y prácticas cotidianas de las personas, será insuficiente lo que para bien del Ecuador puedan hacer la Constitución, la ley y los gobiernos.

CORRUPCIÓN: UN MAL NACIONAL

La corrupción se ha convertido en uno de los grandes males en el Ecuador contemporáneo, en grave perjuicio para el Estado y en costosa carga para la economía.

Los ciudadanos la perciben como el medio a través del cual políticos y burócratas se enriquecen, apropiándose de dineros públicos o cobrando comisiones a los particulares que contratan con el Estado o requieren de sus servicios. El problema tiene derivaciones más amplias.

Las instituciones públicas dejan de recibir cuantiosos ingresos por el contrabando o la evasión de impuestos, los sobrepagos les obligan a destinar mayores presupuestos a las obras que construyen y a los bienes que adquieren, los inversionistas honrados huyen de los países corruptos y con ello se reducen las posibilidades de crecimiento económico y de creación de empleos. La Constitución contiene severas disposiciones para prevenir, perseguir y sancionar la corrupción. Mencionaré algunas.

Se constitucionaliza la Comisión de Control Cívico de la Corrupción que tan importante contribución ha dado a la recuperación de la moral pública. La acción y la pena son imprescriptibles en los casos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, delitos que no son susceptibles de indulto y; pueden, ser juzgados en ausencia del acusado. Los funcionarios del Estado, incluidos los elegidos popularmente y los integrantes de la Fuerza Pública, se posesionarán en sus cargos una vez que hagan su declaración de bienes y autoricen el levantamiento del sigilo bancario sobre sus cuentas bancarias, presumiéndose enriquecimiento ilícito en el caso de no presentar una nueva declaración al concluir sus funciones. No ejercerán autoridad ni integrarán directorios de entidades de control, personas con intereses en las áreas a su cargo. Quienes hayan sido condenados por los delitos sancionados con reclusión, no podrán ser candidatos a ninguna dignidad de elección popular aun en el caso de que hubieran cumplido su condena.

Les está prohibido a los diputados integrar directorios de organismos públicos, recibir delegaciones, comisiones o representaciones remuneradas del Ejecutivo, gestionar nombramientos y tramitar o recibir recursos del Presupuesto del Estado. El Congreso debe elaborar un Código de Ética que norme la conducta de los legisladores y sancione sus faltas. Si el juez competente solicita autorización para enjuiciar a un diputado y el Congreso no se pronuncia en el plazo de 30 días, se considera aprobado el pedido. Las causas penales iniciadas contra un diputado antes de su posesión seguirán tramitándose ante el juez competente. También contribuirán a moralizar el Congreso Nacional el otorgamiento de su presidencia y vicepresidencia a los partidos con mayor representación parlamentaria, la eliminación de su facultad, para destituir ministros, la supresión de la Comisión de Presupuesto, la prohibición de comisiones ocasionales y la revocatoria del mandato de sus integrantes que incurran en actos de corrupción.

Naturalmente la corrupción no se reduce al sector público; en realidad es un mal que ha contaminado a buena parte de la sociedad ecuatoriana desde cuando, años atrás, los valores éticos dejaron de orientar sus actos. En sociedades moralmente estrictas la corrupción es una excepción; en sociedades moralmente permisivas se transforma en una regla. Aquí radica el motivo por el cual ha vuelto, una y otra vez, cuando el país creía que había sido exterminada. Si en el futuro se restauran los valores éticos que inspiraron la conducta de anteriores generaciones, seguramente se tornará innecesario el andamiaje levantado para perseguirla en la Constitución Política.

NUEVAS INSTITUCIONES PARA EL PROCESO SOCIO ECONÓMICO

Los análisis de los especialistas presentan cifras desalentadoras sobre los resultados económicos y sociales del presente período democrático.

Ecuador tiene la más alta inflación de América Latina y una tasa de crecimiento económico anual apenas superior a la de la población. Excepto quienes conforman las clases altas y grupos acomodados de las medias, los otros ecuatorianos han sufrido el deterioro o estancamiento de sus niveles de vida. Una de las causas de este fracaso, quizá la más importante, se encuentra en la crónica inestabilidad de la vida pública que ha impedido al Estado ejecutar una política económica de largo plazo y a la empresa privada contar con un horizonte previsible, además de seguridad y confianza para sus inversiones.

La nueva Constitución aporta con instituciones y normas que mejorarán la calidad del sistema democrático, facilitarán el desempeño de los gobiernos y otorgarán estabilidad política y económica al Ecuador. Señala como objetivos permanentes del Estado: conservar los equilibrios macroeconómicos, asegurar el crecimiento suficiente y sostenido y promover la participación competitiva y diversificada de la producción en el mercado mundial. Elimina el arcaico concepto de "áreas estratégicas" y, si bien declara de propiedad inalienable del Estado los recursos naturales no re-

novables y de su responsabilidad la provisión de servicios públicos, establece que aquellos podrán ser explotados por empresas públicas, privadas o mixtas y éstos prestados por particulares, no pudiendo los contratos celebrados ser modificados por leyes o resoluciones de las autoridades.

La autonomía del Banco Central permitirá la ejecución de las políticas monetaria, crediticia y cambiaria con independencia de los intereses políticos de los gobiernos y económicos de los particulares, en función de su primordial obligación de precautelar la estabilidad de la moneda, abatir la inflación y, de esta manera, crear condiciones para el crecimiento económico. La facultad privativa del Presidente de la República para la presentación de leyes que creen o eliminen impuestos o incrementen el gasto público, así como la prohibición de que el Congreso Nacional aumente el valor de los ingresos y egresos contemplados en la proforma de presupuesto, ayudarán a restablecer y mantener el orden de las finanzas públicas.

Ciertas reformas políticas contribuirán a dar estabilidad y continuidad a la vida pública. La extensión del período de los diputados a cuatro años impedirá que los gobiernos se sometan al desestabilizador escrutinio de mitad de su periodo; el Congreso Nacional si bien conserva la facultad de fiscalizar los actos de la Función Ejecutiva no podrá destituir ministros de Estado; la iniciativa para iniciar juicios políticos requiere del patrocinio de al menos una cuarta parte de los diputados; las autoridades del Congreso duran dos años en sus funciones y deben corresponder a los partidos con mayor representación parlamentaria; se delimitan las materias en las que es necesaria la expedición de leyes, las que podrán ser orgánicas u ordinarias correspondiendo a las primeras una supremacía sobre las segundas; un proyecto de ley no puede ser presentado individualmente por un diputado sino por al menos el diez por ciento de los integrantes del Congreso; una Comisión integrada por juristas que nombrará el Congreso Nacional, por su delegación elaborará proyectos de Ley, codificará las leyes vigentes y ordenará sistemáticamente la dispersa legislación existente.

Estas y otras instituciones de la nueva Constitución facilitará la gestión de los próximos gobiernos, lo que será bueno para el país. Creo que todos quienes fueron presidentes habrían deseado tenerlas. Yo, sin duda.

DISCREPANCIAS Y CONTROVERSIAS

En el futuro seré más cuidadoso en mis críticas a los congresos nacionales. Mi primera experiencia parlamentaria me enseñó lo complejo que es el trabajo de esta clase de organismos y cuán conflictivo es su proceso de decisiones. A pesar de la calidad humana e intelectual de quienes integraron la Asamblea, de la mayoría que para conducirla conformaron el Partido Social Cristiano, la Democracia Popular y el Frente Radical Alfarista y de la relativa homogeneidad del bloque de la DP, no fue posible cumplir a cabalidad con el programa de reforma constitucional acordado. Principalmente porque la Asamblea no

pudo escapar de ciertos males endémicos de la política ecuatoriana: la fragmentación de su sistema de partidos, la volatilidad de sus conductas y la indisciplina de los afiliados. Comparto ciertas críticas a errores en los que incurrió la Asamblea. Quisiera explicarlos. El fracaso de la reforma a la seguridad social se debió a que, apartándose de los acuerdos celebrados, votaron en contra tres integrantes del bloque socialcristiano que habían sido expulsados, tres de la Democracia Popular y todos los del partido del gobierno (seis del FRA). Algo parecido sucedió con el traslado de elecciones de diputados a la segunda vuelta electoral; a la hora de votar la mitad del bloque socialcristiano se ausentó de la sala y el FRA y un representante de la DP votaron en contra. El aumento desproporcionado del número de diputados fue posible gracias al voto unánime del bloque socialcristiano.

Discrepo de quienes creen que fue una equivocación suprimir el Plenario de las Comisiones Legislativas y establecer el funcionamiento regular del Congreso Nacional. Los críticos de esta reforma deberían tener en cuenta que el trabajo del Congreso habitualmente se realizará en el seno de las Comisiones Especializadas Permanentes y solo ocasionalmente en sesiones plenarias, estilo de trabajo común a todos los congresos del mundo. Que la nueva Constitución priva a los diputados de las facultades desestabilizadoras que antes tenían y que la Comisión de Legislación y Codificación creada por la Asamblea será, sin duda, un órgano legislativo más idóneo que el Plenario de las Comisiones actualmente existente.

Las omisiones se debieron a que a la Asamblea le faltó tiempo para completar la reforma constitucional. Su agenda fue ampliándose diariamente para finalmente comprender todo el articulado de la Carta Política, a pesar de mis insistentes pedidos para que las comisiones redujeran su trabajo al análisis de los temas prioritarios. También influyó el retiro del Partido Social Cristiano, a partir del cual no existieron los votos necesarios para la aprobación de importantes disposiciones como las referidas al sistema electoral, difícil tarea que deberá asumir el próximo Congreso Nacional.

En todo caso siempre será posible perfeccionar las instituciones de la Carta Política. Pero a diferencia de lo que sucedía antes, cuando la Constitución podía reformarse en unos días, hoy el Congreso Nacional tendrá que tomarse un año de reflexión. Sin embargo en casos urgentes, calificados por la mayoría de los diputados, en cualquier momento el Presidente de la República podrá convocar a una consulta popular para modificarla.

Difícilmente un Congreso Nacional hubiera realizado la reforma llevada a cabo por la Asamblea. Me equivoqué cuando dije que era innecesario convocar un órgano de esta naturaleza. No habrá diputado, actual o futuro, que renuncie a las facultades que le otorga la actual Constitución para destituir ministros, incrementar el gasto público, integrar órganos directivos de la Función Ejecutiva y, menos aún, que acepte delegar sus prerrogativas legislativas en una Comisión de Legislación y Codificación. Conviene recordar que un asunto de cuantía menor, la eliminación

de la renovación del Congreso al mediar el periodo presidencial, nunca se pudo aprobar.

VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN

El Alcalde León Febres-Cordero fue el primer ciudadano que propuso la convocatoria a una "asamblea constituyente" como la única solución a los problemas del país, idea que posteriormente fue compartida por el Presidente Rodrigo Borja y, años más tarde, en 1996, convertida en eje de la campaña presidencial de Freddy Ehlers y de sus seguidores: movimientos sociales y pueblos indígenas. En el acto por el cual el Congreso Nacional designó al sucesor de Abdalá Bucaram todos los partidos políticos, excepto el PRE, acordaron la convocatoria a una "asamblea constitucional". En la Consulta Popular convocada por el Presidente interino, una contundente mayoría de ciudadanos se pronunció por la convocatoria a una "asamblea nacional". Las elecciones convocadas para integrarla contaron con la amplia participación de candidatos de partidos políticos, agrupaciones independientes y de la sociedad civil. Laboró por cuatro meses, escuchó a los más diversos sectores de la vida nacional, superó los obstáculos que fueron puestos en su camino y cumplió el mandato que recibió de los ciudadanos.

A pesar de tan sólidos antecedentes políticos y jurídicos y del alto grado de participación democrática que acompañó al proceso, una reforma constitucional que en general es buena para el país y el sistema democrático corre el riesgo de quedar sin efecto, por las acciones concurrentes del Presidente interino y de directivos del Partido Social Cristiano (Febres-Cordero, Nebot y Moeller) orientadas a desconocer su legalidad por haber la Asamblea prorrogado sus labores en ocho días. Argumentan que estaba obligada a clausurarse el 30 de abril por así haberlo dispuesto el Congreso Nacional, llegando falsamente algunos de ellos a decir que tal fecha fue resuelta por el pueblo ecuatoriano en la Consulta Popular.

La resolución de la Asamblea de prorrogar sus labores hasta el 8 de mayo se sustentó en una modificación que hizo a la correspondiente disposición transitoria aprobada por el Congreso Nacional, de la misma manera que antes, con el voto unánime de los bloques socialcristiano y del FRA, sin observación alguna de sus dirigentes, reformó la disposición transitoria decimocuarta para establecer nuevas fechas para las elecciones presidenciales que acaban de realizarse, reforma que fue publicada en el Registro Oficial No 235 del 14 de enero de 1998. No fue esta la única modificación realizada por la Asamblea a las disposiciones transitorias aprobadas por el Congreso Nacional; además se declaró constituyente, redujo el período de los diputados nacionales y resolvió que su reforma constitucional se publique por partes y no en un texto completo como estaba previsto. Más absurda es la propuesta de que únicamente entren en vigencia las reformas constitucionales realizadas por la Asamblea hasta el 30 de abril, pues implica dejar sin efecto la totalidad de la reforma constitucional realizada por la Asamblea. En aquella fecha ninguna de las reformas realizadas puede considerarse aprobada, pues no

habían llenado el requisito de pasar por un tercer debate, que recién se cumplió entre el 3 y el 5 de junio en Riobamba.

La terquedad de quienes quieren impedir que la nueva Constitución entre en vigencia el próximo 10 de agosto, hace un grave daño al Ecuador. El país necesita enviar a la comunidad internacional y a los inversionistas claras señales de que ha recuperado estabilidad política y de que, por contar con un gobierno que se sustenta en la Constitución y en instituciones confiables, puede otorgarles la seguridad jurídica que el país no les ha dado en los últimos años. Siembra, además, un peligroso conflicto político que desgastará al próximo Presidente de la República -sobre todo si se le pide resolverlo a pesar de no estar facultado legalmente-, y le privará del sosiego que necesita para enfrentar las calamidades ocasionadas por El Niño, la caída de los precios del petróleo y la onerosa herencia que recibirá del interinazgo.

RUPTURA, LEGITIMACION Y ASAMBLEA CONSTITUYENTE EN EL ECUADOR

DR. HERNÁN SALGADO PESANTES ¹

SUMARIO: *Introducción. Hacia la destitución presidencial. La cesación del presidente de la República. El problema de la subrogación presidencial. En busca de la legitimación política y jurídica. La Asamblea Nacional Constituyente. Las virtudes de la “nueva” Constitución.*

INTRODUCCIÓN

La crisis que vivió el Ecuador luego de escasos seis meses de gobierno del abogado Abdalá Bucaram tuvo una magnitud tan grave en lo económico, social y político que rompió todo esquema de solución, pero sin acudir al golpe de Estado que prevaleció en épocas no muy lejanas. Igualmente graves y en extremo confusas fueron las consecuencias, en el orden jurídico y político, de la cesación del abogado Bucaram, por parte del Congreso Nacional, como presidente del país.

El análisis de estos hechos, privilegiando la óptica constitucional, me conduce a examinar la hipótesis de que en el Ecuador existió un estado de necesidad política que obligó a los actores a tomar medidas en colisión con los preceptos constitucionales, pero que –paradójicamente- debían salvaguardar el Estado de Derecho.

Por otra parte, no se puede olvidar que muchas veces los hechos desbordan a las normas jurídicas, particularmente a las contenidas en la Constitución; esto lleva a señalar que el Derecho no es la pura norma sino el resultado de la tensión entre la realidad y las normas. En ocasiones esa realidad excede en mucho a los preceptos jurídicos.

HACIA LA DESTITUCIÓN PRESIDENCIAL

Al agravarse la crisis política, que desencadenó el clamor popular del día 5 de febrero de 1997, el Congreso Nacional fue presionado a tomar una decisión que aleje del Poder al presidente Bucaram, el cual no podía ser otro que la destitución y el único medio jurídicamente válido para lograrlo, estaba dado por el denominado juicio político.

Igual que en la mayoría de los países de sistema presidencial, el ordenamiento constitucional ecuatoriano contempla la institución del denominado juicio político como mecanismo de control para el presidente y vicepresidente de la República, ministros de Estado, magistrados de la Corte Suprema, del Tribunal Constitucional y otros altos fun-

¹ Profesor titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la PUCE. Juez y actual Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

cionarios del Estado –taxativamente señalados-, cuyos nombramientos provienen de la Función Legislativa. Con excepción de los dos primeros mandatarios de la Nación, el enjuiciamiento político tenía lugar por “*infracciones cometidas en el desempeño de sus cargos*”.

Para el presidente y vicepresidente, en cambio, se buscaba limitar la responsabilidad política a tres causales, si bien no se logró esa finalidad por el contenido amplio y ambiguo de la tercera. La Constitución vigente en 1997 prescribía: “*El Presidente y el Vicepresidente de la República sólo podrán ser enjuiciados por traición a la Patria, cohecho o cualquier otra infracción que afectare gravemente al honor nacional*”².

Como se mencionó, el principal efecto del juicio político es la destitución en el caso de ser declarado responsable; la votación exigida para ello y tratándose del presidente de la Nación es de las dos terceras partes del total de los legisladores, por lo menos, según lo determina la Ley Orgánica de la Función Legislativa; esta Ley establece, además, los procedimientos que regulan al enjuiciamiento político, particularmente con respecto a los dos primeros mandatarios.

De lo expresado se desprende que para poner fin a la presidencia de Bucaram, el Congreso debía tomar el pausado camino del enjuiciamiento político para luego de cumplidos los trámites establecer su responsabilidad y una vez obtenidos los votos necesarios, destituirlo del cargo.

A no dudarlo, el conjunto de circunstancias que vivió el Ecuador en ese momento histórico no se acoplaban con estos procedimientos constitucionales. La realidad desbordaba el marco jurídico con consecuencias imprevisibles pero que ciertamente incidirían en la institucionalidad democrática, rompiéndola. Estos elementos desestabilizadores constituían un estado de necesidad política.

El procedimiento del enjuiciamiento político exigía tiempo y todo hacía prever la imposibilidad de conseguir –por este medio- la destitución del presidente Bucaram. Aunque se hubieran acelerado los trámites se necesitaban más de dos semanas e iba a tener una violenta oposición del grupo de diputados pertenecientes al partido de Bucaram (PRE), comandados por sus dos hermanos, también diputados; y, sobre todo, había que contar con las deleznablez maniobras que en los últimos años tomaron cuerpo en el Congreso ecuatoriano: la “compra” de diputados mediante elevadas sumas de dinero. La conducta de estos mercenarios de la política hacía incierto el resultado³.

En tales circunstancias y una vez que la suerte de Bucaram estaba echada, con el contubernio de no disimuladas ambiciones, el Congreso decidió no destituir al

² Art. 82, letra g), inciso 3 de la Constitución promulgada en 1979 y vigente en 1997.

³ En los seis meses de gobierno bucaramista la corrupción había invadido todas las áreas del quehacer público, estaba en su apogeo. Nunca antes el país vivió una situación semejante.

presidente de la República, sino cesarlo en su cargo: a la postre los resultados eran semejantes, pocos harían la diferencia. La norma constitucional relativa a la cesación del presidente y vacancia del cargo se presentaba de fácil aplicación debido a ciertas lagunas procedimentales que simplificarían el trámite.

LA CESACIÓN DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

El artículo 100 de la Constitución ecuatoriana, vigente en 1997, establecía los diversos casos en que un presidente de la República cesa en sus funciones y, en consecuencia, deja vacante el cargo. Tales casos preveían desde la terminación del período para el cual el presidente fue elegido o el de su muerte en ejercicio del cargo, hasta su renuncia que debe ser aceptada por el Congreso. También se contemplaba como forma de cesar en la presidencia: la destitución mediante juicio político o el abandono del cargo o "*Por incapacidad física o mental declarada por el Congreso Nacional*"⁴.

Algunas de estas disposiciones y especialmente la última debían estar reguladas, necesariamente, por la Ley Orgánica de la Función Legislativa, del mismo modo que lo está el juicio político para el presidente y demás funcionarios; sin embargo, en este punto había un gran vacío: carecía de regulación. Cabe señalar que en el Ecuador la legislación infraconstitucional es deficiente en regular importantes cuestiones establecidas en su Ley Suprema, además de que dicha legislación complementaria se expide con excesivo retardo.

En primer lugar, no han existido realmente las leyes orgánicas –con sus características básicas–, pues desde el punto de vista formal han sido similares a las leyes ordinarias⁵. Luego, como se dijo, la llamada Ley Orgánica de la Función Legislativa no establecía (y aún no lo hace) el procedimiento que el Congreso debe seguir para llegar a la conclusión de que el presidente de la República sufre de incapacidad física o mental.

En el caso Bucaram, el Congreso sacó provecho del vacío constitucional y legal para desplazar al presidente indeseable. Interpretó la norma y consideró suficiente que el mismo defenestrado se haya declarado, en reiteradas ocasiones, loco. En una sola sesión extraordinaria, convocada con este fin, el Congreso con una votación de mayoría absoluta (44 de 82 diputados) cesó al presidente atribuyéndole incapacidad mental, al mismo tiempo que –con una nueva y curiosa interpretación– designaba al presidente del Congreso como subrogante para llenar la vacante presidencial⁶.

⁴ Literal d) del Art. 100 de la Constitución en vigor a la fecha (actual Art. 167 modificado).

⁵ Entre las reformas constitucionales realizadas por la Asamblea Constituyente estuvo la de configurar a las leyes orgánicas, precisando su jerarquía, contenido y procedimiento.

⁶ Esta actuación del Congreso no lograría terminar con la crisis, daría lugar a que surjan tres presidentes: Bucaram que no aceptaba por inconstitucional la decisión; la vicepresidenta Rosalía Arteaga que se autoproclamó sucesora por derecho propio; y Fabián Alarcón que cambiaría la presidencia del Congreso por la de la República. Fue necesaria la intervención de las Fuerzas Armadas para encontrar una salida política con visos de legalidad.

Como críticas al hecho de la cesación quedarán las de que en ese procedimiento sumárisimo no se aportaron pruebas que fundamentaran la incapacidad alegada ni se garantizó a Bucaram el derecho de defensa, aunque sus diputados partidarios y sus propios hermanos hayan esgrimido toda clase de argumentos; que la decisión fue tomada con una votación incompatible con la función presidencial, que debía haber sido la misma que se establece para el juicio político, es decir, el voto favorable de los dos tercios del total de legisladores, por lo menos.

Más allá de cualquier formalismo jurídico, en ese momento era una necesidad vital para el país la salida de Bucaram, de ello dependía la paz social, el orden e incluso la recuperación de la dignidad nacional que se consideró pisoteada por el líder y sus secuaces. En resumen, había que mantener la democracia aunque sea formal. Y, frente a la magnitud del rechazo popular la legitimidad del gobernante ya no tenía sustento.

Todo este panorama, tenso y pleno de contradicciones, conformaba el estado de necesidad política.

EL PROBLEMA DE LA SUBROGACIÓN PRESIDENCIAL

Una vez cesado Bucaram la subrogación presidencial debía operar casi automáticamente en base a lo establecido por la Constitución y a falta de norma expresa por lo que la costumbre y las prácticas políticas habían consagrado en el país. Pero en este punto surgió un nuevo problema, atentatorio a la institucionalidad jurídica del Estado.

El sistema presidencial ecuatoriano, con algunas excepciones, se ha estructurado con un vicepresidente de la República que, aparte de la subrogación, carece de funciones específicas, a diferencia del sistema estadounidense que confiere al vicepresidente la presidencia del senado; lo cual constituye, en mi criterio, una interferencia de un poder en otro⁷.

Es indiscutible que la función inherente al cargo vicepresidencial es la de subrogar temporal o definitivamente al primer mandatario. En el constitucionalismo ecuatoriano del siglo pasado en caso de falta definitiva del presidente la subrogación tenía un carácter transitorio, pues el vicepresidente (o, en su defecto, el encargado del poder) debía convocar a elecciones presidenciales si el tiempo que faltaba para completar el período era mayor de un año⁸.

⁷ Sólo la Constitución ecuatoriana de 1946 recogió el modelo norteamericano y el vicepresidente presidió al senado y también al Congreso. No han faltado quienes creen que este papel del segundo mandatario sería positivo para las buenas relaciones del Ejecutivo con el Legislativo, para evitar pugnas; aspecto que pongo en tela de duda debido a la idiosincracia política nacional.

⁸ Este procedimiento se mantuvo también en nuestro siglo hasta la efímera Constitución de 1945, aunque se había eliminado la vicepresidencia y correspondía al ministro del interior subrogar al presidente. Al respecto cabe una digresión: si el vicepresidente no tiene funciones específicas, si incluso la subrogación se vuelve temporal y puede encargársele a cualquier otro, si este cargo es fuente de temor y de pugnas para el presidente, podemos concluir que la vicepresidencia no ha sido ni es una institución necesaria en el Ecuador. Su utilidad se reduce a formar un binomio que patentice la alianza electoral entre sierra y costa, para lo cual tampoco es indispensable.

En la Constitución ecuatoriana de 1978-79 se estableció el orden de subrogación a partir del vicepresidente y se dispuso:

“En caso de falta temporal o definitiva del Presidente de la República le subrogará:

- a) El Vicepresidente de la República;*
- b) El Presidente del Congreso Nacional; o,*
- c) El Presidente de la Corte Suprema de Justicia.”*

Este precepto sufrió una seria alteración en el transcurso de las reformas constitucionales que iniciadas en el año de 1994 concluyeron en el año siguiente; cuando se publicaron las reformas de los denominados segundo y tercer bloque, el 16 de enero de 1996 (Registro Oficial N° 863), apareció una nueva disposición que se refería tan sólo al caso de la subrogación temporal, omitiendo la definitiva.

Ocurre que cuando se prepararon las reformas constitucionales, en este punto, se consideró más adecuado diferenciar las dos clases de subrogación presidencial, dando a la temporal un trato más simple y con un orden diferente del que correspondía a la definitiva, para ésta debía mantenerse el antiguo precepto del Art. 77, en cambio la nueva disposición diría:

“En caso de falta temporal del Presidente de la República lo reemplazarán en su orden:

- a) El Vicepresidente de la República;*
- b) El Ministro de Gobierno; o,*
- c) El Ministro de Estado designado por el Presidente de la República.”*⁹

Además de que se agregaba que cuando el presidente, en ejercicio de sus funciones, se ausente del país, este hecho no se considerará falta temporal; aclaración que era necesaria para terminar con una vieja práctica política mantenida en el país¹⁰.

Luego de la publicación, al notarse que las reformas omitían la norma sobre la subrogación definitiva, el presidente del Congreso señaló que este error sería corregido; sin embargo, la tercera codificación de la Constitución realizada el 18 de junio de 1996 (Registro Oficial N° 969) mantuvo dicha omisión; para entonces habían concluido las elecciones presidenciales que dieron el triunfo al abogado Bucaram en la segunda vuel-

⁹ Art. 77 de la Constitución codificada el 5 de mayo de 1993 y publicada en el Registro Oficial N° 183. En las dos Constituciones anteriores (de 1946 y de 1967) por existir un Congreso bicameral el orden de subrogación fue diferente, pero se iniciaba, asimismo, con el vicepresidente.

¹⁰ Estas ideas, con algunas variantes, se han mantenido en la actual Constitución reformada y codificada por la Asamblea Nacional Constituyente.

¹¹ Art. 101 de la Constitución en su tercera codificación. También se agregó –en estas reformas– que “El Vicepresidente ejercerá las funciones que le asigne el Presidente de la República.” (Art. 107)

ta electoral y los diputados electos de su partido propusieron –a partir de su posesión en el mes de agosto/96- un nuevo orden de subrogación definitiva que excluía al vicepresidente, lo cual iba con dedicatoria a la compañera del binomio, la Sra. Rosalía Arteaga¹². Semejante iniciativa no prosperó.

Esta era la situación jurídico-política existente cuando el Congreso Nacional cesó al presidente Bucaram por incapacidad mental y dificultó la subrogación automática del vicepresidente. Mucho se ha discutido si la referida omisión constituía o no una derogatoria tácita de la disposición pertinente. Analizando las actas del Congreso se estableció que el error estuvo en su secretaría al momento de copiar el texto y enviarlo al ejecutivo, para su respectiva sanción, promulgación y publicación; después, en la presidencia de la República no se dieron cuenta de la omisión. Si en un primer momento podría asegurarse que no hubo intencionalidad alguna, muy diferente fue después.

En realidad, este problema más que jurídico era esencialmente político, pues el Congreso al no encontrar en la Constitución la norma específica para el caso, sin mayor esfuerzo, debía aplicar la práctica reiterada de que ante la falta definitiva del titular del ejecutivo corresponde al vicepresidente reemplazarlo. Esta práctica estuvo presente en el constitucionalismo del siglo pasado –con la variante señalada- y del actual, y la mantuvo la Constitución vigente.

Diversas razones políticas llevaron al Congreso a nombrar a su titular –presidente del legislativo- como reemplazo de Bucaram y a dejar de lado la opción vicepresidencial, lo cual violentaba la tradición constitucional ecuatoriana. Esta ruptura de la regularidad jurídica constitucional quedó en evidencia cuando hubo que dar al nuevo presidente de la República la designación de “interino”, categoría inexistente en la Constitución que regía al Ecuador.

Y, otra consecuencia posterior de este hecho será la decisión del Congreso mediante la cual dispone que el período constitucional de la señora vicepresidenta debía concluir en la misma fecha que se estableció para el presidente “interino” (10 de agosto de 1998), lo que significaba acortar el período en dos años. ¿Puede el Congreso reducir la duración de funciones que fueron obtenidas mediante sufragio popular, de acuerdo con la Constitución y la ley? Personalmente creo que no. Para acortar el período de un mandato popular tendría que recurrirse a la misma fuente que lo generó, lo que hacía indispensable una consulta popular¹³.

12 Desde el primer momento los bucaramistas trataron de aislar a la señora vicepresidenta, seguramente para no tener que compartir el poder con ella y sus partidarios; luego, en corto tiempo, la pugna sería frontal. Paradójicamente, la señora Arteaga fue factor esencial para conseguir los votos de la región de la sierra en favor de Bucaram y por este hecho, también, sería vituperada después de la caída de Bucaram.

13 Y lo criticable es que hubo una consulta popular y no se incluyó esta pregunta, podría decirse que en ese momento todavía no se pensaba en acortar el período, pero sí existía un cuestionamiento a la vicepresidencia y era la ocasión de definir –mediante la respuesta ciudadana- si continuaba o concluía sus funciones. Hay que reconocer mérito a la señora vicepresidenta cuando para salir de la crisis y luego cuando se le encargó la presidencia –por tres días- decidió convocar a consulta popular para definir la transición; si su popularidad estaba vinculada a la de Bucaram –como se pensaba- era fácil predecir su caída.

El argumento jurídico invocado por el Congreso fue de que la Constitución establecía que "*Habrá un Vicepresidente de la República elegido simultáneamente con el Presidente...*" (Art. 105), en consecuencia sería contrario a la norma constitucional el hecho de que el mandato vicepresidencial concluya en el año 2000, pues no se podría elegir simultáneamente a los dos primeros mandatarios. Esta curiosa "interpretación" no es sino una de las consecuencias no jurídicas de las decisiones adoptadas por el Congreso a raíz de la cesación de Bucaram¹⁴.

¿Todas estas situaciones –me interrogo– podrán, también, ampararse y ser explicadas con la doctrina del estado de necesidad política? Realmente creo que no sería posible, salvo aquella que llevó a la forzada cesación del presidente Bucaram invocando una dudosa causal y creando un procedimiento *ad hoc*¹⁵.

EN BUSCA DE LA LEGITIMACIÓN POLÍTICA Y JURÍDICA

Desde los inicios de la crisis había surgido la idea de que el país se pronuncie sobre la cesación de Bucaram mediante una consulta popular. Este instrumento restauraría la legitimidad política y jurídica, más aún si quedaban escrúpulos legales sobre todo lo actuado. Algunos pensaban, además, que era necesaria una asamblea constituyente.

Para realizar una consulta popular no había mayores complicaciones –salvo la económica–, pues la Constitución establecía este mecanismo democrático y ya fue puesto en práctica por tres ocasiones¹⁶. En cambio, la asamblea constituyente no estaba prevista, pues, como es generalmente aceptado, corresponde al Congreso realizar las reformas que se consideren necesarias a la Carta Política del Estado.

Después de tres meses de superada la crisis, el nuevo gobierno decidió convocar a una consulta popular que debía ratificar la cesación de Bucaram y, aprovechando la coyuntura, debía también ratificar la designación del presidente "interino". Además, se elaboraron otras preguntas. Esta consulta reunió en total catorce preguntas muchas de las cuales se referían a cuestiones desconocidas para el ciudadano común o de difícil pronunciamiento dada la complejidad del asunto¹⁷.

14 Cuando partidarios de la señora vicepresidenta interpusieron una acción de inconstitucionalidad, por esta decisión, ante el Tribunal Constitucional, éste desechó la demanda dando razón a lo actuado por el Congreso.

15 En el editorial de una popular revista se decía: "Legalmente, Bucaram fue destituido en forma indebida pero su mandato ya no era legítimo. Rosalía cosechó la siembra de haber subido al poder de la mano de Bucaram, y Alarcón es el resultado de un trabajo de salvamento hecho por carpinteros y no cirujanos." (Vistazo, N° 708 de feb. 20 197).

16 Incluso la misma Constitución en vigor fue aprobada en consulta popular de referéndum el 15 de enero de 1978, aunque su vigencia –por razones políticas– fue postergada para el 10 de agosto de 1979. Personalmente creo que la Constitución ha hecho bien en dar esta denominación a todo procedimiento que busca recoger la decisión popular, es una expresión genérica, mientras que el referéndum y el plebiscito –cuya diferencia si se la quiere establecer habría que tomarla de la doctrina francesa– son especies de consulta, al igual que la revocatoria del mandato y otras modalidades existentes.

17 Ejemplos de difícil resolución fueron las preguntas sobre la conformación del Tribunal Supremo Electoral, la designación de los titulares de los "Organismos de Control" y sobre la Función Judicial, en donde se comenzaba preguntando si "¿Considera usted necesario modernizar la Función Judicial..." para luego intercalar allí mismo dos preguntas más. En este último caso, felizmente se dio una solución aceptable después de múltiples confusiones.

Me referiré particularmente a la pregunta relativa al Consejo de la Judicatura, institución que era desconocida para casi todos los ecuatorianos no obstante que ya constaba en la Constitución a raíz de las reformas de 1992. La norma constitucional, vigente al momento de la consulta, establecía que el Consejo de la Judicatura era un órgano de la Función Judicial, tanto como la Corte Suprema de Justicia, es decir con igual rango jerárquico; además, era un órgano administrativo y **de gobierno**. La consulta popular –en este punto– alteró esta concepción y contrariamente a lo dispuesto por la Constitución preguntó:

¿Está usted de acuerdo que el Consejo de la Judicatura que establece la Constitución Política cumpla funciones administrativas y que sus miembros sean designados por la Corte Suprema de Justicia?

En mi criterio esta pregunta era inconstitucional, además de que no debía constar en una consulta popular por razones de inconveniencia, basada en el poco conocimiento que se tenía de dicha institución de carácter técnico-jurídico. Al respecto, vale reflexionar sobre dos cuestiones: el riesgo latente de la manipulación política y la necesidad de un control previo sobre una consulta popular.

Sobre lo primero, constantemente los tratadistas han alertado sobre el peligro de diluir el contenido democrático de las consultas, éstas pueden ser utilizadas en beneficio de los intereses del gobernante de turno. Cuando se reconocen diferencias entre plebiscito y referéndum, se dice, que aquél se presta a una mayor manipulación que éste¹⁸.

Muchos países, como Francia, han establecido un control previo que puede estar a cargo de los órganos de control constitucional, de este modo la consulta popular estará enmarcada en los preceptos de la Ley Superior e incluso podrá examinarse su conveniencia y su oportunidad.

En resumen, esta consulta popular ratificó –con un elevado porcentaje– la cesación del ex-presidente Bucaram y, también, –con menor porcentaje– ratificó al presidente “interino”. Con este resultado el país buscaba legitimar el orden institucional existente, dejar atrás la crisis y hacer realidad los cambios políticos que aparentemente ofrecían las demás preguntas, que también fueron aceptadas.

Sin embargo, hay que señalar que el número de preguntas fue excesivo para un acto de esta naturaleza, que en muchas de ellas se evidenció una manipulación política y que, en los meses posteriores, la consulta popular generó nueva confusión institucional en el país¹⁹.

¹⁸ Como se sabe, el referéndum se caracteriza por ser una consulta sobre un texto de ley, debidamente redactado; lo que le da un carácter más definido. Mientras que en el plebiscito, al carecer de dicho texto, la pregunta puede ser deformada e interpretada de mil maneras; o, también, depende de la habilidad para revestir la intencionalidad política de la pregunta. Latinoamérica conoce de estos “plebiscitos”.

¹⁹ Los medios de comunicación social, los analistas y, en general, la ciudadanía han coincidido en señalar esta confusión política que crea zozobra y desata la violencia. Se diría que el país, después del colapso que significó el gobierno bucaramista, no recuperó la paz social y política. Esta situación se vio agravada por una aguda crisis financiera y por los trastornos climáticos de la Corriente del Niño que dejó cuantiosas pérdidas. En este contexto se desarrolló la Asamblea Nacional Constituyente y, naturalmente, la confrontación de ideas políticas –sumada a los intereses de grupo– ahondará la confusión institucional.

LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

La tercera pregunta de la consulta popular se refería a convocar a una “*Asamblea Nacional con el exclusivo propósito de que reforme la Constitución...*”

La denominación de nacional y no de constituyente causó polémica y dio lugar a intensos debates, quizá en el fondo la intención era de organizar un ente muy limitado en sus atribuciones y por eso mismo se enfatizaba sobre cuál sería su papel “exclusivo”. No era extraño el temor de que se dieran enfrentamientos de la Asamblea con los otros poderes del Estado, lo que a la postre ocurrió.

No faltaron quienes pensaron que sólo una constituyente podría traer un cambio profundo en el Estado, olvidando que las leyes por sí solas no transforman a la sociedad. También hubo ingenuos que hablaron de “refundar” el Estado.

A los diez meses de la cesación de Bucaram y a los siete de realizada la consulta popular, los ciudadanos ecuatorianos fueron convocados a elegir a 70 asambleístas, que según una norma transitoria insertada en la Constitución debían instalarse el 20 de diciembre de 1997 –lo que así sucedió– y concluir sus labores el 30 de abril de 1998. Existía cierta prisa por que la Asamblea cumpla su cometido debido a la proximidad de las elecciones presidenciales y legislativas señaladas para el 31 de mayo/98 y cuarenta y cinco días después podría convocarse, si hubiera necesidad, a la segunda vuelta electoral.

Dadas las circunstancias políticas y otras, la Asamblea se convertía en un factor más de inestabilidad, no era el momento adecuado para que actúe. Y, más aún, la reforma constitucional que debía realizar la Asamblea estaría marcada o influenciada, de modo casi inexorable, por el período electoral que se avecinaba para designar a los dos primeros mandatarios de la República, a todos los diputados y efectuar la renovación parcial de los órganos seccionales²⁰.

Las reformas a la Constitución o la mal llamada “Constitución nueva”, fruto del trabajo de la Asamblea Nacional Constituyente, comienzan a ser analizadas. En mi criterio y de un modo general hay que considerar dichas reformas como positivas, no obstante las deficiencias de que puedan adolecer.

LAS VIRTUDES DE LA “NUEVA” CONSTITUCIÓN

En primer lugar, no sería adecuado hablar de una “nueva” Constitución por dos razones: 1) la consulta popular –fuente del mandato soberano– preguntó si se quería una

²⁰ El primer acto de la Asamblea Nacional fue reivindicar su carácter de Asamblea Constituyente. Su trabajo tuvo algunos tropiezos, en sus actuaciones estuvo presente la influencia de los partidos políticos y los cálculos políticos coyunturales; alrededor de los dos tercios de los setenta asambleístas estaban postulándose como candidatos para las elecciones legislativas inmediatas del 31 de mayo de 1998.

Asamblea Nacional con el exclusivo propósito de reformar la Carta Política vigente; y 2) los asambleístas, para realizar el mandato popular, tomaron el texto constitucional existente y fueron insertando las reformas sin mayor alteración del contenido básico y del esquema normativo establecidos en la Constitución de 1978-79.

Hablar de una “nueva” Constitución significaría hablar de un plagio, lo que no honraría a la Asamblea. Y los mismos asambleístas en la Disposición final señalan claramente: *“La presente Constitución codificada, ... que contiene reformas y textos no reformados de la actual, ...”*²¹

En cuanto a los aspectos positivos que lograron las reformas vale destacar los siguientes (aunque el análisis será sucinto y parcial):

- Los derechos colectivos de los pueblos indígenas que se extienden también a los pueblos negros. La inclusión de estos derechos en la Ley Fundamental constituye un importante progreso nacional y su contenido es mayor al de las Constituciones de Brasil (de 1988), de Colombia (de 1991) e incluso de Paraguay (de 1992) que tiene la primacía en esta materia²².

Se han incluido y desarrollado los derechos a la salud, de los grupos vulnerables, los del consumidor y se ha tratado con mayor amplitud los del medio ambiente, entre otros. Se establecen los deberes ciudadanos aunque de la normativa jurídica se pasa al ámbito de la moral.

- Se logra configurar las reglas básicas para la revocatoria del mandato y se sistematizan las normas sobre la función pública.

- En la Función Legislativa vale señalar como positivo la uniformidad que se ha dado al sistema unicameral, eliminando las dos clases de diputados (nacionales y provinciales) lo cual resultaba incongruente si las atribuciones eran iguales; sin embargo, es negativo que se haya elevado el número de diputados al disminuir la base poblacional de las provincias (*“...uno más por cada doscientos mil habitantes o fracción que pase de ciento cincuenta mil.”* Art. 126). Este aumento de legisladores no será beneficioso para el país dada nuestra idiosincrasia política e implica un significativo incremento del presupuesto del Congreso, en estos momentos en que debe primar la austeridad en el gasto público. Lo mejor del sistema unicameral ecuatoriano –inagurado en 1979- fue el

²¹ Lo que podría dar lugar a una confusión es cuando a continuación se dice: *“...fecha en la cual quedará derogada la Constitución vigente”, pero esta expresión hay que tomarla en el sentido de que la codificación anterior ya no rige sino esta nueva codificación, lo cual desde luego no era necesario señalar; sin duda, fue la circunstancia política que llevó a los asambleístas a ciertas imprecisiones. En mi criterio, la actual Constitución ecuatoriana sigue siendo la de 1978-79, reformada y codificada por la Asamblea Nacional Constituyente.*

²² Las demás constituciones latinoamericanas de países que tienen población indígena, especialmente las andinas, de México y Guatemala, aún no desarrollan estos derechos. Actualmente en la OEA se estudia una declaración a nivel interamericano.

número de legisladores que estaba en armonía con las necesidades reales del Ecuador.

- La conformación de bloques legislativos ha sido útil en España y puede serlo también entre nosotros; también es positivo que se determine, de algún modo, las responsabilidades de los diputados, ojalá el Código de Ética tenga eficacia jurídica;

- Tanto a la inmunidad parlamentaria como al juicio político se les ha dado mayor precisión; respecto de este último, el que la solicitud de enjuiciamiento lo pida, al menos, la cuarta parte de los diputados del Congreso le concede seriedad al procedimiento. En cuanto a la situación de los ministros de Estado de no ser destituidos, salvo decisión del primer mandatario, es una solución acorde con el régimen presidencial, es de esperar que la práctica confirme a esta regla como mejor que la que hemos tenido.

- En el ámbito legislativo se ha determinado el marco legal indispensable, es decir, se indica cuáles son las materias que deben ser reguladas por una ley. Se busca caracterizar a las leyes orgánicas por su jerarquía, contenido y votación especial para diferenciarlas de las leyes ordinarias; aquellas son útiles para complemento de la normativa constitucional —que no puede entrar en detalles— y que en nuestro país sólo han existido de nombre.

- En la Función Ejecutiva se simplifica la segunda vuelta electoral para la elección de los dos primeros mandatarios, no será necesaria cuando el binomio que está en primer lugar alcanzó más del cuarenta por ciento de los votos válidos y obtuvo una diferencia porcentual mayor de diez puntos sobre el inmediato seguidor. Quizás podría esbozar una breve crítica sobre tres aspectos:

a) en caso de faltar tanto el presidente como el vicepresidente de la República se establece que el Congreso elegirá al primer mandatario que durará hasta terminar el respectivo período presidencial. Esta solución no es adecuada, ya vimos como la Legislatura designó al último presidente “interino”; una solución muy democrática —en estos casos muy especiales— es llamar a elecciones generales e iniciar un nuevo período presidencial fundado directamente en la voluntad popular.

b) La Asamblea omitió corregir un grave vacío que la Constitución ha mantenido desde las reformas de 1992 al establecer que el presidente cesa en sus funciones y deja vacante el cargo —entre otras causas— por **abandono** del cargo; pero ¿qué debe entenderse por abandono? Esto no se ha determinado hasta ahora, luego de que las citadas reformas eliminaron las anteriores causales de abandono, y queda, en consecuencia, al criterio subjetivo de los legisladores señalar en que caso hay abandono del cargo. En Derecho Constitucional se llama “norma abierta” a aquellas que no concretaron y explicitaron su sentido y alcance; es como dar un cheque firmado “en blanco”.

c) Anteriormente, el presidente de la República tenía entre sus facultades ordinarias la de “Disponer el empleo de la Fuerza Pública, a través de los organismos correspon-

dientes, cuando la seguridad y el servicio público lo demandaren"²³. Con fundamento en este precepto constitucional podía el primer mandatario ordenar que las Fuerzas Armadas colaboren –junto a la Policía- en la lucha contra la delincuencia o en la requisa de armas o para resguardar lugares públicos. Ahora esta facultad está dentro de las señaladas para el estado de emergencia, por lo tanto tendría que declarar previamente la emergencia, lo cual resulta inconveniente en detrimento de la seguridad y protección ciudadanas. Hay que tener presente las limitaciones que, por diversas razones, tiene la institución policial.

Existen otras reformas de importancia en las demás instituciones y organismos del Estado y hay también aspectos que pueden ser discutibles. Los análisis que irán saliendo a la luz se encargarán de señalar las virtudes y los defectos de la Constitución reformada y codificada por la Asamblea Nacional Constituyente, en vigor a partir del 10 de agosto de 1998.

Para concluir, vale insistir en que la Ley Superior no debe ser un simple texto inanimado –letra muerta- lo esencial es que sus normas tengan efectividad jurídica, es decir, que se apliquen y se cumplan por todos –gobernantes y gobernados-, en cada momento y en cualquier lugar.

23 *Literal k) del Art. 103 de la 3ra. Codificación de la Constitución, R.O. 969 del 18 de junio de 1996.*

LA CIUDADANIA EN LA NUEVA CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR: UNA PERSPECTIVA DESDE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES.

DR. FARITH SIMON CAMPAÑA¹

Sumario: A manera de introducción. Las principales críticas. La ciudadanía un concepto “convencional”. La ciudadanía en la nueva Constitución. La ciudadanía política. La ciudadanía civil. La ciudadanía social. Nacionalidad y ciudadanía. A manera de conclusión.

A MANERA DE INTRODUCCIÓN

Al margen de las discrepancias existentes sobre el contenido de la nueva Constitución en ámbitos como el de la gobernabilidad, el manejo económico o la descentralización, para citar algunos ejemplos, entre los diferentes sectores sociales existe la convicción de que el aspecto que mayores avances presenta es la relativa a los derechos de las personas. Es posible que algunos de los derechos pudieran haber sido mejor tratados, sin embargo nadie puede negar su importancia y trascendencia.

Algunos de los aspectos a resaltar, de manera general, en la nueva Constitución sobre los derechos humanos son:

- a) Una ampliación del “catálogo” de derechos considerados en el texto constitucional, así por ejemplo se ha incorporado el derecho que tienen todas las personas “a tomar decisiones libres y responsables sobre su vida sexual”;
- b) Se han incorporado a la Constitución los derechos colectivos, de esta manera se consideran todas las generaciones de derechos, así los derechos civiles y políticos; los económicos sociales y culturales; y, los derechos colectivos;
- c) Se modifica el tratamiento de los derechos civiles, especialmente se desvincula al concepto ciudadanía del goce de los derechos políticos, de esta manera se reconoce la ciudadanía universal;
- d) Se da un mejor tratamiento a los derechos específicos de ciertos grupos de personas, por ejemplo los derechos de la niñez y adolescencia, tercera edad, discapacitados, mujeres, etc.; y,

¹ Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Profesor de la Cátedra de Menores de la Facultad de Derecho de la PUCE.

e) Se mejoran las garantías a los derechos, el hábeas corpus, el hábeas data, la figura de la Defensoría del Pueblo, y particularmente el amparo.

De los aspectos brevemente señalados nos limitaremos a revisar lo relativo a la reforma del concepto de ciudadanía, ya que este es uno de los temas que más confusión y resistencia ha generado en algunos sectores del mundo jurídico.

Es necesario aclarar que este es un trabajo preliminar y que por lo tanto muchas de las ideas aquí expresadas deberán ser profundizadas y ampliadas en el futuro.

LAS PRINCIPALES CRÍTICAS

Algunas de las críticas escuchadas podrían ser interpretadas como producto de un desconocimiento de la reforma, un ejemplo de esta clase se corresponden aquellas hechas supuestamente por el “absurdo de que los recién nacidos voten”, otro grupo de críticos se situarían en lo que se podría llamar “conservadurismo jurídico”, es decir aquellos que rechazan la reforma por considerar que esta significa la “alteración de un concepto jurídico vigente por mucho tiempo”, finalmente, el tercer grupo de detractores se alinean alrededor de considerar que la reforma podría generar confusiones en su aplicación, en cuanto a la nacionalidad y la ciudadanía.

Es evidente que ninguna de las posiciones se encuentran en un estado “puro”, entre ellas se alimentan y se fortalecen, sin embargo por medio de esta suerte de clasificación, lo que se pretende señalar son los argumentos centrales utilizados para rechazar la “universalización” de la ciudadanía para los ecuatorianos.

LA CIUDADANÍA UN CONCEPTO “CONVENCIONAL”

En ningún caso se podría afirmar que la ciudadanía es un concepto único e inmutable, al contrario la ciudadanía al ser un concepto jurídico es esencialmente “convencional”, es decir “no hay una definición verdadera y una falsa, sino, cuando más solo una definición más o menos oportuna”² producto del “acuerdo” sobre el concepto en un momento determinado.

El análisis del concepto ciudadanía se puede trabajar desde diversos enfoques. Existe una perspectiva histórica, que permite “analizar como se ha formado la ciudadanía y como surgen los individuos o las personas con derechos”³; desde esta óptica se podría mirar cómo en el transcurso de la historia se han ido restando requisitos para el ejercicio de la ciudadanía y cómo se han ido incorporando diferentes dimensiones a la mis-

² Norberto Bobbio. *“Teoría General del Derecho”*. Segunda Edición. Editorial Temis. Bogotá. 1994.

³ Virginia Vargas Valente. *La ciudadanía de las mujeres*. Mimeo. sff.

ma. Otra perspectiva de interpretación es la estructural, que enfoca las características de la ciudadanía, por ejemplo, cómo es, qué condiciones se plantean para su ejercicio. Finalmente existe una tercera vertiente, que utilizando la dos anteriores, nos permite observar cómo se ha ido construyendo la ciudadanía en diferentes países, regiones, etc.; ésta es la perspectiva comparada.³

En la actualidad si se revisa cualquier diccionario jurídico se podrá ver que a la ciudadanía se la define como "el nexo jurídico que tienen las personas con un Estado"⁴, ese "nexo" puede tener diferentes dimensiones e implicaciones.

Para Jellinek⁵ "...el miembro del Estado goza de un status en el que es soberano, una esfera exenta del poderío estatal, negadora del *imperium*. Es la esfera de la libertad individual, del status negativo o *status libertatis*, en la que los fines estrictamente individuales encuentran satisfacción en la libre actividad del individuo...el Estado, en cumplimiento de sus fines, reconoce a los individuos la capacidad jurídica de reclamar para sí el poder estatal, de utilizar las instituciones políticas; les reconoce, pues, exigencias positivas, un status positivo un *status civitatis*, que es la base de todas las prestaciones estatales en interés individual. Cuando el Estado reconoce al individuo la capacidad de obrar a favor de aquél, lo sitúa en una esfera más elevada de la ciudadanía, más calificada, más activa. Es el *status activo*, el status de la ciudadanía activa, en el que se encuentra todo aquel que es **titular de derechos políticos** en sentido estricto".

Los derechos políticos son una dimensión de la ciudadanía (*status activo*), además podríamos encontrar la dimensión relativa al ejercicio de la libertad individual (*status libertatis*) y la relativa a la posibilidad de realizar demandas al Estado para la satisfacción de sus necesidades (*status civitatis*).

Al respecto Alessandro Barratta considera que "La ciudadanía es el estado jurídico de plena participación en la comunidad estatal y en los entes políticos territoriales. En su forma integral ella presupone la vigencia, de derecho y de hecho, de principios y normas constitucionales propias del estado social y democrático de derecho, y la titularidad de todos los derechos fundamentales que caracterizan esta forma de Estado, incluyendo aquellos políticos y de participación política. Por otro lado... el pleno ejercicio de esos derechos tiene como condición el ejercicio de todos los otros derechos fundamentales, de los derechos civiles y de la libertad y de los derechos económicos, sociales y culturales. La ciudadanía no es idéntica a la democracia, pero no puede existir ciudadanía sin democracia, y no puede existir democracia sin ciudadanía..."⁶.

3 Virginia Vargas Valente, *La ciudadanía de las mujeres*, Mimeo, s/f.

4 Martínez, Ponce y Simon, *La nueva Constitución y los niños*, Inédito, 1998.

5 Cabanelas, *Diccionario de Derecho Usual*, 1984.

6 Citado por Aurelio García en *Ciencia del Estado*, Cuarta edición revisada y aumentada, Tom. I, Editorial de la Casa de la Cultura Ecuatoriana, Quito, 1978.

7 Alessandro Baratta, *Infancia y democracia*, En *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Editorial Depalma y Temis, Bogotá, 1998.

La anterior Constitución establecía que "Son ciudadanos los ecuatorianos mayores de dieciocho años", quienes "gozan del derecho de elegir y ser elegidos; de presentar proyectos de Ley al Congreso Nacional; de ser consultados en los casos previstos en la Constitución; de fiscalizar los actos del Poder Público; y de desempeñar empleos y funciones públicas, en las condiciones determinadas por la Ley", es decir contenía una visión restrictiva del concepto de ciudadanía, que únicamente consideraba la dimensión política del mismo.

LA CIUDADANÍA EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN

El artículo 6 de la Constitución actual establece que "Todos los ecuatorianos son ciudadanos y, como tales, gozan de los derechos establecidos en esta Constitución, que se ejercerán en los casos y con los requisitos que determine la ley".

El nuevo texto constitucional reconoce la existencia de diversas dimensiones de la ciudadanía, ya que considera que todos "los ecuatorianos son ciudadanos" sin más condiciones. se añade que todos "gozan" de los derechos establecidos en la Constitución y las leyes, pero el "ejercicio" de los mismos dependen de los "requisitos" que se determinen para cada caso.

Para algunos autores el reconocimiento de la ciudadanía universal implica la aceptación de que en nuestro país se han reconocido que la ciudadanía tiene tres dimensiones: la política, la civil y la social.

LA CIUDADANÍA POLÍTICA

Tradicionalmente el concepto ciudadanía ha estado ligado al ejercicio de los derechos políticos como el de elegir y ser elegido para cargos públicos, es decir, se ha considerado únicamente la dimensión política, y reduciéndola a su alcance más restringido, es decir al ejercicio del sufragio. Generalmente esta concepción política de la ciudadanía ha sido excluyente, de las mujeres, de los pobres, de los indios y negros, de los analfabetos, etc. Y al momento a quedado un único criterio de exclusión, la edad.

En el artículo 26 de la Constitución vigente se establece que "Los ciudadanos ecuatorianos gozarán del derecho de elegir y ser elegidos, de presentar proyectos de ley al Congreso Nacional, de ser consultados en los casos previstos en la Constitución, de fiscalizar los actos de los órganos del poder público, de revocar el mandato que confieran a los dignatarios de elección popular, y de desempeñar empleos y funciones públicas. Estos derechos se ejercerán en los casos y con los requisitos que señalen la Constitu-

⁸ La otra referencia explícita a la ciudadanía en la nueva Constitución es la contenida en la disposición transitoria primera la cual señala que "Cuando las leyes o convenciones internacionales vigentes se refieran a 'nacionalidad', se leerá 'ciudadanía', y cuando las leyes se refieran a 'derechos de ciudadanía', se leerá 'derechos políticos'".

ción y la ley.”

En función de este artículo podemos ver que la Constitución para cada uno de los derechos políticos establece requisitos, así para el derecho al voto el artículo 27 de la Constitución determina que “tendrán derecho a voto los ecuatorianos que hayan cumplido los dieciocho años de edad y se hallen en goce de los derechos políticos”; en este sentido también la consulta popular puede ser solicitada por los ciudadanos que gocen de los derechos políticos (artículos 103 a 108 de la Constitución) y para la revocatoria del mandato se establece que “participan obligatoriamente todos los ciudadanos que gocen de los derechos políticos” (art. 112 Constitución), y a manera de ejemplo citaremos los requisitos para ser diputado “...ser ecuatoriano por nacimiento, estar en goce de los derechos políticos, tener al menos veinticinco años al momento de la inscripción de su candidatura...” (art. 127).

Por tanto, no es verdad que el reconocimiento de la ciudadanía implica que los “recién nacidos” puedan votar o que sean candidatos a una diputación, pero sí que las niñas, niños y adolescentes, de acuerdo a su edad y a la evolución de sus facultades, pueden participar en la vida de la familia, la comunidad y el país.

LA CIUDADANÍA CIVIL

La ciudadanía civil, se caracteriza por el reconocimiento de la capacidad personal que tienen ciertos individuos para gobernarse por sí mismo y disponer de los bienes, es decir, contratar libremente y testar, obviamente esta dimensión también es excluyente ya que implica como requisito tener determinada edad⁹. En nuestro ordenamiento jurídico el tratamiento jurídico a este tema se lo hace desde el derecho civil, por medio de la capacidad jurídica y de acuerdo a las reglas contenidas en el Código Civil.

Frasen y Gordon consideran que “ideológicamente se ha impuesto un modelo dicotómico en las relaciones humanas, marcado por la oposición contrato versus caridad, asumen que los derechos civiles, en vez de producir igualdad, produjeron desigualdad, en la medida que implicaban básicamente derechos de propiedad, de compraventa, entre otros”¹⁰.

La ciudadanía civil es un sinónimo de la “capacidad civil”.

LA CIUDADANÍA SOCIAL

Finalmente existe un ciudadanía social¹¹ caracterizada por la “potestad que la persona ejerce de manifestar voluntad eficaz para tener atendidas sus necesidades bá-

⁹ Edson Seda, *La Protección Integral*, Editorial Ades, Sao Paulo, Brasil, 1995

¹⁰ Fraser Nancy and Gordon Linda, 1994, *Civil Citizenship against Social Citizenship*, citado por Virginia Valente, *Ibid.*

¹¹ Seda, *Obra citada*.

sicas siempre que ellas fueran amenazadas o violadas"¹².

En esta última dimensión no existe posibilidad de exclusión, ya que la protección de los derechos no se encuentra condicionada a la edad o a cualquier otra condición personal, en este sentido da lo mismo tener uno u ochenta años de edad, además se manifiesta en la posibilidad de demandar tanto individual como colectivamente; es decir se modifica la relación con lo público, ya que la protección de las personas ya no es un asunto de caridad. en la cual el virtual receptor de los "beneficios" que le provee el Estado es un ente pasivo sujeto a la voluntad de éste, sino que todas las personas, también los niños y adolescentes, tienen el derecho, y por lo tanto, pueden demandar su cumplimiento.

Este es el cambio fundamental al ampliar el concepto de ciudadanía a lo social. dotar a todas las personas de la capacidad de demandar la protección de sus derechos y por lo tanto relacionarse con el Estado ya no como cliente, sino como ciudadano.

Según Marshal, se superan "las incongruencias de la ciudadanía civil ... por el reconocimiento de la dimensión de la ciudadanía social, la que debería ofrecer un mínimo social básico que permitiera a todos tener acceso igual al necesario bienestar económico, cerrando así las brechas entre igualdad política y desigualdad económica y social"¹³.

En este sentido "El reconocimiento de la ciudadanía universal implica crear un nuevo tipo de relaciones en las que cada individuo tiene la capacidad de exigir sus derechos, pero también de asumir obligaciones en la búsqueda del bienestar colectivo; implica, además, el reconocimiento de la necesidad de que exista una democracia participativa y no meramente formal, ya que se crean las condiciones para que cada ciudadano busque, en el espacio público, que sus derechos se reconozcan y se respeten, pero no en un ejercicio excluyente e individualista, sino colectivo y pleno. Implica una transformación absoluta de viejas concepciones jurídicas para las que la ciudadanía era un concepto formal: ahora ésta se convierte en una condición, en un atributo que tiene que transformarse en un ejercicio real."¹⁴

NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA

Finalmente algunas críticas se han basado en lo dispuesto en la transitoria primera de la Constitución que establece que "Cuando las leyes o convenciones internacionales vigentes se refieran a 'nacionalidad', se leerá 'ciudadanía', y cuando las leyes se refieran a 'derechos de ciudadanía', se leerá 'derechos políticos'".

Los conceptos de nacionalidad y ciudadanía se han utilizado de manera indistinta a par-

¹² Seda. *Obra citada*.

¹³ T. H. Marshal. *Class, Citizenship and Social Development*. Citado por Vargas. *Ibid*.

¹⁴ Martínez, Ponce y Simon. *La nueva Constitución y los niños*. Inedito, 1998.

tir del momento en que el concepto nación se vínculo al concepto de Estado moderno, sin embargo en el caso de la nueva Constitución a la ciudadanía se le considera como nexo jurídico con el Estado y se adquiere por nacimiento o por naturalización.

No se puede alegar que este uso significa un riesgo de generar casos de "apátridas", ya que se establece con claridad la forma en que se adquiere la nacionalidad ecuatoriana, la forma en que esta se puede perder y el derecho a cambiar de nacionalidad sin limitaciones, lo cual se encuentra en total concordancia con lo dispuesto en los instrumentos internacionales sobre la materia.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Algunas personas han manifestado que esta reforma del concepto de la ciudadanía no tiene ninguna implicación concreta, que la misma no añade nada en relación a los niños, niñas y adolescentes, ya que estos gozan de los derechos por su condición de personas.

Si bien es cierto que los derechos civiles, económicos, sociales y culturales, así como los colectivos (la mayoría de ellos) se gozan, de acuerdo a la Constitución por el hecho de ser "persona"¹⁵, independientemente de la condición de ciudadano ecuatoriano o extranjero, como lo establece el artículo 13: "Los extranjeros gozarán de los mismos derechos que los ecuatorianos, con las limitaciones establecidas en la Constitución y la ley"; y, el artículo 17 que determina que "El Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes".

En el caso del goce y ejercicio de los derechos políticos estos dependen de la condición de ciudadanos y de los requisitos que se establecen para cada caso. El artículo 26 es claro al establecer que "Los ciudadanos ecuatorianos gozarán del derecho de elegir y ser elegidos, de presentar proyectos de ley al Congreso Nacional, de ser consultados en los casos previstos en la Constitución, de fiscalizar los actos de los órganos del poder público, de revocar el mandato que confieran a los dignatarios de elección popular, y de desempeñar empleos y funciones públicas...Estos derechos se ejercerán en los casos y con los requisitos que señalen la Constitución y la ley...Los extranjeros no gozarán de estos derechos."

Para un caso concreto de derechos colectivos, el de los pueblos indígenas y negros, de cierta manera -no necesariamente- dependería de ser ciudadano ecuatoriano, ya que implica una pertenencia al Estado ya que el artículo 83 determina que los "Los pueblos

¹⁵ "Art. 23.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes..."

indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales, y los pueblos negros o afroecuatorianos, forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible.”

Tampoco para gozar de las garantías de los derechos se necesita ser ciudadano ecuatoriano, como establecen los artículos 93 a 96 de la Constitución¹⁶.

Finalmente para el caso de los “deberes y responsabilidades” que se tiene en relación al país, la Constitución en el artículo 97 los establece exclusivamente para los ciudadanos (art. 97).

El nuevo concepto de ciudadanía es trascendente porque implica la transformación de uno de los últimos concepto excluyentes que el concepto manejaba. Tal es la importancia de la reforma de este concepto que Emilio García Méndez se refiere al mismo de la siguiente manera: “...un nuevo tipo de derecho constitucional inspirado en la Convención (se refiere a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño) abre las puertas para una nueva reformulación del pacto social, con todos los niños y adolescentes como sujetos activos del nuevo pacto. Valga como ejemplo técnico-jurídico el histórico artículo aprobado hace muy pocos meses por la Convención Constituyente del Ecuador (sic), consagrado en la nueva Constitución Nacional. Desvinculando el concepto de ciudadanía de la estrecha comprensión que lo reduce a un mero sinónimo del derecho al sufragio...Estoy convencido de que la importancia de esta nueva refundación del concepto de ciudadanía difícilmente puede ser subestimada”.

¹⁶ Art. 93.- *Toda persona que crea estar ilegalmente privada de su libertad, podrá acogerse al hábeas corpus. Ejercerá este derecho por sí o por interpuesta persona, sin necesidad de mandato escrito, ante el alcalde bajo cuya jurisdicción se encuentre, o ante quien haga sus veces. La autoridad municipal, en el plazo de veinticuatro horas contadas a partir de la recepción de la solicitud, ordenará que el recurrente sea conducido inmediatamente a su presencia, y se exhiba la orden de privación de libertad. Su mandato será obedecido sin observación ni excusa, por los encargados del centro de rehabilitación o del lugar de detención.*

¹⁷ Art. 94.- *Toda persona tendrá derecho a acceder a los documentos, bancos de datos e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, así como a conocer el uso que se haga de ellos y su propósito...*

¹⁸ Art. 95.- *Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preterente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública.*

¹⁹ Art. 96.- *Habrán un Defensor del Pueblo, con jurisdicción nacional, para promover o patrocinar el hábeas corpus y la acción de amparo de las personas que lo requieran; defender y excitar la observancia de los derechos fundamentales que esta Constitución garantiza; observar la calidad de los servicios públicos y ejercer las demás funciones que le asigne la ley...*

²⁰ Varios autores. *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Editorial Depalma y Temis, Bogotá, 1998

BIBLIOGRAFIA

Norberto Bobbio. "Teoría General del Derecho". Segunda Edición. Editorial Temis. Bogotá. 1994.

Cabanelas. Diccionario de Derecho Usual. 1984.

Aurelio García en Ciencia del Estado. Cuarta edición revisada y aumentada. Tomo I. Editorial de la Casa de la Cultura Ecuatoriana. Quito. 1978.

Alessandro Baratta. Infancia y democracia. En Infancia, ley y democracia en América Latina. Editorial Depalma y Temis. Bogotá. 1998.

Edson Seda. La Protección Integral. Editorial Ades. Sao Paulo. Brasil. 1995

Fraser Nancy and Gordon Linda. 1994. Civil Citizenship against Social Citizenship. citado por Virginia Valente. Ibid.

T. H. Marshal. Class, Citizenship and Social Development. Citado por Vargas. Ibid.

Martínez, Ponce y Simon. La nueva Constitución y los niños. Inédito. 1998.

Varios autores. Infancia, ley y democracia en América Latina. Editorial Depalma y Temis. Bogotá. 1998.

ASAMBLEA CONSTITUYENTE Y ASAMBLEA REFORMADORA
Su proceso jurídico e histórico en el Derecho
Constitucional ecuatoriano y comparado
DR. RAFAEL OYARTE MARTINEZ

Sumario: La Asamblea Constituyente. Entidad diferente al órgano legislativo. ¿Debe estar prevista en la Constitución?. Iniciativa para convocar. La Asamblea Constituyente en el Ecuador. Asambleas constituyentes con carácter fundacional o primigenio. Asambleas que ejercen poder constituyente originario en el Ecuador. Asamblea Constituyente y Asamblea Reformadora. El problema en el Derecho comparado latinoamericano. La Asamblea Nacional del Ecuador: ¿constituyente o reformadora?

Mucho se ha escrito, por lo menos en el Ecuador, sobre reformas constitucionales concretas, pero muy poco sobre la institución misma de la reforma constitucional, al punto que no se la ha distinguido del cambio de constitución. Al respecto, se revisará entonces lo que han sido las asambleas constituyentes en el Ecuador y en el Derecho comparado, y su relación con la Asamblea Nacional que estuvo en funciones desde el 20 de diciembre de 1997 hasta el 8 de mayo de 1998, con la finalidad de determinar su naturaleza jurídica y las competencias que, en estricto Derecho, pudo ejercer.

LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE.

Se revisará, en esta sección, el órgano extraordinario a cuyo cargo puede quedar la tarea de reformar la Constitución.

Humberto Nogueira y Francisco Cumplido recuerdan que la asamblea constituyente se cuenta entre los procedimientos democráticos de elaboración o de reforma de la Constitución -además del plebiscito o referéndum-, pues como el poder constituyente radica en el pueblo sólo éste puede darse, legítimamente, una Constitución¹. Mediante esta técnica se "propone la función constituyente a una Asamblea o Convención integrada por representantes elegidos por la ciudadanía especialmente para tal efecto"².

ENTIDAD DIFERENTE AL ORGANISMO LEGISLATIVO.

A diferencia del órgano legislativo, la asamblea constituyente es un órgano extraordinario, elegido por el pueblo para que elabore una Constitución o para que la reforme.

¹ Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Magister en Derecho Público y Postítulo en Derecho Constitucional, Profesor de la cátedra de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la PUCE

² Cfr. Francisco Cumplido y Humberto Nogueira, *Teoría de la Constitución*, 2a. ed., Santiago, Universidad Nacional Andrés Bello, 1990, p. 136.

³ Mario Verdugo y Ana María García Barzelatto, *Manual de Derecho Político*, vol. I, 3a. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 270.

Este carácter extraordinario lo resuelve Ignacio de Otto al decir que "lo más frecuente en el constitucionalismo del siglo XX es que la Constitución sea aprobada por una asamblea constituida *ad hoc*, esto es, con esa específica finalidad -asamblea constituyente- que se disuelve tras la entrada en vigor de la Constitución"⁴.

De hecho, salvo la Constitución vigente que fue aprobada mediante referéndum, las restantes Cartas Políticas del Ecuador fueron elaboradas y aprobadas por asambleas constituyentes. Pero en cambio, hasta 1997, todas las reformas constitucionales habían sido aprobadas por el Legislativo -con atribuciones de constituyente derivado- o mediante consulta popular⁵.

Debemos tener claro que el poder constituyente no es el poder soberano -cosa distinta es que, en un sentido originario, su titular sea el soberano-, idea que es sostenida por Sieyés al afirmar que, si bien el poder constituyente "no puede ejercerse por la Nación misma, porque tal cosa, entendida literalmente, resulta imposible; por ello, ha de ejercerse por medio de representantes", pero que estos representantes, "como forman un poder especial, superior y diferente a los poderes constituidos ordinarios, son unos representantes extraordinarios, los cuales están vinculados por un compromiso, [...] la comunidad no se despoja del derecho de imponer su voluntad, [...] de manera que los delegados o representantes carecen de la plenitud de poderes", y por ello "no pueden dedicarse a funciones que corresponden a los poderes ordinarios"⁶.

Esta última afirmación se encuentra expresamente establecida en la Constitución Nacional del Paraguay, la que prevé a la Convención Nacional Constituyente como órgano encargado de la reforma de la Carta Fundamental -que en el sistema paraguayo equivale a su cambio- y a la enmienda de determinadas materias constitucionales. Dicha Convención sólo puede realizar sus labores de reforma por lo que se le prohíbe el arrogarse las atribuciones de los poderes del Estado, no puede sustituir a las personas que los ejerzan, ni acortar o ampliar su mandato⁷.

Ahora bien, tenemos un problema: las atribuciones de la asamblea constituyente, las cuales difieren de la asamblea reformadora, lo cual se revisará en la sección III del presente trabajo.

4 Ignacio de Otto, *Derecho Constitucional*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1988, p. 52.

5 En diciembre de 1998 se integró una asamblea reformadora, denominada Asamblea Nacional, convocada como resultado de la consulta popular efectuada en junio de 1997.

6 Antonio Carlos Pereira Menaut, *Lecciones de Teoría Constitucional*, 2a. ed., Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1987, p. 50-51. Del mismo modo, vid., Sieyés, "Preliminar de la Constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los derechos del hombre y el ciudadano", en David Pantoja Morán [compilador], *Escritos Políticos de Sieyés*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 183. A pesar de esto, la doctrina constitucional ecuatoriana se ha mostrado partidaria de considerar al poder constituyente como un poder ilimitado, soberano, problema que se revisa, *infra*, en el párrafo 2 de la sección II de este ensayo.

7 *Constitución Política del Paraguay*, art. 291.

¿DEBE ESTAR PREVISTA POR LA CONSTITUCION?

Se debe recordar que no se pueden ejercer atribuciones no previstas en la Constitución ni por órganos no previstos por ella.

Jaime Urcullo sostiene que en caso de no estar prevista por la Constitución no se podría convocar a este órgano, pues ello es válido "solamente para los Estados a formarse o constituirse; pero no para los Estados ya constituidos, en los cuales el pueblo delega sus facultades soberanas, por haber adoptado la forma de República, o sea de democracia representativa"⁸. Pero nosotros consideramos que, si bien existe la mencionada delegación de facultades, no por ello el pueblo ha renunciado a su soberanía. De esta forma, la asamblea constituyente es un órgano que ejerce poder constituyente originario, en la que el pueblo soberano elige representantes para poner en práctica dicho poder por éste conferido -de este modo el poder constituyente originario puede ser ejercido por el pueblo directamente, a través de los mecanismos de democracia directa, o a través de representantes elegidos para ello-, tanto así que su labor consiste en elaborar y dictar una Constitución, con lo cual nos encontramos ante un poder fáctico, ni establecido ni limitado por normas positivas.

Si fuera necesario que la asamblea constituyente se encuentre prevista por la Constitución sería un órgano que ejerce poder constituyente derivado⁹, aunque lo dicho no excluye en lo absoluto que una Constitución pueda prever la existencia de este tipo de órganos -como lo hacen las Constituciones de Paraguay, Nicaragua y Costa Rica-, pues en este caso sólo se estarían determinando las normas preconstituyentes en el código político¹⁰.

La asamblea constituyente, al ejercer poder constituyente originario, puede cambiar la Constitución, conformando un poder superior dentro del ordenamiento jurídico, y, por tanto, podrá también reformarla, con la diferencia que no puede ser objeto de limitaciones formales -de procedimiento- o materiales explícitas -cláusulas pétreas-¹¹.

INICIATIVA PARA CONVOCAR.

Al ser la asamblea constituyente un órgano no regulado por el Derecho positivo ¿quién

8 Jaime Urcullo Reyes, *Proceso Democrático. Situación Jurídica y Reforma Constitucional en Bolivia*, La Paz, Editora Urquiza, 1993, p. 102.

9 Vid. *infra*, sección III, parágrafo 1.

10 Vid. *infra*, el parágrafo 1 de la sección III, sobre las diferencias entre las asambleas constituyentes y las que son únicamente reformadoras, a pesar de la denominación que les determine el Código Fundamental, como los casos argentino y colombiano.

11 Hugo Ordóñez Espinoza, "17 apuntes para la reforma constitucional", en *Ruptura*, No. 37, tomo II, Quito, PUCE, 1994, p. 64., se muestra partidario de la institucionalización de la asamblea constituyente en la Constitución del Ecuador, pero del mismo modo que en la Carta colombiana, por lo que este autor se refiere propiamente a una asamblea reformadora y no a una constituyente.

puede convocarla?. Este es un problema bastante serio, si se tiene en cuenta que ningún órgano del poder público puede ejercer atribuciones que la Constitución y las leyes no le han conferido, como es el caso de la facultad de convocatoria.

De ese modo, en 1876, el entonces Presidente de la República, Antonio Borrero Cortázar, se niega la capacidad de convocar una asamblea constituyente para reformar la Constitución de 1869, por no estar facultado para ello según la Constitución y las leyes¹².

Como se verá más adelante (sección II, parágrafo 2), en el Ecuador han sido, generalmente, el Presidente de la República -o quien ejerciera el cargo a cualquier título: constitucional o de facto- o el parlamento quienes han asumido la facultad de convocar a asamblea constituyente.

Como se ha señalado, la asamblea constituyente es un órgano que ejerce poder constituyente originario, y la convocatoria que hacen los poderes públicos para su conformación va dirigida a que los electores -el pueblo soberano- designen a sus representantes ante dicho órgano.

Pero, ¿ello es correcto dentro del campo de la juridicidad?, pues si bien, como se observó en un principio, la convocatoria que hacen los poderes públicos va encaminada a que el pueblo elija sus representantes, la decisión de quien ha ejercido la facultad de convocarla va dirigida a que se produzcan modificaciones constitucionales, vía reforma de la Constitución o cambio de Carta Suprema, determinándose un poder preconstituyente ejercido de hecho.

En todo caso, la asamblea constituyente no es un órgano que deba estar previsto en la Constitución -no es, ni ejerce, un poder constituido- ni sus atribuciones emanan del Texto Fundamental, escapando del ámbito del Derecho positivo. Pero ello no responde a la interrogante relativa a la abrogación de la facultad preconstituyente por parte de quien la convoca.

Una respuesta al dilema de la iniciativa es que, quien tenga la facultad, convoque a consulta popular en el sentido de que sea el pueblo, el titular de la soberanía y del poder constituyente, el que decida si se convoca a una asamblea constituyente y a la posterior elección de representantes a la misma -lo cual podría realizarse en el mismo acto electoral¹³. Otra solución es que el propio texto constitucional determine la iniciativa pa-

12 Cfr. Simón Espinosa, *Presidentes del Ecuador*. Quito, Editora Nacional, 1995, p. 63-67. En realidad lo que se pretendía era cambiar la Constitución, no reformarla por la vía constitucional del Congreso (artículo 115 de la Constitución de 1869), como proponía Borrero, lo que le costó el cargo de Presidente de la República al ser derrocado por el general Veintimilla, quien llamó una asamblea constituyente adicta en el año de 1878 la cual, además de dictar la nueva Constitución, le eligió Presidente Constitucional.

13 Por ello estimamos positiva, en un sentido jurídico, la acción del presidente Fabián Alarcón de decidir la convocatoria de la Asamblea Nacional vía consulta popular

14 En este tipo de asambleas, quien tiene iniciativa sólo la tendría para la convocatoria, más no para determinar la labor de tal asamblea, pues no se trata de un órgano constituido como lo son las asambleas reformadoras. Las diferencias entre ambas asambleas las trataremos en el parágrafo siguiente.

ra convocar a la asamblea constituyente para ejercer el poder constituyente originario, la cual la podría tener el propio Congreso con un determinado quórum, tal como se ha establecido en las Constituciones de Paraguay, Costa Rica y Nicaragua¹⁵.

En la práctica la convocatoria a asamblea constituyente ha sido realizada por quien detenta el poder, y lo ha realizado de hecho, sin fundamentar dicha atribución en normas jurídicas¹⁵.

Ahora bien, el problema cambia cuando se trata de una asamblea reformadora -como la argentina o la colombiana, a pesar de su denominación-, como se verá a continuación. En estos casos la iniciativa de convocatoria la tienen quienes la propia Constitución indique.

LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE EN EL ECUADOR

ASAMBLEAS CONSTITUYENTES CON CARACTER FUNDACIONAL O PRIMIGENIO.

Dos han sido las asambleas que han tenido este carácter en la historia constitucional ecuatoriana. La primera asamblea es en realidad un antecedente, la cual se reúne en 1812 con el fin de fundar el Estado de Quito y que, además, dicta su Constitución, hecho que no tuvo efectos prácticos.

El 14 de agosto de 1830 se reúne en Riobamba la Convención Constituyente, que funda el Estado del Ecuador y dicta la primera Constitución ecuatoriana.

ASAMBLEAS QUE EJERCEN PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO EN EL ECUADOR.

Las demás asambleas respetan la fundación del Estado ecuatoriano realizada en 1830, limitándose a reestructurar jurídicamente al país.

Se debe tener presente que todas las constituciones ecuatorianas han sido elaboradas por medio de asambleas o convenciones constituyentes, salvo la Constitución de 1978-79 que fue dictada por el pueblo ecuatoriano mediante referéndum.

El poder constituyente originario es, en términos bastante primarios, la facultad de elaborar una constitución; ese el límite de este poder, el cual se ejerce sin limitaciones jurídicas positivas: ninguna norma de rigidez constitucional le afecta, ni se encuentra so-

¹⁵ De este modo, a manera de ejemplo, en Bolivia el general Barrientos y el general Bánzer Suárez convocaron a asambleas constituyentes, el primero para aprobar la Constitución de 1967 y el segundo, en 1978, para que se la reforme o se la cambie. La diferencia radica en que Barrientos, a pesar de haber llegado al poder derrocando a Víctor Paz Estenssoro, del cual era vicepresidente, se legitimó por elecciones generales; en cambio la elección a la que llama Hugo Bánzer fue anulada, presentando él su renuncia produciéndose el golpe del general Juan Pereda Asbún, candidato oficialista que alegaba haber obtenido el triunfo en dichas elecciones que el mismo pidió anular a la Corte Nacional Electoral. Cfr. Urcullo R., *Proceso Democrático...*, cit. p. 29-33.

metido materialmente a la constitución que va a ser abrogada¹⁶. Las asambleas ecuatorianas, en este sentido, siempre obraron como **supremas o ilimitadas positivamente**, es decir, sin respetar los procedimientos legales y constitucionales previstos abrogaban una constitución y ponían en vigencia otra, a veces en un período muy corto de tiempo, como es el caso de la Constitución de 1851, abrogada por la de 1852 y la Carta Suprema de 1945, por la de 1946.

En la historia constitucional ecuatoriana no sólo que no se han sometido al ordenamiento jurídico¹⁷, sino que, inclusive, se han declarado **soberanas**, de guisa tal que se han extralimitado. De esta manera, no solo han cambiado la constitución precedente, abrogándola, sino que han intervenido contra los poderes constituidos¹⁸ eligiendo presidentes de la República y clausurando Congresos. En este sentido, baste recordar que la asamblea de 1830 elige a Juan José Flores: la de 1835 a Vicente Rocafuerte -pues, al amparo de la Constitución de 1830, no se habían tomado las medidas tendentes a hacer efectiva la elección presidencial, siendo Rocafuerte proclamado Jefe Supremo por una junta popular, y éste, en su calidad de tal convoca a dicha asamblea-. En 1843 la convención elige, para un período de ocho años, a Juan José Flores -quien había sido elegido por segunda ocasión en 1839 por el Congreso, tal como se encontraba previsto en la Constitución de 1835-, el cual, de este modo, iniciaba su tercera presidencia. En 1845 la asamblea elige a Vicente Ramón Roca. La constituyente de 1851 nombra a Diego Noboa y la de 1852 al general José María Urbina, que había derrocado a Noboa, del cual era colaborador. Las asambleas de 1861 y 1869 eligen a Gabriel García Moreno. La convención de 1878 nombra al general Ignacio de Veintimilla, quien había derrocado a Borrero por no proceder a dicha convocatoria con la finalidad de abrogar la Carta de 1869. La asamblea constituyente reunida en 1883 -que elaboró la Carta de 1884- eligió a José María Plácido Caamaño; y la que se reunió entre el 19 de octubre de 1896 y el 14 de enero de 1897 designó al general Eloy Alfaro, lo cual se repite en la de 1906. La asamblea reunida del 9 de diciembre de 1928 al 26 de mayo de 1929 nombró a Isidro Ayora, primero como interino y luego como presidente constitucional. La constituyente de 1938

16 No hemos tomado las palabras "límite" y "limitaciones" en su acepción de sinónimos. Entendemos por límite el normal ejercicio de competencias jurídicas; mientras que una limitación es la restricción este poder ya delimitado. De tal guisa, el límite del poder constituyente originario consiste en la elaboración de una carta política, pero este poder tiene limitaciones intrínsecas que deben ser respetadas al momento de ser ejercido, así, *verbi gratia*, se deberá tener en cuenta el respeto a la separación de poderes, a la soberanía popular, la dignidad de la persona humana y sus derechos fundamentales. Por otra parte, como se ha señalado en el texto, las limitaciones positivas -que emanan del texto constitucional- no afectan al constituyente originario, sean de carácter formal -todo el procedimiento de reforma constitucional a seguirse- o material -prohibiciones expresas al poder de reforma constitucional contenidos en la carta fundamental-.

17 Muchas de las asambleas fueron convocadas precisamente para evitar la rigidez de las constituciones que impedían, en gran medida, que se reformara el texto fundamental mediante el procedimiento señalado por el mismo.

18 En estricto Derecho -no meramente positivo-, el poder constituyente originario no puede intervenir a los poderes constituidos pues estos se encuentran fuera de su área de competencia -la cual se debe ceñir a la elaboración de una constitución-, y le hace perder su característica de ser un poder extraordinario, a diferencia de los poderes constituidos que son permanentes.

nombra a Aurelio Mosquera Narváez, quien posteriormente no promulgaría la Constitución por ésta elaborada. En 1944 la asamblea elige a José María Velasco Ibarra y dicta la Constitución de 1945, el mismo que, a su vez, convoca a otra constituyente, la cual le designa para un nuevo período constitucional y elabora la Carta de 1946 -aunque históricamente se toma a todo este período como su segunda presidencia-. Por último, la asamblea constituyente de 1966, además de dictar la Constitución de 1967, elige a Otto Arosemena Gómez como presidente interino.

A pesar de esta práctica, bastante repetida en el caso ecuatoriano, el poder constituyente no es un poder soberano -tesis que defienden varios autores-, pues este último es del pueblo de forma intransferible¹⁹. El poder soberano no admite superior; y si bien el poder constituyente es el que determina a los demás poderes mediante la constitución, éste tiene un límite el cual consiste, insistimos, en la elaboración de la constitución y nada más allá de aquello. Diferente es el caso que el titular del poder constituyente sea, o deba ser, el soberano, lo cual no puede llevarnos a confundir el poder constituyente con el poder soberano.

En el Ecuador, en el transcurso de su historia constitucional, la convocatoria a este tipo de asambleas se ha identificado con etapas de convulsión política, con la finalidad de **retornar a la normalidad institucional**. De este modo, a manera de ejemplo, la convocatoria a la asamblea de 1845 se produce luego de la revolución marquista, que marca el fin del régimen floreano; en 1861, luego de la crisis interna y externa iniciada en 1859²⁰; en 1897, luego del triunfo de la revolución liberal, la que se consolida en 1906; la de 1929, que da paso al constitucionalismo social, luego del período de inestabilidad política comenzada por la revolución juliana en 1925; la de 1945 procede del movimiento revolucionario de 1944, producto del desastre internacional de 1941 y del Gobierno de Carlos Arroyo del Río.

Asimismo, la convocatoria a este tipo de órganos también ha sido identificada en el Ecuador como un sinónimo del **retorno a la institucionalidad democrática** luego de un período de régimen de facto, tal como ocurrió, por ejemplo, en la asamblea de 1938 que elige a Mosquera Narváez luego de las jefaturas supremas de Federico Páez y del general Alberto Enríquez Gallo; y, en la constituyente de 1966 se posibilita la salida del poder por parte de los militares que gobernaban desde 1963²¹.

19 *Sobre esta imposibilidad de transferencia de soberanía*. Ignacio de Otto, *Derecho Constitucional*, p. 64-65, indica que "si el pueblo tiene un poder al que renuncia, la norma en la que se contiene esa renuncia no puede tener su fundamento en el poder del pueblo, porque esto significa que no ha habido tal renuncia".

20 *En esta crisis se ocurren cuatro gobiernos simultáneos y autónomos, la posterior ocupación peruana de territorios ecuatorianos y el bloqueo del puerto de Guayaquil, todo lo cual casi conlleva la desaparición del Ecuador, amenazado por una inminente polonización*.

21 *Sobre estos aspectos, véase el análisis que con mayor detenimiento hacen: Enrique Ayala Mora. "Política y sociedad en el Ecuador republicano 1830-1980"; y, Rodrigo Borja Cevallos. "Breves apuntes sobre el desarrollo constitucional del Ecuador 1830-1980", ambos en Política y Sociedad. Ecuador: 1830-1980, Quito, Corporación Editora Nacional, 1980, p. 13-31 y 85-93, respectivamente.*

Por otra parte, el **poder de convocatoria** siempre fue ejercido de hecho por quien detentaba el poder; el único que no se reconoció dicha capacidad fue derrocado, y quien lo defenestró y procedió a su ulterior llamamiento²². Por este motivo, muchas asambleas fueron adictas a un caudillo, y tanto su convocatoria como la posterior elaboración del texto constitucional respondían a los intereses del mismo. Los ejemplos más claros son los de Juan José Flores -1843-, Gabriel García Moreno -1869-, Eloy Alfaro -1906- y Velasco Ibarra -1946-. Por ello podemos afirmar que el mecanismo por el cual ha sido convocada la Asamblea Nacional por parte del presidente Alarcón fue el jurídicamente adecuado: el pueblo soberano hace dicha convocatoria en pronunciamiento directo emitido en consulta popular²³.

Como consecuencia de lo dicho, muchas de las constituciones ecuatorianas elaboradas por estas asambleas o convenciones constituyentes no representaron mayor novedad, no significaron en estricto sentido un cambio de carta política, sino o meras reformas a la anterior o una readaptación de alguna otra, como las de 1845 y 1852 respecto de la de 1835: las de 1878 y 1884 en relación a la de 1861: y, la misma Constitución vigente (1978-79) que, en su texto original, siguió los lineamientos de las Cartas de 1945 y 1967²⁴. La causa principal de este hecho se debe a que se utilizó la vía del cambio constitucional para evitar la rigidez de la carta política al momento de proceder a su reforma.

ASAMBLEA CONSTITUYENTE Y ASAMBLEA REFORMADORA

EL PROBLEMA EN EL DERECHO COMPARADO LATINOAMERICANO.

Se establecerán las diferencias, si es que en realidad existen, entre la asamblea constituyente -con potestad para cambiar una constitución, al elaborar y dictar una nueva- y la asamblea reformadora, para luego dilucidar la naturaleza jurídica de la Asamblea Nacional que se reunió desde el 20 de diciembre y que reformó la Constitución de 1978-79.

Quiroga Lavié recuerda que la asamblea constituyente "funciona cuando se funda un Estado o cuando se cambia totalmente de constitución", y que la convención constituyente -denominación que le asigna la Constitución argentina- "se reúne para reformar la constitución siguiendo el procedimiento que ella establece"²⁵.

22 El citado caso de Borrero derrocado por Veintimilla.

23 En virtud de la amplia atribución presidencial de convocar a consulta popular "cuando a su juicio, se trate de cuestiones de trascendental importancia para el Estado". *Constitución Política del Ecuador*, art. 58 letra b), 4°. Codificación, R.O. No. 999 de 30 de julio de 1996.

24 Cfr. Hernán Salgado Pesantes, *Instituciones Políticas y Constitución del Ecuador*, Quito, Ildis, 1987, p. 134-149.

25 Humberto Quiroga Lavié, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1978, p. 57.

La Constitución de Colombia prevé a la asamblea constituyente como uno de los órganos encargados de reformar la Constitución, además del pueblo mediante referendo y del Congreso.

La convocatoria a asamblea constituyente, en Colombia, se realiza "mediante ley aprobada por mayoría de los miembros de una u otra cámara", de ese modo el Congreso puede disponer que el pueblo, en votación popular, decida si convoca a la asamblea constituyente con la competencia, el período y la composición que establezca la mencionada ley. La convocatoria a asamblea constituyente se realiza si el pueblo lo aprueba con una tercera parte de integrantes del censo electoral -no de los votos, pues el sufragio en Colombia no es obligatorio-²⁶.

En Argentina la convocatoria a Convención Constituyente la realiza exclusivamente el poder Legislativo, aprobándose la "necesidad de reforma" por los dos tercios de los miembros del Congreso²⁷.

En Guatemala, la Constitución prevé la convocatoria a Asamblea Nacional Constituyente para reformar los capítulos relativos a los derechos individuales y el que trata de la reforma de la Constitución. Para ello es necesario que, previamente, el Congreso de la República convoque a dicho órgano especial por las dos terceras partes de sus miembros, el que señalará, asimismo, los artículos a revisarse por la Asamblea Nacional Constituyente. En definitiva es el Congreso quien convoca al órgano especial y establece los artículos que haya de tratar dicho ente encargado de tramitar la reforma proyectada²⁸.

La Constitución Política del Paraguay establece la necesidad de que se convoque a una Convención Nacional Constituyente para que realice el procedimiento de reforma de la Constitución, que en el sistema paraguayo equivale a su cambio, y también para la enmienda de las disposiciones constitucionales que afecten al modo de elección, duración del mandato y a las atribuciones de los poderes del Estado, o a las disposiciones relativas al título II, de los derechos, deberes y garantías, en lo que hace relación a la vida y el ambiente, la libertad, la igualdad y los derechos de familia. La solicitud de reforma -o enmienda de las materias señaladas- puede ser realizada por el veinticinco por ciento de los legisladores de cualquiera de las cámaras, por el Presidente de la República o treinta mil electores. Para ello la necesidad de reforma debe ser aprobada por la mayoría absoluta de dos tercios de los miembros de cada Cámara; decidida esta necesidad se llama a elecciones para conformar la mencionada Convención²⁹.

Del mismo modo, para tramitar la "reforma general" y "reforma total" de la Constitu-

26 *Constitución de Colombia*, art. 376 incs. 1° y 2°.

27 *Constitución Política de Argentina*, art. 30.

28 *Constitución Política de Guatemala*, art. 278.

29 *Constitución del Paraguay*, arts. 289 y 290 inc. final.

no se encuentra vinculada a la "necesidad de reforma", en el sentido de estar obligada a realizarla.

En resumen, las asambleas paraguaya, costarricense y nicaragüense en su labor de reforma o cambio de Constitución, si la realizan, lo hacen, en un sentido material, independientemente de la Constitución, y, por otra parte, no se encuentra obligada a realizar la reforma o cambio constitucional calificada de necesarias por el órgano legislativo que la convoca. En cambio, las asambleas reformadoras -como la colombiana, argentina, guatemalteca y paraguaya en los casos de enmienda que son de su competencia exclusiva-, si bien no se encuentran obligadas a realizar la reforma proyectada, en caso de realizarla deben someterse a dicha declaratoria, no pudiendo ir más allá de aquella, ni tampoco les es posible desconocer la Constitución que modifican.

En el caso argentino y colombiano se presenta un problema, si quien determina lo que ha de reformarse es el Congreso respectivo, ¿podría éste declarar la necesidad de una reforma total?³⁷ Sánchez Viamonte sostiene que sí, pues la redacción del artículo 30 de la Constitución argentina no lo impide³⁸, lo mismo que el artículo 376, inciso primero, del Código Político colombiano. Nosotros no estamos de acuerdo con esta posición, pues el Congreso, como poder constituido, no puede sobrepasar a la Constitución sino que debe respetarla.

Ahora bien, y es algo que ocurrió en el caso colombiano en 1991, ¿qué hacer si la misma asamblea se declara así misma "constituyente" y no simplemente reformadora?. La labor de la constituyente colombiana era la de reformar la Constitución de 1886, pero lo que realizó en su lugar fue el cambio de carta fundamental. Ello nos deriva al problema del control de la actividad del constituyente³⁹.

El problema se presenta con las asambleas constituyentes, ¿quién determina sus atribuciones?. En todo caso estas asambleas son originarias y no se someten a limitaciones positivas, pues para ella nada existe con anterioridad. Cuando ejercen su labor de cambio de Constitución pueden en efecto cambiarla; y determinar sus atribuciones, menoscabándolas, las convertiría en meras asambleas reformadoras.

LA ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR: ¿CONSTITUYENTE O REFORMADORA?

Cuando el presidente Fabián Alarcón realiza la convocatoria a consulta popular, y en ella propone la convocatoria a una asamblea nacional con el exclusivo propósito de **reformar** la Carta Política del Estado, lo hace con la clara intención de evitar que, mediante el llamado a una constituyente, la asamblea se declare "soberana", es decir, que se extralimite en sus funciones de elaboración constitucional e intervenga, por lo tanto, frente a los poderes constituidos.

³⁷ Este problema no se presenta en la Constitución de Guatemala, pues ella determina las materias que pueden ser tratadas por la Asamblea Nacional Constituyente, lo mismo que en la Paragüaya cuando se refiere a la enmienda de determinadas materias como competencia de la Convención Nacional Constituyente.

³⁸ Carlos Sánchez Viamonte, *Manual de Derecho Constitucional*, 4a. ed., Buenos Aires, Kapelusz, 1959, p. 348.

³⁹ Vid., *infra*, la última parte del próximo párrafo.

Si bien todo indica que esta ha sido la intención del Gobierno, lo único jurídicamente indudable es que se convocó a una asamblea reformadora -con el exclusivo propósito de reformar la Carta Política- y no una asamblea constituyente.

Ahora bien, tenemos claro que la asamblea constituyente tiene plenos poderes positivos para elaborar una constitución, siendo éste su límite, aunque ilimitada positivamente dentro de estas actuaciones, no jurídicamente pues debe respetar la juridicidad; en tanto que la asamblea reformadora sólo puede, valga la redundancia, reformar la carta política⁴⁰.

Ahora bien, la diferencia entre cambio y reforma de la constitución no es meramente cuantitativo -como el simple hecho de denominar a una carta fundamental como "Constitución de 1978"- pues ello sería sostener un concepto eminentemente numérico, lo cual no daría ninguna característica de fondo que diferencie estos dos poderes.

La diferencia sustancial entre cambio y reforma de la constitución se encuentra en el contenido esencial de la carta política⁴¹, es decir, las que contienen las bases de la institucionalidad del Estado⁴². Estos principios positivizados en la Carta Política deben ser respetados por el constituyente derivado al momento de realizar su labor de reforma constitucional, por lo que toda la constitución deberá encontrarse en conformidad a ellos.

En verdad no existe un acuerdo entre los autores respecto de lo dicho, en especial en lo que respecta a las diferencias doctrinarias entre el cambio y reforma de la constitución. En todo caso se señala que una simple reforma constitucional no podría alterar la forma del Estado -de unitario a federal y viceversa- o la forma de gobierno -de republicana a monárquica-⁴³.

Volviendo al tema específico, la asamblea constituyente no tiene limitaciones legales (es ilimitada positivamente), por lo que no le afectan las condiciones de rigidez constitucional previstas para la reforma⁴⁴. Por otra parte, como se expresó anteriormente, no se encuentra sometida materialmente a la Constitución que abroga.

La asamblea reformadora, en cambio, está sometida formal y materialmente a la cons-

40 Cabe señalar que la asamblea constituyente puede también realizar el simple papel de reformar una constitución, pues si puede lo más también tiene la posibilidad de ejercer un poder menor.

41 Se pueden reformar todos y cada uno de los artículos de una constitución sin significar su cambio; y, por otra parte, un cambio de carta fundamental podría operar reformando un artículo del código político.

42 Estas bases de la institucionalidad se encuentran en el título preliminar de la Constitución ecuatoriana: estado democrático, unitario, republicano y presidencialista, el reconocimiento de la soberanía popular, la finalidad instrumental del Estado de promover el bien común, entre los más importantes.

43 En el caso ecuatoriano estas situaciones se encuentran positivizadas en el artículo 1 de la Carta Política: el Ecuador es un Estado unitario y su gobierno es republicano y presidencialista. Alterar estos preceptos equivaldría a cambiar la Constitución Política del Ecuador

titución. Formalmente siguiendo el procedimiento que indica la carta suprema. y materialmente respetando sus principios básicos.

De este modo, la Asamblea Nacional debió ceñir su actuación a la Constitución vigente. Así, en la Decimoséptima disposición transitoria, la Constitución se señaló el período y lugares donde debía sesionar esta Asamblea, además de su conformación. De la misma manera, la Carta Política señaló un hecho que en doctrina constitucional es incontrovertible: ninguna autoridad puede suspender las labores de esta Asamblea y, asimismo, ésta no puede intervenir contra los poderes constituidos. La Constitución también le señaló la formalidad a seguir para llevar a cabo su labor de reforma constitucional al otorgarle a la misma Asamblea la facultad de dictarse sus normas de carácter orgánico y de procedimiento -las que debían aprobarse por mayoría absoluta-, dejándole en libertad de determinar el quórum de aprobación de las reformas. Del mismo modo la Constitución señaló que no era necesario que la Asamblea someta ante el Presidente de la República, para su sanción u objeción, las reformas por ella aprobadas, por lo que se promulgarán en el Registro Oficial sin este requisito, aunque no indicó si la publicación se haría en bloque -una vez aprobadas todas las reformas- o si se las publicarían a medida que vayan siendo aprobadas, lo cual dejó abierta de manera válida las dos posibilidades, inclinándose la Asamblea por la primera forma.

Debemos dejar en claro, además, que ninguna asamblea, ni constituyente ni reformadora, como tampoco ningún poder constituido, pueden alterar principios básicos del constitucionalismo como son: soberanía popular, separación de poderes, eliminación de la declaración de derechos o de la dignidad de persona humana a determinados grupos o individuos. En caso contrario la carta política se torna en antijurídica -lo jurídico no es lo que arbitrariamente determine el legislador o el constituyente, sino lo apegado a Derecho en sentido amplio- y regirá por la fuerza de los hechos y no por la fuerza del Derecho.

Un problema que se presenta frente a esta Asamblea, como con toda convención que ejerza poder constituyente -en especial si se trata de una asamblea constituyente comtal- es el del control.

Respecto de la Asamblea Nacional ecuatoriana, antes de reunirse nos preguntábamos: ¿qué sucedería si se declara constituyente⁴⁵, e incluso soberana, o bien si viola los principios antes expresados?. El Tribunal Constitucional no tenía, ni tiene, atribuciones pa

⁴⁴ Como quedó dicho, esta fue la causa principal para convocar a convenciones constituyente en el Ecuador durante el siglo pasado: evitar la rigidez constitucional al seguir el procedimiento de reforma previsto en las diversas cartas fundamentales.

⁴⁵ Presentándose un caso similar al ocurrido en Colombia, en que la Asamblea Constituyente prevista por la Constitución -que en verdad ejerce poder constituyente derivado, tal como quedó establecido anteriormente- declaró propiamente constituyente -como ejercicio del poder constituyente originario- y procedió a elaborar una nueva Constitución en 1991.

ra conocer de reformas constitucionales -aunque en algunas resoluciones se ha declarado competente, interpretando la atribución constitucional de manera extensiva⁴⁶. El Presidente de la República no estaba facultado para sancionar ni objetar sus actuaciones, y los demás poderes constituidos -el Legislativo y el Judicial, específicamente- no podían intervenir en contra de ella, ni aun en el ejercicio de sus facultades de control.

Pues bien, el caso se presentó, la Asamblea Nacional se autoproclamó *constituyente*, pero en concreto no sólo que no se definió como *soberana*, como era la “tradición” ecuatoriana, sino que únicamente se remite a reformar la Constitución. Esta situación queda clara no sólo de lo que se desprende del texto de la disposición final del Texto Constitucional⁴⁷ por ésta codificado sino del mismo contenido material de la Constitución, en el que no varían los principios básicos de la institucionalidad del Estado ecuatoriano⁴⁸.

Un hecho irregular que se presentó fue la irregular autoextensión de su mandato en ocho días, situación antijurídica desde que este período estaba definido en la Constitución a la que se debía someter, lo cual provocó la pugna política sobre si las reformas aprobadas en dicho período de extensión serían o no publicadas, con lo que volvemos al problema del control: el presidente de la República no podía negarse a publicar un texto normativo sobre el que no tenía la facultad de objetarlo, incluso por un acto violatorio a la Carta Política: la Asamblea Nacional no era controlable⁴⁹.

46 Entre otras, las resoluciones 065-1-97, 071-1-97 y 097-1-97.

47 En esta disposición transitoria se señala que el texto es una mera codificación “que contiene reformas y textos no reformados de la actual”.

48 Mucho se discutió la cuestión de la plurinacionalidad, que, en mi modesta opinión, pudo implicar un cambio de Constitución dependiendo de que si su contenido atentaba o no contra la unitariedad de la nación ecuatoriana, situación que iba siendo conducida por la vía de eliminar, curiosamente, la nacionalidad ecuatoriana, remplazándola por la mera ciudadanía.

49 Aquí se quiebra el Estado de Derecho al faltar uno de sus principios fundamentales: la Asamblea se debía someter a la juridicidad, pero no existía un órgano que ejerciera el control de sus actuaciones.

MERCADO DE VALORES

DR. PABLO ORTIZ GARCÍA¹

Sumario: Mercado Financiero y Mercado de Valores. Diferencias entre el Mercado Crediticio y el Mercado de Valores. Por los sujetos. Por su objeto. Por la forma. Principales funciones del Mercado de Valores. Notas características de los Mercados de Valores. Mercado de Valores perfecto. Mercado de Valores eficiente. Objeto del Mercado de Valores.

MERCADO FINANCIERO Y MERCADO DE VALORES

En el Registro Oficial 367 de julio 23 de 1998 se encuentra publicada la nueva Ley de Mercado de Valores que deroga la de mayo 28 de 1993, a la que se le ha dado una publicidad destacada a pesar que es una versión más reglamentada de la anterior (basta decir que se compone de 237 artículos 9 disposiciones transitorias frente a 81 artículos y 9 disposiciones transitorias). Aprovecharé para analizar el marco doctrinario de lo que es el mercado de valores para poder comprender de mejor manera el objeto de Ley nombrada.

Para iniciar este ensayo considero se debe conocer lo que se entiende por Sistema Financiero, para lo cual me remitiré a lo que sostiene Ubaldo Nieto Carol en su obra El Mercado de Valores (Editorial Civitas, página 31): "Es el conjunto de intermediarios, mercados e instrumentos que enlazan las decisiones de ahorro con las de gasto, esto es, que transfieren renta desde unidades excedentarias hasta las deficitarias"; en otros términos se puede afirmar que el Sistema Financiero busca empatar el ahorro privado con el requerimiento de crédito (deuda), para de esta forma equilibrar las fuerzas que intervienen en los mercados.

La definición transcrita consta de tres elementos: 1. Que participan intermediarios previamente autorizados para operar (bolsas de valores, casas de valores, inversionistas institucionales, calificadoras de riesgo); 2. Que los intermediarios operan en lo que se conoce como Mercados Financieros, que es la autopista (para utilizar términos cibernéticos) entre ofertas y demandas de créditos, o el conjunto de fuerzas de oferta y demanda de ahorro e inversión, así como de los mecanismos que permiten la canalización del ahorro hacia la inversión (oferta pública, avisos de adquisición del control); y, 3. Que los instrumentos son los productos por medio de los cuales los intermediarios reciben el ahorro de los inversionistas (acciones, obligaciones, certificados de derechos fiduciarios, etcétera).

¹ Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Profesor de la Cátedra de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho de la PUCE, Editoralista de Diario El Comercio.

El Mercado Financiero, a su vez, se divide en dos: A. Mercado Monetario: en el que se ofrece y demanda capitales a corto plazo. Lo difícil es señalar qué se entiende por corto plazo, ya que en países desarrollados puede ser considerado hasta 18 meses, mientras que en Ecuador el corto plazo es hasta 90 días. B. Mercado de Capitales: se ofrece y demanda capitales a mediano y largo plazo. También y dependiendo del país, el mediano y largo plazo varían en su duración.

Concentrándome en el Mercado de Capitales, éste se compone de dos segmentos: el Mercado Crediticio, que es el que se desarrolla entre las instituciones financieras legalmente autorizadas a operar por la Superintendencia de Bancos y las personas necesitadas de dinero. En este Mercado la entidad prestataria utiliza los recursos de sus clientes (cuenta correntistas, ahorristas o inversionistas), para trasladarlos al cliente. Su ganancia se encuentra, entonces, entre la tasa pasiva, esto es, el interés que paga por el dinero recibido en calidad de depósito o inversión, y la tasa activa que es la que cobra a la persona que recurre a la entidad financiera a solicitarle un préstamo (esto es lo que se conoce como "spread"). Este es un mercado cerrado casi sin competencia, por cuanto la negociación del crédito es directa entre los interesados. El segundo segmento del Mercado de Capitales es el Mercado de Valores, en el que el dinero que se obtiene se documenta en valores o títulos valores. Es un mercado abierto en el que puede intervenir cualquier persona a través de los intermediarios, que de acuerdo con la Ley de Mercado de Valores son las casas de valores.

DIFERENCIAS ENTRE EL MERCADO CREDITICIO Y EL MERCADO DE VALORES

Se pueden encontrar diferencias entre los Mercados Crediticio y de Valores por los sujetos, los objetos y la forma.

POR LOS SUJETOS.

Al Mercado Crediticio recurren y consiguen fondos los consumidores, personas naturales o jurídicas, que ven en este Mercado una alternativa de obtención rápida de dinero, sin analizar profundamente (tal vez porque las circunstancias no se lo permiten) el costo del crédito. Este es el típico caso de la intermediación financiera en el que el dinero prestado proviene de una institución crediticia autorizada por la Superintendencia de Bancos para operar.

En cambio, en el Mercado de Valores obtienen fondos el Estado y las empresas establecidas en el país. En los últimos meses del gobierno presidido por Fabián Alarcón, ante la falta de creatividad de sus funcionarios, recurrió a la emisión de Bonos del Estado, que una vez colocados en este Mercado, el dinero captado fue empleado en el pago de sueldos de burócratas del sector público. Por su parte, las empresas concurren al Mercado de Valores cuando colocan acciones u obligaciones, por ejemplo. El costo del dinero obtenido es más barato que en el Mercado Crediticio. Esto es lo que se conoce

como la desintermediación financiera puesto que es el público quien fondea a las personas jurídicas y al Estado.

POR SU OBJETO.

Cuando se recurre al Mercado Crediticio la persona obtiene el capital que requiere para su negocio o necesidad, a cambio de lo cual adquiere un crédito con la institución financiera; en otras palabras, se contrata capital a cambio de deuda.

Por su parte, al dirigirse al Mercado de Valores los inversionistas compran valores emitidos por el Estado o las empresas, éstos contratan riesgo por el capital entregado. La adquisición de valores conlleva el riesgo de tener rendimientos o pérdidas; por ello es importante recordar aquello que “a mayor riesgo mayor utilidad y, a menor riesgo, menor utilidad”. En el caso de valores de renta fija se adquiere capital a cambio de deuda, pero en el caso de compra de acciones se adquiere capital y no se crea deuda.

POR LA FORMA.

El Mercado Crediticio es un mercado negociado, quiere esto decir, que las partes contratantes, prestamista y prestatario, negocian libremente las condiciones del crédito.

No ocurre lo mismo en el Mercado de Valores ya que éste es un mercado organizado, en donde las reglas del juego son claras, transparentes y conocidas por todos los que recurren. No pueden los participantes, por tanto, imponer sus condiciones particulares.

PRINCIPALES FUNCIONES DEL MERCADO DE VALORES

Entre las funciones que tiene el Mercado de Valores se pueden distinguir, entre otras, las siguientes:

La primera función, que puede ser hasta obvia, es la de canalizar el ahorro hacia la inversión. Desde que se expidió la primera Ley de Mercado de Valores muchas empresas han captado ahorro privado vía la emisión y colocación pública de acciones u obligaciones, con lo que han podido ampliar su negocio o expandirse a otros países. Un claro ejemplo de ello es lo que ocurrió con un banco ecuatoriano que a través de un aumento de capital, que fue suscrito públicamente por inversionistas nacionales y extranjeros, se captó la cantidad de dinero necesaria como para adquirir una entidad financiera en un país de la Región Andina.

Otra función de los Mercados de Valores es la de facilitar la liquidez de los activos que se negocian; esto quiere decir que en los mercados “profundos” (que se negocian muchos valores y de distintas empresas), la transferencia de los valores es rápida y fácil al existir demanda de títulos, por lo que la inversión inicial con los rendimientos, en ca-

so de producirse, se la puede recuperar en contadas horas.

Una tercera función es contribuir a la determinación de los precios de los valores, fundamentalmente de las acciones. El mercado no adquirirá ni venderá valores cuyo precio no sea el resultado de la oferta y demanda de los mismos. Concordante con lo expuesto, cotizar acciones en el Mercado de Valores trae consigo el avalúo de la empresa.

Por último, el Mercado de Valores permite una transformación de los plazos de ahorro e inversión, puesto que un requerimiento de dinero a corto plazo puede ser atendido por sucesivas emisiones de valores a mediano o largo plazo.

NOTAS CARACTERISTICAS DE LOS MERCADOS DE VALORES

El Mercado de Valores posee sus propias notas características que bien vale la pena mencionarlas sucintamente.

En todos los mercados existe un organismo de control que regula a los partícipes y las transacciones que efectúan. En Ecuador se llama Superintendencia de Compañías; en México, Argentina y Perú, Comisión Nacional de Valores; en Chile Superintendencia de Valores y Seguros; en Estados Unidos de Norteamérica, Security and Exchange Commission; en España, Comisión Nacional de Valores Mobiliarios.

Libre competencia entre los intermediarios. Esta segunda nota característica se da al poder intervenir sin limitación alguna las personas autorizadas para operar en el Mercado de Valores, que en Ecuador son las llamadas casas de valores; en México las casa de bolsa; en Estados Unidos los brokers.

Es característica que los mercados de valores se vayan internacionalizando; está en marcha en la Comunidad Económica Europea; de igual forma, los países miembros de la Comunidad Andina han iniciado conversaciones para implementar un mercado de valores en la subregión

Se puede sostener que a medida que el desarrollo tecnológico a nivel mundial avanza, los mercados de valores de viva voz tienden a desaparecer. Se entiende por mercado de viva voz, aquellos en que las negociaciones se realizan con la presencia física de los operadores autorizados, mediante el pregón de las diferentes ofertas y demandas que se presentan.

A medida que se desarrollan los mercados de valores, es nota característica el incremento de los productos negociables. La demanda de valores empuja u obliga su oferta.

Por último, todo proceso de negociación que se realiza en el Mercado de Valores es co-

nocido por los partícipes; nada, en teoría, se realiza atrás o a escondidas.

MERCADO DE VALORES PERFECTO

Los estudiosos del Derecho Bursátil sostienen que el Mercado de Valores es perfecto, puesto que:

Es un mercado libre, ya que el precio de los productos que se transan (léase valores), es el resultado de la negociación directa entre las casas de valores del comitente comprador y del comitente vendedor.

Es un mercado de competencia debido al alto número de demandantes y oferentes de valores. En el Ecuador todavía no se tiene esa cantidad de participantes, fundamentalmente por dos razones: la primera, por cuanto pocas empresas han abierto su capital al público, tal vez porque no desean que terceras personas ajenas al núcleo familiar propietario de las acciones, participen de forma directa o indirecta en la administración; y, la segunda razón, porque los inversionistas prefieren tener sus ahorros colocados a corto plazo y en valores de renta fija emitidos por el Estado, que si bien no tienen tal alto rendimiento, al menos los consideran seguros.

Es un mercado de productos homogéneos. El inversionista tiene a su disposición y elección diversos valores, todos ellos con un denominador común: ofrecer una rentabilidad atractiva a quien los adquiere. El sector público puede ofrecer, por ejemplo, los llamados Bonos del Estado, Bonos de Estabilización, Bonos Municipales, Certificados de Tesorería, Obligaciones de la Corporación Financiera Nacional, Bonos del Banco Ecuatoriano de la Vivienda, del Banco del Estado y del Banco Nacional de Fomento. Por su lado, el sector privado, a través de empresas financieras o no financieras, puede emitir acciones, obligaciones, certificados provisionales, certificados de preferencia, cédulas hipotecarias, bonos de prenda, bonos de garantía, pólizas de acumulación, certificados financieros, certificados de inversión, certificados de arrendamiento mercantil, pagarés, aceptaciones bancarias, cuotas de los fondos colectivos de inversión, etcétera.

Es un mercado transparente, ya que existe una amplia información sobre los valores que allí se transan. Ningún intermediario puede operar con información privilegiada, entendiéndose como tal el "... conocimiento de actos, hechos o acontecimientos capaces de influir en los precios de los valores materia de intermediación en el mercado de valores, mientras tal información no se haya hecho del conocimiento público" (artículo 27 de la Ley de Mercado de Valores). Esto es conocido en lengua inglesa como el insider trading.

Es un mercado profundo, debido a que en él se realizan un número significativo de transacciones. Como se lo ha dicho anteriormente en este ensayo, en Ecuador todavía

no se tiene una gran cantidad de empresas inscritas en el Registro del Mercado de Valores ni en las bolsas de valores, ofertando sus títulos.

MERCADO DE VALORES EFICIENTE

Los tratadistas de Derecho Bursátil afirman que el Mercado de Valores es un mercado eficiente porque la actuación continua de los operadores busca el máximo de beneficio para su cliente o comitente, en un marco de acceso igualitario a la información; de lo que se concluye que el precio de un valor es el reflejo, en gran medida, de la información que sobre ese valor conocen los intermediarios.

En el mundo bursátil se aprecian tres tipos de eficiencia del Mercado de Valores: eficiencia débil, eficiencia semifuerte y eficiencia fuerte, las que revisaremos brevemente.

EFICIENCIA DÉBIL: se dice que un mercado tiene este tipo de eficiencia, cuando el precio de los valores que se cotizan es el resultado de la información obtenida de datos históricos del emisor, es decir, de fácil conocimiento y, a veces, no sujetos a la realidad del momento en que se va a invertir.

EFICIENCIA SEMIFUERTE: el precio del valor recoge la información proveniente de datos históricos y de toda aquella que adicionalmente sea de conocimiento público. En mi opinión, el mercado de valores ecuatoriano se encuentra en este tipo de eficiencia.

EFICIENCIA FUERTE: el precio del valor es la consecuencia de los datos históricos, de la información que haya sido hecha pública y de cualquier otro tipo de información aunque ésta no haya sido hecha pública. La Bolsa de Valores de Nueva York como la de Londres son los típicos ejemplos de mercados de eficiencia fuerte.

OBJETO DEL MERCADO DE VALORES

Previamente a concluir este trabajo, definiré lo que entiendo por Derecho del Mercado de Valores: el conjunto de principios y disposiciones que regulan las instituciones, los activos y las transacciones que allí se desarrollan.

Con los principios doctrinarios expuestos se podrá entender, o al menos eso espero, el objeto de la Ley de Mercado de Valores que en su artículo 1 dice que es el “... promover un mercado de valores organizado, integrado, eficaz y transparente, en el que la intermediación de valores sea competitiva, ordenada, equitativa y continua, como resultado de una información veraz, completa y oportuna”.

NORMAS APLICABLES AL REGISTRO SANITARIO EN EL ECUADOR

DR. JOSÉ MEYTHALER BAQUERO¹

Sumario: Acuerdos suscritos para la adhesión del Ecuador a la OMC. Acuerdos suscritos por el Ecuador al interior de la OMC. Artículo III del GATT de 1947: Trato nacional en materia de tributación y de reglamentación interiores. Artículo XI del GATT de 1947: Eliminación general de las restricciones cuantitativas. Acuerdo sobre la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias. Acuerdo sobre obstáculos técnicos al comercio. Acuerdo sobre medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio (MIC). Otras normas aplicables a los Registros Sanitarios.

El registro sanitario constituye una medida de control orientada a proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, cuya influencia en el comercio internacional de medicamentos y alimentos, entre otros productos, ha motivado el que se adecuen los requisitos exigidos en cada país de tal manera que se logre una cierta homogeneidad de los mismos y se evite, por otra parte, que este registro encubra una medida parancelaria que afecte la importación de productos similares a los existentes en un determinado país, o que constituya cualquier otra limitación técnica al comercio internacional de los bienes sujetos a tal registro. La Organización Mundial del Comercio ha reconocido el derecho incuestionable que le asiste a todo país miembro de establecer medidas sanitarias y fitosanitarias, tendientes al control de la salud y vida de sus pobladores, siempre que ello no implique una práctica discriminatoria en contra de los productos importados de otros países miembros o que retrase el proceso de liberalización progresiva del comercio internacional. Las barreras técnicas al comercio exterior que de manera injustificada se mantengan en los países miembros, podría significar la imposición de sanciones por parte de los organismos internacionales creados para el adecuado control del Acuerdo del GATT de 1994 y de los diversos tratados complementarios, que determinan las condiciones en las que debe funcionar la OMC.

La Comunidad Andina ha normado también la forma en la cual un país miembro puede establecer o mantener medidas sanitarias y fitosanitarias, y el propósito esencial de las reglamentaciones comunitarias es la homologación regional.

El adecuado cumplimiento por parte de las Autoridades Ecuatorianas a las disposiciones legales internas y a los convenios internacionales que reglan la estructura y funcio-

¹ Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Profesor de la Cátedra de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la PUCE.

namiento del registro sanitario de alimentos y medicamentos, eliminaría el riesgo de que el Ecuador enfrente sanciones internacionales o que sea demandado por parte de empresas que se sientan perjudicadas en razón de un trato incorrecto del Estado, lo cual sería viable en la medida en la cual se pueda demostrar la infracción cometida y el daño individual provocado como consecuencia de esa infracción estatal.

La normatividad interna la conforma el Código de la Salud, el Decreto Ejecutivo número 3137 promulgado en el Registro Oficial de 10 de agosto de 1994 y la Ley de Propiedad Intelectual. Los tratados internacionales, pueden clasificarse de la siguiente manera:

1. Organización Mundial del Comercio:
 - a) Acuerdo del GATT de 1994
Artículos I, III y XI
 - b) Acuerdo sobre la aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.
 - c) Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio.
 - d) Protocolo de Adhesión del Ecuador a la OMC
 - d. 1) Informe del Grupo de Trabajo para la adhesión del Ecuador
 - d. 2) Memorandum del Presidente de la República

2. Comunidad Andina:
 - a) Decisión 418 de 30 de julio de 1998.

CAPITULO I

ACUERDOS SUSCRITOS PARA LA ADHESION DEL ECUADOR A LA OMC

El 17 de septiembre de 1992, el Ecuador formalizó su solicitud de acceder a la Organización Mundial del Comercio y presentó a consideración del Director General del GATT el memorandum sobre el régimen de comercio exterior vigente en nuestro país. El capítulo VIII.5 del mismo contenía una declaración que buscaba allanar las observaciones sobre el trato poco apropiado que se había dado a la industria farmacéutica y que había significado el reclamo de algunos países miembros. Tal declaración, relativa a la industria farmacéutica, debería entenderse como el deseo que le asiste al Gobierno de "*eliminar las distorsiones que afecten a su desarrollo y expansión*".

De manera concomitante, el Grupo de Trabajo que se conformó para la adhesión del Ecuador a la OMC, presentó el 14 de julio de 1995 un informe detallado de la legislación vigente en materia de comercio e inversiones, así como en el grado de participación del Estado en la economía nacional. Entre los documentos analizados, se encontraba la legislación aplicable a registros sanitarios y medidas parancelarias, pues éste había sido uno de los temas de mayor inquietud por parte de los delegados de otros países. Ante las observaciones formuladas, el representante ecuatoriano asumió compromisos específicos, que son distintos y complementarios de los que se derivan de los

diversos acuerdos que forman parte de la estructura de la OMC. Los compromisos adquiridos, fueron que el registro sanitario no tenía ni tendrá "efectos proteccionistas" y que "se simplificarían los procedimientos administrativos para inscribir nuevos productos en el registro sanitario".

Particular importancia tiene la declaración del representante ecuatoriano, y que por su trascendencia lo transcribo de manera literal: "...el representante del Ecuador dio la seguridad de que sus medidas sanitarias y fitosanitarias y sus especificaciones técnicas son conformes con las disposiciones de los Acuerdos de la OMC, en particular el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias y el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio. El Grupo de Trabajo tomó nota de estas seguridades"².

Las declaraciones y compromisos que voluntariamente adquirió el Ecuador a su ingreso a la OMC, hecho que se produjo el 31 de julio de 1995, significó, en consecuencia:

1. La renuncia del Ecuador a un plazo para la adecuación de sus normas a las reglas de la OMC.
2. La incorporación a la legislación ecuatoriana de los Acuerdos y Convenios suscritos entre los países miembros de la OMC.
3. El compromiso adquirido de simplificar el procedimiento administrativo para la obtención del registro sanitario.
4. El compromiso adquirido, complementario al anterior, de cumplir los Acuerdos sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias y sobre Obstáculos Técnicos al Comercio.

CAPITULO II

ACUERDOS SUSCRITOS POR EL ECUADOR AL INTERIOR DE LA OMC

La capacidad del Gobierno Ecuatoriano para modificar libremente la reglamentación sobre registros sanitarios quedó expresamente condicionada a que se apliquen los Acuerdos sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias y sobre Obstáculos Técnicos al Comercio; modificación que, en todo caso, se hizo indispensable el 28 de junio de 1996, cuando se promulgó en el Registro Oficial el Acuerdo de Adhesión a la OMC. El resultado de estos cambios, fue el Decreto Ejecutivo número 4142, de 9 de agosto de 1996, publicado en el Registro Oficial número 1008, del 10 de agosto de 1996.

² Informe del Grupo de Trabajo sobre la Adhesión del Ecuador, R.O. 977, Suplemento, Viernes, 28 de junio de 1996, pp. 235, 236.

Este Decreto Ejecutivo es aplicable en la medida en la cual no se oponga a los Acuerdos suscritos al interior de la OMC y a la Decisión 418 de la Comisión de la Comunidad Andina, a la que me referiré más adelante, pues en nuestro país existe el principio constitucional de invalidez absoluta de los reglamentos dictados por el Ejecutivo que, en alguna forma, alteren las Leyes y los Convenios y Acuerdos Internacionales vigentes. Obviamente, esta declaración es en la actualidad bastante lírica y ello podría motivar no sólo la demanda de incumplimiento del Ecuador ante los organismos internacionales de control de la OMC, sino el enjuiciamiento al Estado por parte de cualquier interesado que haya sido perjudicado por la ignorancia o la negligencia en la aplicación de estos Acuerdos al interior de las dependencias del Ministerio de Salud Pública que tengan a su cargo el registro sanitario.

Las normas internacionales de cumplimiento obligatorio en materia de registros sanitarios, podrían resumirse de la siguiente manera:

ARTICULO III DEL GATT DE 1947: TRATO NACIONAL EN MATERIA DE TRIBUTACION Y DE REGLAMENTACION INTERIORES

El enunciado principal, consiste en que *"los productos del territorio de toda parte contratante importados en el territorio de cualquier otra parte contratante no deberán recibir un trato menos favorable que el concedido a los productos similares de origen nacional, en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de esos productos en el mercado interior"*.

En definitiva, el trato para la obtención del registro sanitario debe ser idéntico a productos nacionales y extranjeros, lo cual incluye iguales tasas por los servicios prestados e igualdad de los requisitos que se exijan para su consecución o renovación. No cabe hacer diferencias entre nacionales y extranjeros, en el supuesto de que el producto importado provenga de un país miembro de la OMC.

ARTICULO XI DEL GATT DE 1947: ELIMINACION GENERAL DE LAS RESTRICCIONES CUANTITATIVAS

Esta norma dispone que *"ninguna parte contratante impondrá ni mantendrá aparte de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas- prohibiciones ni restricciones a la importación de un producto del territorio de otra parte contratante o a la exportación o a la venta para la exportación de un producto destinado al territorio de otra parte contratante, ya sean aplicadas mediante contingentes, licencias de importación o de exportación, o por medio de otras medidas"*.

Si bien se admite la excepción para los casos de prohibiciones o restricciones a la importación o exportación necesarias para la aplicación de normas sobre la clasificación,

el control de la calidad o la comercialización de productos destinados al comercio internacional, estas excepciones deber ser entendidas y aplicadas dentro del contexto de los Acuerdos sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias y sobre Obstáculos Técnicos al Comercio. Por consiguiente, el Ecuador carece de libertad para imponer controles a la importación y exportación de medicamentos a través del registro sanitario, pues éste sólo puede ser usado como medida de control de la salud y la vida, y siempre que se apliquen las reglas sobre la aceptación obligatoria de controles similares en el país de origen, o que se aplique la homologación o aceptación tácita previstas en la Decisión 418 de la Comisión de la Comunidad Andina, conforme lo explicaré más adelante.

ACUERDO SOBRE LA APLICACION DE MEDIDAS SANITARIAS Y FITOSANITARIAS

El antecedente de este convenio internacional lo es el Artículo XX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, que contempla el derecho de cada país miembro a establecer las medidas necesarias para el control de la salud y la vida de las personas, *"siempre que tales medidas no constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificable o una restricción encubierta al comercio internacional"*.

La presencia de un sinnúmero de medidas adoptadas al interior de cada país miembro para el control sanitario y fitosanitario, obligó a la conformación de un grupo de trabajo que formule sugerencias tendentes a establecer un marco unilateral que permita la armonización de estas medidas. El resultado fue este Acuerdo, cuyos elementos relevantes podrían resumirse de la siguiente manera:

- a) El justo control sanitario y fitosanitario no puede alterar los principios básicos del GATT especialmente el del trato nacional al que me he referido en el punto 1.
- b) Los controles sanitarios y fitosanitarios deben tener un *"nivel adecuado"*, de tal manera que se reduzca al mínimo las restricciones al comercio internacional.
- c) La obligación del Ecuador de reconocer como equivalentes las medidas sanitarias y fitosanitarias vigentes en los otros países miembros, siempre que se refiera al mismo producto y se demuestre a nuestro país que las medidas adoptadas por el país exportador logre *"un nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria"*.

No se limita el hecho de que la demostración puede ser lograda de manera directa por el propio importador.

- d) La obligación del Ecuador de informar oportuna y eficientemente la próxima adopción de medidas sanitarias o fitosanitarias que no sean compatibles con las directrices y recomendaciones dadas al interior de la OMC.

e) La obligación de nuestro país de contemplar en sus leyes y reglamentos normas de carácter general que permitan a los interesados el que puedan cumplir con algunos requisitos en el país de origen.

f) Las medidas sanitarias o fitosanitarias no pueden aplicarse *"de manera que constituyan una restricción encubierta del comercio internacional"*.

g) La conformación de un Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, el cual debe elaborar un procedimiento *"para vigilar el proceso de armonización y coordinar con las organizaciones internacionales competentes las iniciativas a este respecto"*.

Dadas las prácticas administrativas al interior de las dependencias del Ministerio de Salud Pública, especialmente con lo relativo a la persistente negativa de simplificar los trámites de control sanitario u homologar los procesos de control de los países miembros de la Comunidad Andina, no se diga de los países miembros del GATT, este Acuerdo ha sido gravemente incumplido por nuestro país, lo cual confirma la posibilidad de que eventuales sanciones internacionales. Resulta importante dentro del proceso de cumplimiento a la normatividad de la OMC, el que la empresa privada insista ante las diversas instituciones creadas para lograr la plena eficacia de la misma, especialmente el COMEXI, y se elimine, de manera concomitante, el riesgo de enfrentar sanciones o demandas internas para el pago de indemnizaciones civiles por los daños y perjuicios provocados a terceros.

ACUERDO SOBRE OBSTACULOS TECNICOS AL COMERCIO

El propósito de este acuerdo internacional es el de limitar y racionalizar la proliferación de normas y disposiciones administrativas adoptadas al interior de los países miembros relativos a requisitos de envase y embalaje, marcado y etiquetado, así como para obligar a los productos importados a que reúnan ciertas condiciones de salubridad, higiene, peso, presentación, etc. Muchos de estos mecanismos han sido tradicionalmente usados para desalentar importaciones o se los ha aplicado de manera discriminatoria.

El Acuerdo reconoce el derecho de los países miembros de adoptar tales medidas siempre que no sean discriminatorios en el trato comercial o no creen obstáculos innecesarios al desarrollo del comercio. Su aplicación es obligatoria para los miembros y aplicable a todos los productos.

Cualquier diferencia o denuncia puede ser encausada ante el Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio, entidad creada al interior de la OMC.

Si bien el control fitosanitario se logra a través de la actividad del Ministerio de Salud Pública, es impropio de dicho control lo relativo a empaque, embalaje y otros requisi-

tos de presentación del producto farmacéutico. Estos debe ser entendidos como reglamentaciones relativas al comercio internacional de fármacos, y por ello, en la medida en que sean innecesarios o que limiten la libertad de comercio, pueden caer bajo el supuesto que combate este Acuerdo internacional. En tal razón, hay la probabilidad de que nuestro País también se encuentre en estado de incumplimiento de este Acuerdo.

ACUERDO SOBRE MEDIDAS EN MATERIA DE INVERSIONES RELACIONADAS CON EL COMERCIO (MIC)

La razón de existencia de este Acuerdo, es "*fomentar el crecimiento económico de todos los interlocutores comerciales y en particular de los países Miembros, asegurando al mismo tiempo la libre competencia*".

El Estado se encuentra en posibilidad de dictar actos normativos o individuales, como reglamentos, instructivos, acuerdos, etc, que implican el intervenir en la economía privada y limitar la libre circulación de bienes y servicios entre países miembros, o restringir la libre competencia de estos bienes y servicios. Estas actuaciones estatales se conocen como MICs, y si bien es incuestionable el derecho de adoptar cuanta medida sea necesaria, éstas no pueden ser usadas para brindar un trato discriminatorio a un producto o servicio importado, o para establecer restricciones cuantitativas a tales bienes o servicios.

Dada la filosofía que enmarca a este Acuerdo, es perceptible la prohibición que genera a los países miembros de adoptar nuevas medidas administrativas que aumenten los controles existentes o se creen nuevos controles a la libre competencia. Aplicado a los registros sanitarios, el Estado no podría aumentar los requisitos y controles existentes a esta fecha y, en el supuesto de una reforma, ésta debería significar una mayor flexibilidad en el control sanitario.

Así como en los otros casos, se ha creado un Comité de Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio para que se absuelvan las consultas o se diriman las diferencias que puedan presentarse entre países miembros.

CAPITULO III

OTRAS NORMAS APLICABLES A LOS REGISTROS SANITARIOS

La Decisión 418 de la Comisión de la Comunidad Andina ha establecido un sistema simplificado de obtención del registro sanitario, así como un mecanismo de aceptación tácita, el cual no ha sido enteramente aplicado. Ello implica, por otra parte, incumplimiento del Ecuador a la normatividad andina, que puede ser declarado oficialmente.

Finalmente, la Ley de Propiedad intelectual ha establecido importantes normas relati-

vas a las obligaciones del Estado con respecto a la protección de la información técnica que: entrea para fines de registro sanitario y tipifica como competencia desleal el uso no autorizado de esa información. Con ello, ha dado cumplimiento a varias disposiciones de la OMC.

En conclusión, el Ecuador no puede usar el registro sanitario para fines distintos al control sanitario y fitosanitario. Simultáneamente, debe emprender reformas al esquema administrativo vigente, pues el actual no se adecua a los tratados y compromisos asumidos ante la OMC y la Comunidad Andina.

IMPLICACIONES TRIBUTARIAS DEL FIDEICOMISO MERCANTIL

DR. MAURICIO DURANGO PÉREZ ¹

Sumario: Introducción. Transferencias de dominio a título fiduciario. Bienes inmuebles. Bienes corporales muebles. Efectos de ser una sociedad para efectos tributarios. Renta. Pago de anticipo de impuesto a la renta. Contabilidad. Beneficios transferidos por el fideicomiso mercantil.

A consecuencia de la promulgación de la nueva Ley de Mercado de Valores (LMV) publicada en el RO. 367 del 23 de julio de 1998, se han suscitado varios debates en torno al tratamiento tributario que rige para los fideicomisos mercantiles en el Ecuador.

Recordemos que la Ley define al contrato de fideicomiso mercantil como aquel mediante el cual una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporeales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien a favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario.

El Fideicomiso mercantil es en esencia, un instrumento jurídico sumamente valioso que confiere la confianza y transparencia necesarias para la consecución de diversos negocios y transacciones, que de otra manera difícilmente se ejecutarían. De allí la etimología de su palabra que deriva del latín "Fidei" que significa fé, y de "commisium" que significa comisión. Un encargo o comisión de fe o de confianza.

Siempre recomiendo a mis colegas que eviten el tratar de encasillar esta figura dentro de las instituciones de nuestro derecho civil tradicional. Es una institución que deriva del "trust" anglosajón y tiene características especiales y propias.

Hasta la fecha de la expedición de la nueva LMV, el fideicomiso mercantil no tenía personería jurídica propia, sin embargo se lo tipificaba bajo el concepto de "sociedad" para efectos tributarios. El Art. 94 de la Ley de Régimen Tributario Interno (LRTI) establecía lo siguiente:

"Art. 94.- Sociedad.- Para efectos de esta Ley, el término sociedad comprende la

¹ Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Profesor de Derecho Tributario de la Facultad de Derecho de la PUCE

persona jurídica, la sociedad de hecho, el consorcio de empresas, la compañía tenedora de acciones que consolide sus estados financieros con sus subsidiarias o afiliadas, **el fideicomiso mercantil**, el fondo de inversión o cualquier entidad que, aunque carente de personería jurídica, constituya una unidad económica o un **patrimonio independiente de los de sus miembros.**”

Con la expedición de la nueva LMV se confiere personería jurídica al fideicomiso y por ende capaz de ejercer derechos y adquirir obligaciones a través del fiduciario. Sin embargo, el artículo 237 de esta nueva Ley, que procede a reformar otras normas legales, modifica el Art. 94 de la LRTI antes citado y suprime las palabras “fideicomiso mercantil” de la definición de sociedad para efectos fiscales.

Ello ha provocado una serie de confusiones al punto de que en varios periódicos se publicaron análisis a dicha reforma en las que se afirmaba que el fideicomiso mercantil ya no era sujeto de impuestos.

En este punto es importante señalar que el fideicomiso mercantil en Ecuador, aún luego de la reforma legal planteada, es todavía una “sociedad” para efectos tributarios, no solamente debido al hecho que es una **persona jurídica** sino también porque se constituye un **patrimonio independiente** al de sus miembros, características que la Ley (Art. 94 LRTI) enuncia para configurarse como sujeto pasivo de obligaciones tributarias.

Una vez aclarado este aspecto fundamental pasemos al estudio de las otras implicaciones de orden tributario en la estructuración de un fideicomiso mercantil.

TRANSFERENCIAS DE DOMINIO A TITULO FIDUCIARIO

La constitución de un fideicomiso mercantil implica el perfeccionamiento de una transferencia de dominio de un bien por parte del constituyente a favor del fiduciario. Los bienes que pueden transferirse son de variada naturaleza, y podrían ser corporales o incorporales. En efecto, es posible transferir un bien raíz o un crédito personal y dependiendo de la naturaleza jurídica del bien transferido analizaremos su impacto tributario.

Debido al alcance de este análisis, por el momento vamos a concentrarnos solamente en las transferencias de bienes corporales muebles e inmuebles, no sin antes dejar señalado que pueden transferirse a título fiduciario bienes incorporales como pueden ser los derechos personales o créditos. En todo caso será importante verificar que las normas de cesión se cumplan a cabalidad para el perfeccionamiento de la misma.

Una característica peculiar de las transferencias a título fiduciario es que no son de orden oneroso ni gratuito, como lo sería asemejándolo a una compra venta o donación respectivamente. Este tipo de transferencias no comporta un beneficio económico ni al constituyente ni al fiduciario y se produce simplemente como un mecanismo para

que el fiduciario pueda ejecutar el encargo o finalidad fiduciaria a la vez que garantiza confianza a terceros involucrados o interesados en el negocio.

Los bienes que no existen pero que se espera que existan podrán comprometerse en el contrato de fideicomiso mercantil a efectos de que cuando lleguen a existir, incrementen el patrimonio del fideicomiso mercantil.

BIENES INMUEBLES

A pesar de lo antes mencionado, hasta julio de 1996 la transferencia de bienes inmuebles a título fiduciario se encontraba gravada con impuestos municipales, alcabalas, registros y sus adicionales.

Recordemos que la figura del fideicomiso mercantil se introdujo en nuestra legislación apenas en 1993 con la expedición de la Ley de Mercado de Valores publicada en el R.O. S-199 el 28 de mayo de ese año. Sin embargo, las Municipalidades se amparaban en el Art. 351 de la Ley de Régimen Municipal (LRM) que establecía que la constitución o traspaso de fideicomiso era objeto de impuesto de alcabala. Es obvio que la LRM se refería al fideicomiso civil y no al mercantil, razón por la cual hubo que introducir una exención expresa para la transferencia de bienes inmuebles en la constitución de fideicomisos mercantiles.

Mediante una reforma a la Ley de Instituciones del Sistema Financiero expedida en julio de 1996 se dispuso que las transferencias de dominio de bienes inmuebles con el objeto de **constituir** un fideicomiso mercantil estaban exentos de alcabalas, registros, adicionales y plusvalía.

A pesar de la reforma de 1996 quedaba en tela de duda el tratamiento tributario que debía darse en la **regresión** de la propiedad del bien raíz a favor del constituyente. Así por ejemplo, en la constitución de fideicomisos de garantía en el cual una persona transfería su casa al fideicomiso con el objeto de que garantice una obligación bancaria, si la referida obligación era oportunamente satisfecha la casa debía transferirse de vuelta al constituyente, caso contrario, el fiduciario procedería a su venta y con el producto pagaría a los acreedores.

Era ilógico que no se cobren impuestos en la transferencia de dominio del inmueble al constituir un fideicomiso, y se los cobre cuando el bien retorne a la propiedad del constituyente original al cumplirse el plazo o la condición fiduciaria.

Por ello el artículo 113 de la nueva LMV recoge esta preocupación y define el siguiente tratamiento tributario para las transferencias fiduciarias de bienes inmuebles, tanto al constituir el fideicomiso como cuando la propiedad del bien raíz retorna al constituyente original. Dicha norma establece en su parte pertinente lo que sigue:

“Art. 113.- “.....La transferencia de dominio de bienes inmuebles realizada **a favor de un fideicomiso mercantil**, está exenta del pago de los impuestos de alcabala, registro e inscripción y de los correspondientes adicionales a tales impuestos, así como del impuesto a las utilidades en la compra venta de predios urbanos y plusvalía de los mismos. Las transferencias que haga el fiduciario **restituyendo el dominio al mismo constituyente**, sea que tal situación se deba a la falla de la condición prevista en el contrato, por cualquier situación de caso fortuito o fuerza mayor o por efectos contractuales que determinen que los bienes vuelvan en las mismas condiciones en las que fueron transferidos, gozarán también de las exenciones anteriormente establecidas. **Estarán gravadas las transferencias gratuitas u onerosas que haga el fiduciario a favor de los beneficiarios** en cumplimiento de las finalidades del contrato de fideicomiso mercantil, siempre que las disposiciones generales previstas en las leyes así lo determinen.....” (lo subrayado y resaltado es nuestro)

Este texto nos parece adecuado puesto que solamente si la propiedad del bien raíz retorna al dominio del constituyente original no cabe impuestos, pero si el dominio se lo transfiere a favor de una tercera persona beneficiaria, ya sea por el encargo fiduciario o por la cesión del beneficio que ha realizado el constituyente en su favor, consideramos que la imposición de dichos tributos es acertada.

A nuestro parecer la importancia de limitar las exoneraciones es saludable pues es común en nuestro país abusar de ellas generando reformas legales drásticas en detrimento de quienes utilizaban dichas exenciones en forma transparente y lícita, como sucedió en México.

En 1974 las Autoridades mexicanas advirtieron que los particulares en vez de comprar bienes inmuebles, preferían ser designados fideicomisarios en fideicomisos “traslativos de dominio”, por la considerable diferencia en las erogaciones que debían hacerse por impuestos a consecuencia de una y otra operación, y consecuentemente, por el enorme número de fideicomisos que se otorgaban en esas condiciones; al percatarse también de la elusión de impuestos habida cuando un fideicomisario en esa clase de fideicomisos, cedía sus derechos, con lo que si bien no transmitía ni transmite al cesionario la propiedad directa del inmueble, por no tenerla, si, cuando menos, su aprovechamiento y en última instancia el derecho a que le sea transmitido por la fiduciaria, las autoridades creyeron procedente gravar al fideicomiso, tanto con impuesto federal del timbre como con el impuesto sobre traslación de dominio de bienes inmuebles en el Distrito Federal².

Como resultado de estos tributos muchos fideicomisos que no tenían un objeto “traslativo de dominio” fueron gravemente afectados por los impuestos a que se vieron expuestos, a partir de la reforma arriba indicada, si bien no cayeron en desuso, si se ob-

² Domínguez Martínez, Jorge. *El Fideicomiso*, 5ta. ed., México, 1995, pág. 235

servó una disminución proporcional considerable en el empleo de este tipo de fideicomisos inmobiliarios para la satisfacción de necesidades jurídico-comerciales. Por otra parte, la nueva LMV procedió a reformar ciertos artículos de la Ley de Régimen Municipal (LRM) que enuncio a continuación:

En el literal b) del artículo 351 se procedió a suprimir las palabras “del fideicomiso”. Esta norma establecía el impuesto de alcabala a la constitución o traspaso del fideicomiso, usufructo, uso y habitación relativo a bienes inmuebles. Al respecto manifiesto mi disconformidad con esta reforma pues hubiese bastado aclarar que este literal se refiere al fideicomiso civil y no al mercantil. Quizá el verdadero espíritu de la reforma no era suprimir al fideicomiso civil.

Adicionalmente se procede a incorporar otro literal (“d”) en el mismo artículo 351 que establece:

“Las transferencias gratuitas u onerosas que haga el fiduciario a favor de los beneficiarios en cumplimiento de las finalidades del contrato del fideicomiso mercantil.”

Esta norma legal obedece a la intención de gravar con impuesto de alcabala a la transferencia que realice el fiduciario a favor de los beneficiarios, exceptuando el caso que se lo haga a favor del propio constituyente original. Este último caso de excepción se confirma con la reforma hecha al artículo 358 de la LRM.

BIENES CORPORALES MUEBLES

El inciso final del Art. 113 de la Ley de Mercado de Valores establece que:

“... La transferencia de dominio de bienes muebles realizada a título de fideicomiso mercantil está exenta del pago del impuesto al impuesto al valor agregado y de otros impuestos indirectos. Igual exención se aplicará en caso de restitución al constituyente de conformidad con el inciso precedente de este artículo.”

En varios foros sobre la tributación de fideicomisos mercantiles habíamos mencionado la necesidad de otorgar un tratamiento tributario equitativo a la transferencia de bienes inmuebles y muebles. Por regla general, el Impuesto al Valor Agregado (IVA) grava a todas las transferencias de dominio e importaciones de bienes muebles de naturaleza corporal, en todas las etapas de comercialización. Sin embargo la misma Ley de Régimen Tributario Interno enuncia como sujetos pasivos del IVA a aquellas personas que habitualmente efectúan transferencias de este tipo de bienes gravados con el impuesto.

Adicionalmente el Art. 53 de la LRTI determina aquellas transferencias que no son objeto del IVA, y entre otras señala en su numeral primero, a las aportaciones en especie a las sociedades. Habíamos definido con anterioridad que el fideicomiso se encuentra

inmerso en el concepto de “sociedad” para fines tributarios y por lo tanto cualquier aporte de un bien corporal mueble no estaría sujeto al IVA.

A pesar de esto, consideramos que la disposición expresa del último inciso del Art. 113 arriba citada es conveniente para evitar equívocos por parte de las Autoridades Tributarias y aclarar un efecto impositivo sumamente importante para la constitución de fideicomisos mercantiles con transferencias de bienes de esta naturaleza. Caso contrario la imposición de un 20% de impuestos, 10% de IVA en la constitución del fideicomiso y 10% de IVA en la regresión al constituyente, hubiese sido funesto para una transacción en la cual la transferencia de dominio es relativa.

En conclusión y al igual que en la transferencia de bienes inmuebles no cabría imponer el IVA por la transferencia de un bien corporal mueble al constituir el fideicomiso ni al regresar la propiedad al constituyente original, pero si en caso de transferir a un tercero el dominio de ese bien.

Esta línea de exención debe prevalecer en la transferencia de todo tipo de bienes. Es importante que las Autoridades Gubernamentales consideren la naturaleza jurídica y fines del fideicomiso mercantil y que la transferencia de bienes para constituir este patrimonio autónomo no sea objeto de gravámenes traslaticios de dominio. Un ejemplo son los tributos relacionados al traspaso de vehículos.

EFFECTOS DE SER UNA SOCIEDAD PARA EFECTOS TRIBUTARIOS

Habíamos dicho que el fideicomiso mercantil entra dentro del concepto de “sociedad” para efectos tributarios y consecuentemente se configura un nuevo ente que debe cumplir sus obligaciones como sujeto pasivo de impuestos, siendo entre otras, las siguientes:

- Obtener RUC
- Sujeto Pasivo de Impuesto a la Renta, y actuar como agente de retención y percepción
- Llevar contabilidad

RENTA

Al igual que toda sociedad tributaria el fideicomiso está sujeto a impuesto a la renta, global y único. El primero aplicaría a las utilidades depuradas conocida como la “base imponible” con una tarifa del 25%, y el impuesto único a la renta que aplica a los rendimientos financieros y eventualmente otro tipo de ingresos especiales.

Es importante que la estructuración contemple una proyección anticipada de dichas utilidades y su efecto impositivo a fin de evitar malos cálculos financieros en el proyecto fiduciario. En ocasiones el esquema legal no contempla un adecuado análisis contable

de las transacciones fiduciarias y menos aún del impacto económico – tributario, por lo cual los administradores fiduciarios deben asesorarse adecuadamente en la “fábrica” de estructuración y prevenir graves consecuencias futuras.

Finalmente dentro del presente título, el fideicomiso mercantil al ser una sociedad tributaria, está en obligación de actuar como agente de retención de impuesto a la renta al momento de pagar o acreditar en cuenta cualquier tipo de ingresos que constituyan renta gravada para quien lo perciba.

PAGO DE ANTICIPO DE IMPUESTO A LA RENTA

El Art. 41 de la LRTI establece que toda sociedad (se incluye el fideicomiso) debe determinar en su declaración correspondiente al ejercicio anterior, el anticipo a pagarse con cargo al ejercicio corriente. Dicho anticipo puede calcularse de dos maneras. La primera en función del 80% del impuesto a la renta determinado en el ejercicio anterior, y la segunda en función de los activos de la sociedad.

¿Cuál era el problema que suscitaba con esta disposición? Cuando una empresa transfería un bien para la constitución de un fideicomiso mercantil, por ejemplo un vehículo, dicho bien estaba registrado como un activo en su contabilidad. Como ésta se lleva por partida doble, la salida de un activo debe registrarse contra otra cuenta dentro del balance. De esta manera al salir el activo “vehículo” debía registrarse un nuevo activo denominado “derechos fiduciarios”.

Como ya se anotó, una de las dos formas de calcular el anticipo de impuesto a la renta se lo realiza en función de los activos, lo que ocasionaba que el constituyente tenía registrado en su contabilidad el activo “derechos fiduciarios” por concepto del vehículo que transfirió al fideicomiso mercantil, y a su vez, el fideicomiso mantenía en su contabilidad el activo “vehículo”. Si ambas sociedades tributarias, la empresa constituyente y el fideicomiso mercantil, debían pagar el anticipo de impuesto a la renta en función de sus activos, se estaría duplicando impuestos sobre un mismo bien.

Por ello se ha procedido a reformar el numeral 3 del Art. 41 de la LRTI, y se exceptúa en forma expresa del pago de anticipo de impuesto a la renta a los fideicomisos mercantiles, lo que aplaudimos no solo por las implicaciones arriba señaladas sino también por cuanto la finalidad temporal de estas instituciones hubiere en muchos casos imposibilitado aplicar el anticipo pagado a utilidades futuras.

CONTABILIDAD

De conformidad con el Artículo 119 de la nueva LMV el fideicomiso mercantil será el titular de los bienes que integran el patrimonio autónomo. El fiduciario ejercerá la personería jurídica y la representación legal del fideicomiso mercantil, por lo que podrá

intervenir con todos los derechos y atribuciones que le correspondan al fideicomiso mercantil como sujeto procesal.

El constituyente puede a su libre arbitrio solicitar en el contrato constitutivo del fideicomiso que el fiduciario contrate auditoría externa. A su vez, el Consejo Nacional de Valores podrá regular los casos en los cuales obligatoriamente deberá contratarse dicha auditoría externa en consideración al monto y naturaleza de cada fideicomiso.

Por todo lo antes expuesto, y atendiendo el precepto del artículo 20 de la LRTI toda sociedad, incluidos los fideicomisos, deberán llevar contabilidad y no solamente un registro de ingresos y egresos como suele equivocadamente pensarse. Es importante además tener en cuenta que los fideicomisos no están obligados al sistema de corrección monetaria conforme dispone el Art. 33 del Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno.

Dicha norma determina en su parte pertinente que:

Art. 33.- Quienes deben aplicar el sistema.- “se exceptúan también del Sistema de Corrección Monetaria los fondos de inversión y los fideicomisos mercantiles”

BENEFICIOS TRANSFERIDOS POR EL FIDEICOMISO MERCANTIL

Nuestro sistema fiscal prevé un tratamiento general al pago de los dividendos distribuidos por las sociedades a favor de sus socios o accionistas, sean éstas otras sociedades o personas naturales. En efecto el Art. 9.1 de la LRTI establece que:

“Art. 9.- Exenciones.- Sin perjuicio de lo dispuesto por el Artículo 13 de esta Ley, están exentos de este impuesto únicamente los siguientes ingresos:

1. Los dividendos y utilidades, calculados después del pago del impuesto a la renta, distribuidos, pagados o acreditados por sociedades nacionales, a favor de otras sociedades nacionales o de personas naturales, nacionales o extranjeras, residentes en el Ecuador.”

El significado de esta norma es que la Ley otorga a los accionistas, socios o partícipes de una sociedad un crédito tributario por el impuesto a la renta pagado por dicha empresa. En otras palabras, si bien los dividendos que una empresa reparta a sus accionistas constituyen ingresos para quienes los perciben, la Ley les otorga el carácter de ingresos exentos. Esto se debe a que las utilidades obtenidas por la empresa han pagado el 25% de impuesto a la renta previamente y una vez distribuidos a los socios o accionistas dicho pago se entiende atribuido al ingreso de los socios.

Es por ello que el Art. 38 de la LRTI determina que: “el impuesto a la renta del 25% causado por las sociedades según el artículo anterior, se entenderá atribuible a sus ac-

cionistas, socios o partícipes, cuando éstos sean sucursales de sociedades extranjeras, sociedades constituidas en el exterior o personas naturales sin residencia en Ecuador.”

Al ser el fideicomiso mercantil una sociedad rige la misma normativa. Si el fideicomiso obtiene utilidades sujetas a impuesto a la renta global del 25%, deberá presentar su declaración de impuesto y cancelar el tributo. Posteriormente los dividendos que reparta a favor de los fideicomisarios o beneficiarios estarán exentos del pago de impuestos adicionales, inclusive si son repartidos al exterior.

La Ley debe precautelar que no exista una doble imposición a las operaciones fiduciarias así como también debe tomar los correctivos y controles necesarios para evitar que sirva como un mecanismo de elusión o evasión fiscal.

Es por esta razón que si se imponen tributos sobre ingresos a las operaciones fiduciarias, no cabe imponer nuevamente tributos sobre los mismos ingresos cuando éstos sean repartidos a los beneficiarios del encargo fiduciario.

Así por ejemplo, si una persona natural procede a realizar inversiones cuyos rendimientos financieros estén sujetos al impuesto único del 8%, no cabría que al hacerlo a través del fideicomiso mercantil se le imponga el impuesto al fideicomiso cuando recibe dichos rendimientos y nuevamente cuando éste distribuya los beneficios al constituyente. Lo contrario significaría una doble imposición sobre un mismo ingreso ejecutado mediante una institución que solo busca crear confianza a un determinado negocio.

Es por esto que cuando el numeral 21 del Art. 9 de la LRTI establece que las ganancias de capital, utilidades, beneficios o rendimientos distribuidos por los fondos y fideicomisos de inversión a sus beneficiarios están exentos del impuesto a la renta, debe entenderse que dicha exención obedece a un pago previo de los tributos sobre dichos ingresos por parte del fideicomiso.

Los fideicomisos no pueden servir como mecanismo para eludir impuestos realizando transacciones que normalmente están gravadas. Considero que aquellos profesionales involucrados en las estructuraciones legales, contables, tributarias y financieras de los fideicomisos deben obrar con suma diligencia y rectitud, dada su complejidad y la necesidad de su correcta construcción técnica contractual.

INTRODUCCION A LA TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES MERCANTILES

DR. MIGUEL MACÍAS HURTADO¹

Sumario: Ideas generales sobre el Derecho patrimonial: El Derecho de las cosas y el Derecho de las obligaciones. Las Obligaciones Mercantiles. Sus características. Fuentes clásicas de las Obligaciones Mercantiles.- La clasificación moderna de Karl Larenz.

IDEAS GENERALES SOBRE EL DERECHO PATRIMONIAL. DERECHO DE LAS COSAS Y DE LAS OBLIGACIONES

En el Derecho patrimonial o Derecho de bienes existen dos grandes capítulos: el Derecho de las Cosas, que abarca los derechos reales; y el Derecho de las Obligaciones, que comprende la teoría general de las obligaciones y de sus fuentes, la de los contratos y la exposición detallada de éstos. Aquí se insertan corrientemente los cuasi contratos y los hechos ilícitos (delitos y cuasidelitos) que en el Código Civil ecuatoriano aparecen en la parte dedicada a los contratos. Por lo demás, esa es la división clásica, aparentemente inspirada en la distinción de los derechos subjetivos en reales y personales o crediticios; distinción que, a regañadientes, sigue admitiendo la técnica moderna. La clasificación se asienta en el criterio de que el derecho real consiste en una relación directa entre una persona y una cosa, e inmediatidad, o sea que el titular tiene un poderío absoluto sobre las cosas; cuando verdaderamente esta relación es tan solo un hecho (la posesión), ya que "una relación de orden jurídico no puede existir entre una persona y una cosa"...²

El concepto de los "derechos reales" es tenido en cuenta por los artículos 614, 705 y 721 del Código Civil para establecer un determinado régimen jurídico, en orden a su adquisición. Y el de derechos personales o créditos se delinea en el Art. 615 del mismo cuerpo de leyes. Estos nacen inmediatamente de un acto o hecho jurídico o de la ley; en cambio, aquellos requieren además de un elemento especial: la tradición o entrega de la cosa; es decir, el traspaso de la posesión de la cosa sobre la cual el derecho recae. De los primeros se dice que son "los que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona"; y de los segundos "que son los que solo pueden reclamarse de ciertas personas que por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas".

¹ Doctor en Jurisprudencia. Ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia.

² Planiol y Ripert, *Tratado Práctico*, T. III, pág. 44;

Diez Picazo, *Fundamentos...*, pág. 49;

Josserand, *Curso*, T. I, Vol. I, pág. 111, 1130.

Esa distinción -como he advertido- ha sido criticada, alegándose ya que no puede existir relación jurídica entre una persona y una cosa; ya que, en verdad, lo que el actor puede es exigir determinada conducta del demandado (verbigracia: el propietario no poseedor que reivindica la cosa); o ya porque no existe un poder directo del titular sobre la cosa (verbigracia: el acreedor hipotecario solo puede exigir del deudor o del juez, la venta de la cosa hipotecada); sin embargo, la diferenciación todavía subsiste en nuestro Código Civil.

El Derecho real tiene un carácter de exclusividad, pero esta característica no basta en la vida social, que exige en ocasiones colaboración: yo soy dueño de un predio rústico y como tal tengo un derecho que podré hacer respetar frente a cualquier persona excluyendo pretensiones de terceros, pero si quiero cultivarlo, puedo convenir con el vecino que a título de préstamo de mutuo me entregue un tractor y con un Banco que me dé en préstamo cincuenta millones de sucres; de ambos contratos derivan obligaciones para mí, devolver el tractor y la utilización del mismo, en el primero caso; pagar el dinero recibido, en el segundo. Sin dificultad se observa, en el ejemplo, que hace un acreedor y un deudor; así mismo, que la relación es eminentemente personal por referirse a obligaciones y derechos independientes del tractor y del dinero respectivamente, aun cuando originados en su uso. ¿En qué consiste el derecho de crédito del banco? En el poder de obligarme a pagar con cualesquiera de mis bienes; o sea, sin limitarlo a tal o cual bien.

De acuerdo con lo anterior, puede decirse que el Derecho mercantil es predominantemente derecho de obligaciones. Los actos de comercio más importantes son los que engendran obligaciones, “derechos personales” en el sentido del Código Civil ecuatoriano y de todos los que provienen del francés. La palabra obligación tiene varias acepciones: según el lenguaje vulgar y la terminología del código, significa: “deber jurídico”, así, por ejemplo, el Código Civil habla de que los cónyuges están obligados a guardarse fe, socorrerse y ayudarse mutuamente (C. Civil Art. 134); y más ampliamente: “deber jurídico cuyo contenido es susceptible de recibir una determinada valoración económica”³; ejemplo: C. Civ. 2.241, quien ha causado daño a otro está obligado a indemnizarlo.

En los indicados sentidos el deber puede concebirse como la necesidad de comportarse en determinada manera en consideración a lo dispuesto por la ley.

Sin perjuicio de lo dicho, conviene advertir que en el mundo de las finanzas y en las leyes conexas se usa también el vocablo obligación para designar los títulos representativos de empréstitos. Ejemplo: Ley de Mercado de Valores, Art. 35.

Superando la equivalencia entre “obligación” y “deber”, los autores consideran con precisión que las obligaciones son las relaciones jurídicas que existen entre dos perso-

³ Díez Picazo. *Obra citada*, pág. 321

nas, mediante las cuales una, el acreedor, tiene derecho personal para reclamar de la otra, una determinada conducta, y esta otra persona, que es el deudor, tiene el deber jurídico de realizar el comportamiento que se le exige. De manera que en el fondo hay una vinculación jurídica de Derecho privado.

Técnicamente, no debemos confundir “obligación” con “deber”, la obligación está compuesta de dos elementos: el deber, cuya violación simplemente produce una ruptura del orden jurídico sin originar una sanción y lo que llamamos la “responsabilidad”, aquella situación por la cual el acreedor puede agredir el patrimonio de su deudor y obtener para él, una compensación adecuada a la deuda o a la violación del contrato. Esta distinción, obra de la técnica alemana, se encuentra en la contraposición que encierran los Arts. 1.481 y 2.391 de nuestro Código Civil; el primero, contempla el deber cuando dice que las obligaciones consisten en dar, hacer o no hacer una cosa; y el segundo, conforma la responsabilidad cuando establece que del cumplimiento responde el deudor, con todos sus bienes. De la obligación nacen deberes, pero se originan también derechos.

En Roma no había un concepto tan claro de la obligación. La “obligatio” es una situación de cautividad, un “vinculum” en sentido genuino, una cadena. Gráficamente, el “obligatus” es un prisionero sometido al señorío del acreedor. Si el “obligatus” no da satisfacción al acreedor, éste puede venderlo como esclavo.

El “debere” en cambio, es inexigible por si mismo, nace de una simple promesa o de un pacto, pero no exigible. La “obligatio” al contrario, se origina de un acto específico, formal y solemne: el “nexum”, y concluye mediante un acto de liberación llamado “solutio”.

En conclusión, es solo después de muchos siglos que la obligación se configura de manera unitaria, en que la responsabilidad, surge del débito. BETTI hasta ha llegado a decir que: “En el derecho moderno la responsabilidad ha sido despojada enteramente de su carácter personal para sumir el carácter patrimonial puro”⁴; lo que es exagerado. Ciertamente es que al acreedor le interesa fundamentalmente la seguridad de cumplimiento pero, también toma en cuenta si el deudor estará o no bien dispuesto para la prestación. De esta valorización nace esa confianza en el cumplimiento, que en el mundo comercial se conoce como “crédito”.

En el Derecho mercantil no existe una teoría particular de la obligación, distinta de la civil; pero, eso sí, hay que reconocer que en el mercantil las obligaciones adquieren una importancia singular.

Las obligaciones comerciales nacen fundamentalmente del acto jurídico, que se expresa mediante el contrato y el acto unipersonal. Del Derecho mercantil decimonónico se

⁴ *Teoría General de las Obligaciones*, T. I, pág. 369

ha dicho, con razón, que es un derecho contractualista, debido a que los contratos dominan el ámbito de esa disciplina; mas pienso, que con el auge de los títulos cambiarios, no podemos los juristas adherirnos actualmente sin reservas a tal criterio.

Generalmente, los contratos mercantiles son consensuales, es decir, se perfeccionan por el solo consentimiento y tienen por mayor y principal contenido derechos personales o crediticios⁵.

Finalmente, una advertencia: como Claro Solar⁶ el Código Civil (Art. 1.481) confunde el objeto del contrato con el objeto de la obligación, cuando el objeto del contrato es en realidad la obligación contraída; y el objeto de la obligación es lo que debe darse, hacerse o no hacerse. Por eso, es que se considera al contrato fuente de obligaciones. Por eso, el Código italiano define al contrato "como el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial".

LAS OBLIGACIONES MERCANTILES

En el Código de Comercio ecuatoriano pocos son los preceptos referentes a obligaciones, pero los que existen contienen variantes de la doctrina civilista, ya que responden a las necesidades del tráfico en masa, consecuencia de la producción en serie, al cual conviene plazos breves, seguridad y mayor libertad en las formas y pruebas. Sin embargo, conviene aclarar que a veces la ley comercial impone ritos más severos que la civil (Art. 165); así sucede con la letra de cambio, el pagaré, el cheque y las compañías; en tanto que una compraventa mercantil se perfecciona con solo observar pocas reglas; así: se contrata por teléfono o fax, y en la venta al consumidor puede éste adquirir una bebida gaseosa o alimentos depositando dinero en una máquina. En el transporte público, la emisión de un boleto perfecciona el respectivo contrato.

Los elementos que en el Derecho comparado se tienen como característicos de las obligaciones mercantiles, no aparecen con tanta nitidez en el Derecho mercantil patrio, pero también se los encuentra. Voy a ponerlos a la vista:

a) PROHIBICIÓN DE TÉRMINOS DE GRACIA.- El plazo de gracia es aquel que fuera del contrato, buenamente, obtiene el acreedor mediante su ruego. Es una graciosa concesión por consideraciones personales, que puede ser revocada; conforme a los artículos 1.244 y 1.184 del Código francés puede además ser concedido, en determinadas circunstancias, por el juez.

Las esperas, en cambio, se originan en un convenio celebrado por el deudor que se encuentra en estado de iliquidez, por el cual los acreedores le otorgan un nuevo plazo para pagar. Nace este plazo de un contrato⁷. Mientras que el concurso preventivo es la

⁵ Langle. *Manual*, T. III, pág. 8

⁶ *Explicaciones*, T. X, pág. 569

⁷ Claro Solar. *Explicaciones...* T. X, pág. 265

suspensión judicial de procesos patrimoniales y la prohibición de iniciar nuevos procesos patrimoniales es la medida que puede obtener una compañía para evitar los procesos de quiebra.

Ahora bien, dice el Art. 153 del Código de Comercio: “No se reconocen términos de gracias ni usos que difieran el cumplimiento de las obligaciones más allá del plazo que señala la convención o la Ley”. Prohibición que cierra la puerta a la posibilidad de que los jueces arbitrariamente concedan los referidos plazos de gracia.

En el Derecho comparado, la prohibición de conceder plazos de gracia es propia de la legislación mercantil; y el citado artículo 153 está dentro de esa tendencia. Pero, en el sistema ecuatoriano existe la novedad que la prohibición -aun cuando, no con carácter absoluto- está presente también en el Derecho Civil, debido a que los redactores del Código Civil chileno, consideraron que en parte tan importante del contrato la voluntad de los contratantes debe ser soberana. El artículo 1.537 del ecuatoriano, tiene el siguiente inciso: “No podrá el juez sino en casos especiales que las leyes designen, señalar plazos para el cumplimiento de una obligación”. Esos casos son muy raros, ejemplos: el Art. 968 del Código Civil, que faculta al juez para señalar el plazo en el cual debe restituirse la cosa reivindicada y el Art. 1.319 del mismo Código que le permite fijar un plazo razonable para que el albacea se excuse o comparezca a ejercer su cargo.

b) INEXIGIBILIDAD INMEDIATA DE LAS OBLIGACIONES PURAS.- Otra característica de las obligaciones es la inexigibilidad inmediata de las obligaciones puras; el Art. 554 del Código de Comercio, evidencia esta particularidad: “En los préstamos hechos por tiempo indeterminado, no puede exigirse el pago sin prevenir al deudor con diez días de anticipación”.

Al contrario, en el Derecho Civil, si una obligación no está sujeta a condición o plazo es exigible desde que se conforma; salvo el caso especial contemplado en el Art. 2.130, concerniente al mutuo; ejemplo: Juan le da S/. 1.000,00 (un mil sucres) en préstamo a su amigo Pedro; si no han estipulado plazo, Juan para exigir el pago tiene que esperar se cumpla el legal de diez días.

En las cuestiones mercantiles, el tratamiento diferente proviene de la naturaleza de los asuntos reglados; los negocios mercantiles, generalmente, se realizan a base de crédito, y el plazo es pues, una necesidad; el empresario produce para el consumo de muchos o es intermediario que opera frente a un gran mercado, por eso, requiere de una adecuada financiación para cumplir sus obligaciones, y a la financiación es consustancial el plazo, pues el dinero no debe permanecer improductivo, de ahí el Art. 159 del Código de Comercio: “El acreedor no está obligado a aceptar el pago antes del vencimiento de la obligación”; y el Art. 584 del Código de Comercio cuya redacción autoriza al deudor prendario para que pueda extinguir su obligación en cualquier tiempo antes de que venza, pagando íntegramente el capital y los intereses debidos, más el inte-

rés de un mes adicional. Como antítesis, en el Derecho Civil (que tiene su origen en el agro) nacido para operaciones de tiempo lento, destinado a reglamentar actos individuales, contratos que permiten satisfacer las exigencias de una persona o a lo más, de una familia, el plazo no es vital.

c) SOLIDARIDAD.- Otra característica es la solidaridad de los deudores. En el Derecho Civil no se presume; la solidaridad es una excepción y debe estipularse expresamente (Art. 1.554). Por el contrario, en el mercantil, la solidaridad es lo corriente, inclusive, nuestro sedicente sistema, contiene algunos casos, verbi gracia, el Art. 455, referente a los suscriptores de las letras de cambio; el Art. 605, relativo a los cofiadores y el Art. 73 de la Ley de Compañías, sobre los socios colectivos y comanditarios. La doctrina contemporánea propugna multiplicar las hipótesis de solidaridad⁸. ¿Por qué?. Pues debido a que el acreedor exige asegurar al máximo su derecho en una época en que las operaciones comerciales se hacen principalmente a base de crédito. Varios de los códigos modernos han establecido ya la presunción de solidaridad como regla general, italiano de 1942 y colombiano de 1971, Arts. 1.294 y 825 respectivamente.

- Italiano: Art. 1.294.- “Los codeudores son considerados como solidarios si de la Ley o del título no resulta otra cosa”.

- Colombiano: Art. 825.- “En los negocios mercantiles, cuando fueren varios los deudores se presumirá que se han obligado solidariamente”.

- En el Proyecto de Unificación de las Obligaciones, presentada al Congreso de la República Argentina en 1988, se ha ido más lejos, consta la figura conocida como “garantía a primera demanda” o abstracta; por la cual el garante se compromete a cumplir las obligaciones del exportador, cualquiera sea la causa, es decir, no solo existe solidaridad sino también abstracción.

a) INTERESES DE PLENO DERECHO.- En el Derecho Civil se deben intereses cuando el deudor ha caído en mora, o sea, cuando habiendo culpablemente retardado el pago ha sido además intimado por el acreedor (cumplidor de sus obligaciones) para que lo efectúe, o cuando habiéndose estipulado plazo, el deudor no soluciona la obligación dentro de él.

En el Derecho Mercantil, la tendencia es la de obtener de pleno derecho el pago de intereses. Para la doctrina mercantilista los intereses de mora no son una penalidad, un castigo por el incumplimiento culpable, sino compensación porque el acreedor no ha podido invertir el dinero, como pensaba, en otras operaciones comerciales, probablemente de beneficio más elevado; de allí el criterio de que el simple retardo, sin requerimiento, debe producir intereses, que inspira códigos extranjeros:

⁸ Hernández Gil Antonio. R.D.P. 1946

- Código de Italia (año 1942) “Art. 1.282.- Intereses en las obligaciones pecuniarias.- Los créditos líquidos y exigibles de sumas de dinero producen intereses de pleno derecho, salvo que la ley o el título establezcan otra cosa”.

- Código de México (año 1942) “Art. 85.- Los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles comenzarán:

I. En los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la ley, al día siguiente de su vencimiento;

II. Y en los que no lo tengan, desde el día en que el acreedor reclamare al deudor, judicial o extrajudicialmente, ante escribano o testigos”.

La legislación positiva ecuatoriana no admite con tanta plenitud el indicado principio; sin embargo, lo acepta en dos situaciones: cuando se preocupa de los deudores cambiarios, Art. 456 No. 2 C. de Com. facultándolos para cobrar el 6% a partir del vencimiento, y cuando dispone que el simple retardo en pagar el precio de la cosa comprada desde que deba verificarse, impone el pago de intereses (Art. 202, C. Com.). Por reenvío, admite una tercera hipótesis: una obligación a plazo, en el que éste se halle vencido, origina el pago de intereses sin el requisito previo de la interpelación (Art. 1.594 No. 1, C. Civ.). Como se observa, el área cubierta por este artículo es limitada, solamente a los contratos a plazo.

a) CONSTITUCIÓN EN MORA DE PLENO DERECHO.- Forzosamente debo repetir lo que dije al tratar de los intereses de puro derecho. En el Derecho comparado, la mora por causa de retardo inculpable es particularidad del Derecho mercantil; para el Derecho civil no es mora todo atraso; sino solamente aquel que puede imputarse al deudor; de allí, que el caso fortuito libere a éste. No puede achacarse a un deudor el que se produzca un terremoto, ni que se declare una guerra.

La causa del diferente régimen jurídico se origina en el supuesto que todo retraso perjudica al acreedor porque le priva de hacer un negocio o le puede obstaculizar cumplir un contrato celebrado con tercera persona; además, presupone un enriquecimiento del deudor, pues lo lógico es colegir que obtiene una rentabilidad o beneficio de su retardo. Obviamente, el retardo de que hablo, solamente es concebible, en las obligaciones con plazo contractual o fijado por el juez, cuando no existe plazo pactado (Art. 1.537 inciso 2 del C. Civ.).

Debo repetir lo que en el sistema legal ecuatoriano, la constitución en mora de pleno derecho, no es privativa de las obligaciones mercantiles (Arts. 198, 451-456, C. de Com., y Art. 9, Sección Quinta, Título II, Libro II, del mismo Código): “De la venta con reserva de dominio”, pues el artículo 1.594 No. 1 del Código Civil, establece también la mora por retardo en los contratos que tienen plazo.

“Ciertamente -escribe GARRIGUES- se podrá concebir que el C. de C. haya suprimido uno de los tres requisitos de la mora, la interpelación, y subsistan los otros dos: la culpa y el incumplimiento. Pero esa interpretación no armonizaría con las exigencias de la vida comercial. En el pago de intereses corresponde únicamente a la idea de que el deudor de la suma de dinero, por el hecho de entregarla a su acreedor en el momento previsto, se beneficia de los productos de un capital que no le corresponde a él, sino al acreedor, y por ello debe compensar a ésta abonándole el fruto del dinero. El interés representa, por tanto una pura compensación por falta de disponibilidad del capital, con independencia de la causa por la cual se ha producido esa falta de disponibilidad (culpa, dolo, imposibilidad material, etc.); una compensación fundada exclusivamente en la presunta productividad del dinero. La idea de la compensación económica es también esencial al concepto civil de indemnización. E igualmente lo es el elemento de la culpa del deudor, y este elemento es el que falta en el pago de intereses consecutivos a la mora en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles. Este pago representaría, en suma, una indemnización de la ganancia dejada de obtener que no exige los mismos requisitos impuestos por el Derecho Civil a toda indemnización de perjuicios”⁹.

b) **EL TÉRMINO EN EL DERECHO MERCANTIL.**- No se necesita de mucha perspicacia para percibir la importancia que tiene el término en los negocios comerciales. Los artículos 69, 70, 142, 153, 199 y 769 del C. de Com., están demostrando su magnitud.

Los fundamentos del plazo son diferentes según sean las obligaciones civiles o mercantiles; en las primeras, constituye un elemento accesorio dirigido a fijar con claridad el día en que la prestación debe cumplirse o en que concluye el contrato; en la segunda, responde a la necesidad propia del comercio de liquidar rápidamente los contratos.

La importancia del término asignado a una obligación es distinta, según sea ésta civil o mercantil; en la primera su incumplimiento solo tiene el efecto de colocar al deudor en mora; en el segundo caso, puede aparejar mayores consecuencias. Por esto el Art. 153 del C. de Com., prohíbe los plazos de gracia; el Art. 69, ordena que “las negociaciones en efectos públicos debe consumarse en el día de la celebración o, a más tardar, en el tiempo que medie hasta la hora designada para la apertura de la Bolsa del día inmediato”, pudiendo también utilizar la alternativa que da el Art. 70 de C. de Com.; el Art. 142 que la propuesta de un negocio hecha por escrito debe ser aceptada o desechada dentro de veinticuatro horas si las partes residieren en la misma plaza, y si en distinta a la vuelta del primer correo que salga después de las veinticuatro horas; el Art. 199 que “no entregando al vendedor dentro del plazo estipulado, las mercaderías vendidas, el comprador podrá solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato, y en uno u otro caso la reparación de los perjuicios que hubiere sufrido”; y según el Art. 769, que si el fletador no ha puesto a bordo carga alguna en el tiempo fijado por el contra-

⁹ Garrigues, *Tratado...*, III. Vol. I, pág. 13

to, o por el uso, el fletante pueda alternativamente exigir la indemnización pactada, dar por terminado el contrato y exigir del fletador la mitad del flete estipulado o emprender en viaje en lastre y exigir del fletador el flete y las estadías a que hubiere lugar.

Como puede observarse en los preceptos recordados, la propia naturaleza del contrato mercantil (compraventa en Bolsa) da al término tan grande importancia que su inobservancia puede producir la extinción del contrato con indemnización de perjuicios (Art. 70) y en la hipótesis que el fletador no ha puesto la carga en la nave oportunamente, dar por terminado el contrato y exigir indemnización de perjuicios (Art. 769).

“En otros casos, la ley no atribuye al término carácter especial, pero este carácter se impone por la propia naturaleza de las cosas índole del contrato, finalidad de la prestación”¹⁰; ejemplo: la obligación de entregar un billete o entrada para el encuentro de fútbol en que se decide el campeón ecuatoriano. Aquí el término es esencial por la lógica. El Código Civil ecuatoriano reconoce la presencia de esta clase de términos en el inciso dos de su artículo 1.594.

Por último, hay casos que los contratantes fundándose en la autonomía de la voluntad lleva a la categoría de término esencial un lapso que normalmente no lo es, por ejemplo: se establece en un contrato de asistencia técnica que si no se lo protocoliza en una notaría pública dentro de quince días a contar de haber sido notificado el receptor con la aprobación, el contrato se extingue, efecto que deja de un lado la indemnización de la mora y los perjuicios resultados de la infracción del contrato. Así pues, la autonomía de la voluntad transforma un incumplimiento parcial en total (Art. 1.596 del C. Civil) y la regla que el deudor moroso soporte el riesgo de pérdida de la cosa debida (Art. 1.593 del C. Civil).

La existencia de término esencial puede demostrarse por el articulado de la ley o del contrato pertinente; pero hay ocasiones en las cuales tal término no se presenta con claridad, esa hipótesis dará lugar a un problema de interpelación de la voluntad de los contratantes.

Siendo como es el término esencial una facultad pactada en beneficio del acreedor o deudor, puede el beneficiario renunciar su derecho a resolver el contrato.

c) **PRESCRIPCIÓN.**- Como en las obligaciones civiles, las acciones mercantiles prescriben por el transcurso del tiempo acompañado de la inactividad del acreedor. Se ha dicho que esta institución está fundada en la suposición que la negligencia del acreedor en ejercer su derecho evidencia el deseo de renunciarlo; pero me parece más importante la necesidad de obtener seguridad y estabilidad jurídica y consolidación de todos los derechos, pues sin ella nada sería permanente e irrevocable¹¹.

¹⁰ Garrigues J., *Tratado...*, T. III, Vol. I, pág. 15

¹¹ Alterini A., *Curso...*, T. II, pág. 362

El concepto y régimen de la prescripción civil es aplicable a los negocios comerciales con una ligera variante: los plazos establecidos por el Código de Comercio (Art. 723) son breves en consideración a la naturaleza del tráfico --(Ejemplos: Arts. 479, 586, 1.002 fletes de naves y averías gruesa y siguientes.)

FUENTES DE LAS OBLIGACIONES MERCANTILES.-

El nacimiento determina la llamada teoría de las fuentes. No hay una teoría de las fuentes de las obligaciones mercantiles propiamente dicha; la de las civiles se aplica también a las mercantiles con las adecuaciones que imponen las especiales características de éstas.

Entendemos por fuente de las obligaciones, el "título jurídico del derecho del acreedor y de la correspondiente obligación"¹².

El Código Civil ecuatoriano, en el Art. 1.480, establece cinco fuentes: la ley, el acto o negocio jurídico (contrato y acto unipersonal), el cuasicontrato, el delito y el cuasidelito¹³. Clasificación que viene del Código de Napoleón a través del código chileno. En Roma, solo existieron dos: contrato y delito.

Pero con los siglos varió la mentalidad, dejó de considerarse contrato a todo hecho que genera obligaciones y se pasó a configurarlo como acuerdo de voluntades, por eso, los bizantinos crearon dos nuevas categorías: cuasicontratos y cuasidelitos, para comprender aquellas obligaciones que sin ser contractuales o delictuales nacen "como de" o "de"; se parecen al contrato o al delito. Pothier¹⁴, recoge la cuatripartición clásica y le añade, por influencia del racionalismo: la ley. Admitida ésta, no se ve razón que impida considerar como obligaciones legales a todas aquellas que derivan de los cuasicontratos y cuasidelitos.

En los últimos tiempos, esta clasificación ha sufrido serias críticas; se dice que los cuasidelitos, deben desaparecer como fuentes, ya que si existen es por obra de la ley y que, por tanto, pueden ser subsumidos por ésta; que al mencionar a la ley como fuente de las obligaciones implícitamente se habla de los delitos y cuasidelitos. Lo mismo respecto de los cuasicontratos. Con este criterio se concluye que ante la doctrina hay únicamente dos fuentes: el contrato y la ley. Esta tesis fue aceptada en Alemania por el Código Civil, y en Francia es patrocinada por Planiol. Pero, la bipartición de las fuentes también han sido objetadas. Se ha argumentado, que la figura del contrato no cubre todas las posibilidades de creación por declaraciones de la voluntad privada; pues, caben obligaciones que derivan de la indicada autonomía pero, que no son contratos: como los negocios unilaterales (aceptación de una herencia) o cierta conducta social, por ejemplo, la del individuo que usa un autobús.

¹² Trabucchi. *Instituciones de Derecho Civil*, II, No. 220

¹³ Ospina Fernández G., *Régimen General de las Obligaciones*, pág. 41

¹⁴ Pothier. *Tratado de las Obligaciones*, T. VI, pág. 13

Se ha sostenido también que la división se hace entre fenómenos jurídicos que están situados en diferentes planos, o sea, que si la ley es fuente de obligaciones, del mismo modo lo será de aquellas que nacen de contratos, en cuanto que sus efectos jurídicos solamente son posibles debido a la protección que ella concede a los contratos. Con iguales argumentos otros autores, consideran la voluntad humana como fuente única: según ellos, la ley para imponer el derecho presume la existencia de un convenio tácito.

Así, hay quienes enseñan que, en definitiva, existe una sola fuente de obligaciones: la ley, y otros la voluntad privada.

Para superar dificultades y armonizar la realidad contemporánea con la doctrina, KARL LARENZ¹⁵, en 1952, enuncia una nueva y, en mi opinión, afortunada clasificación. Según el profesor de Kiel las obligaciones pueden nacer de:

- (a) Los negocios jurídicos
- (b) La conducta social típica
- (c) Hechos legalmente reglamentados
- (d) Un acto de soberanía estatal con efectos constitutivos en materia de derecho privado.

(a) LOS NEGOCIOS JURÍDICOS.- Como es sabido, son aquellas declaraciones de voluntad privada que reglamentan para sus autores una situación jurídicamente relevante. El negocio jurídico más conocido es el contrato. Empero, hay también otras clases de negocios jurídicos: unilaterales, bilaterales, plurilaterales y los acuerdos colectivos. Dentro de las obligaciones derivadas del negocio jurídico se incluyen todas aquellas que provengan de una declaración de voluntad negocial, sea unilateral, bilateral o plurilateral, entre vivos o mortis causa.

El contrato, según la doctrina, es la conjunción de dos voluntades pero con distintos objetivos, ejemplo: yo quiero comprar, tu quieres vender, ambos constituimos un contrato, pero con diferentes y diversas intenciones. En cambio, los actos colectivos son celebrados no por personas que tienen oposición de intereses, sino entre las que tienen un mismo propósito, por ejemplo: las deliberaciones colegiales, las juntas de accionistas; en todas ellas existen intereses coincidentes, mas no podemos hablar de contrato; sí, de una deliberación colegial. Lo mismo en el caso de la fundación de una sociedad. En ella no hay partes contrapuestas, todas convienen en el propósito de crear una entidad jurídica.

De paso diré que a los acuerdos colegiados no pueden aplicarse todas las disposiciones sobre nulidad de los contratos, pues, insisto, no tienen igual naturaleza.

¹⁵ Larenz. *Teoría...* T. I. pág. 55.

Los negocios jurídicos pueden ser unilaterales o plurilaterales según el número de parte. Unilateral, cuando produce efectos por virtud de una sola declaración de voluntad, aun cuando a esta declaración, concurren varias personas, ejemplo: fundación de una sociedad. Plurilateral, cuando hay más de una declaración contrapuesta, ejemplo: un contrato.

No debe confundirse la declaración unilateral con un negocio unilateral. En un contrato, cada una de las partes está manifestando su voluntad, sin embargo, el negocio es bilateral. Cuando se otorga poder hay una sola declaración que surte también pleno efecto jurídico, como hay una sola parte, a este negocio se le llama, unilateral.

Frecuentemente, parte y persona coinciden, pero, como he indicado, puede ocurrir que en un negocio varias personas están del mismo lado e intervengan como una sola parte¹⁶, en este caso, estaríamos ante un negocio unilateral.

(b) CONDUCTA SOCIAL TÍPICA.- Por el moderno tráfico en masa, en algunos casos, se asumen deberes y nacen obligaciones, sin que se emitan declaraciones de voluntad con esa finalidad.

“En lugar de las declaraciones surge la oferta pública y de hecho una prestación que es aceptada de hecho por el que toma parte en el tráfico”¹⁷. Ejemplo: transporte en ómnibus.

Buena parte de la doctrina se resiste a aceptar que las relaciones contractuales de hecho provengan de un acuerdo de voluntades, por ejemplo, cuando el usuario utiliza un ómnibus, sube en él sin pronunciar palabra, paga sin preguntar la tarifa que conoce de memoria y se baja del transporte en el lugar que ha previsto en su mente.

Luego, lo que confiere valor jurídico a estas relaciones no es la voluntad negocial de los participantes, sino la suposición de que los actos corresponden a una conducta social típica. El reconocimiento que el Derecho hace de esas relaciones obligatorias están en la misma líneas de los efectos que se da ciertos hechos normativos, como el silencio ante una propuesta (Arts. 141, 142 del Código de Comercio) que tampoco depende de una declaración expresa de voluntad.

En homenaje a la verdad hay que reconocer que el Código Civil patrio, es de su primera edición, año 1860, acepta relaciones no contractuales, pero de naturaleza forzosa, como las que emanan de depósito necesario (Art. 2.168), del paso inevitable por terreno ajeno, Art. 903 (servidumbre de tránsito) y de la servidumbre de acueductos (Art. 918).

¹⁶ Abadalejo, *Instituciones...*, pág. 339

¹⁷ Lorenz, *Tratado...*, T. I, pág. 58

(c) **HECHOS LEGALMENTE REGLAMENTADOS.**- Hasta la Primera Guerra Mundial fue inconcebible que el Estado pudiera en ejercicio de su soberanía establecer una relación obligatoria entre dos particulares en asuntos que tienen como base un acuerdo de voluntad. Pero en aquella época se presentaron situaciones anormales que requirieron nuevas soluciones, especialmente en el campo de los arrendamientos de viviendas. Desde ese tiempo el Estado ha dictado normas que corresponden a la llamada "contratación dirigida". Ejemplo: cláusulas impuestas por la Ley de Inquilinato sobre resolución, plazo y valor de la renta mercantil.

(d) **ACTOS DE SOBERANÍA ESTATAL.**- El ordenamiento jurídico carga al sujeto el deber de cumplir una prestación frente a otro por los más diferentes motivos, así la ley al reglamentar determinados hechos jurídicos, les ha dado el poder de fuentes de obligaciones, por ejemplo: del naufragio surgen una serie de obligaciones: auxilio, salvataje, etc., para el buque que se halla en las cercanías. He aquí como un hecho independiente de la voluntad de los partícipes, se convierte en una fuente de obligaciones.

También hay obligaciones originadas en la ley, procedentes de actos ilícitos, de enriquecimiento injusto, de relaciones de familia, etc. Es imposible hacer una enumeración completa de los indicados hechos, pero, como dice LARENZ, la ley impone a un sujeto el deber de cumplir frente a otro una prestación por los más diferentes motivos: restituir el enriquecimiento injusto, indemnizar los gastos hechos en provecho de otro, obligaciones alimentarias entre parientes, etc.

EFECTOS JURIDICOS DE LA OMISION POR PARTE DE LOS JUECES NACIONALES EN SOLICITAR LA INTERPRETACION PREJUDICIAL PARA LA APLICACION DE LAS NORMAS DEL ORDENAMIENTO JURIDICO DEL ACUERDO DE CARTAGENA

DR. ALEJANDRO PONCE MARTINEZ ¹

En el Derecho Americano existen, al menos, según mi conocimiento tres Tribunales que ejercen jurisdicción sobre los países que han ratificado o forman parte de los respectivos Tratados: La Corte Interamericana de Derechos Humanos, creada en virtud de la Convención Americana de Derechos Humanos, que conoce sobre las demandas que presenta la Comisión de Derechos Humanos contra los Estados miembros que han atentado contra los derechos humanos, la Corte Centroamericana de Justicia, que surge de los convenios de integración centroamericanos, y el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena que conoce de las acciones confiadas a él por el Tratado que lo creó, suscrito en Cartagena de Indias el 28 de Mayo de 1979 y que entró en vigencia el 19 de Mayo de 1983².

De acuerdo con el Tratado que lo creó, el Tribunal tiene la siguiente competencia: a) La acción de nulidad; b) La acción de incumplimiento, y c) La interpretación prejudicial.

La interpretación prejudicial debe efectuarla el Tribunal a solicitud de un juez o tribunal que deba aplicar, para decidir sobre un proceso, cualquier norma que conforma el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena.

El Tribunal ha considerado que forman parte del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, única y exclusivamente las normas que se hallan vigentes al momento en que se realiza la interpretación prejudicial³. Empero, aunque explícitamente dicho cri-

¹ Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Profesor de la Cátedra de Derecho Civil Sucesiones de la Facultad de Derecho de la PUCE.

² Cfr. Uribe Restrepo, Fernando, "El Derecho de la Integración en el Grupo Andino", Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1990, p. 111-117.

³ Proceso No. 1-IP-92, providencia de 6 de abril de 1992, G.O. No. 106, abril 21, 1992.- Solicitud de interpretación prejudicial de los Arts. 1o, 2o., y 5o. literal c) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.- Dijo el Tribunal: "...la mencionada Decisión 85 dejó de formar parte del citado ordenamiento a partir de la fecha de publicación de la Decisión 311...Y al no señalarse una fecha posterior para su aplicación en la Decisión 313, hoy vigente, la fecha de su entrada en vigencia fue el 14 de febrero de 1992...Debe tenerse en cuenta, de otra parte, que el recurso prejudicial tiene como finalidad o razón de ser la de asegurar LA APLICACION uniforme del Ordenamiento Jurídico Andino la que en esta oportunidad no puede darse por sustracción de materia.- Debe considerarse, además, en el episodio de tránsito de legislación arriba descrito, que el derecho de obtener una patente de invención debe regirse, a partir de la vigencia de la Decisión 313, por las nuevas normas que ésta contiene, tal como se desprende de la Cuarta Disposición Transitoria de la misma.- Con apoyo en las anteriores consideraciones, el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, declara improcedente la solicitud de interpretación por vía prejudicial de los artículos 1o, 2o. y 5o. literal c) de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena, ya que la mencionada Decisión no es aplicable, por cuanto la actualmente vigente es la Decisión 313".- Proceso No. 2-IP-92, providencia de 8 de Junio de 1992, G.O. 112, junio 24, 1992.- Solicitud de interpretación prejudicial de los literales d), f), g) e i) del artículo 58 de la Decisión 85 de la...

terio no ha sido alterado, sí se ha producido, en últimos pronunciamientos, una interpretación indirecta de las normas que rigieron en el pasado⁴. En efecto, al haberse requerido al Tribunal por parte del Consejo de Estado de Colombia la interpretación prejudicial de los arts. 5 y 27 del Tratado de Creación del Tribunal, 80 del Estatuto del Tribunal, 56, 58 (literales a, h, i y g), y 76 de la Decisión 85, normas, éstas últimas, sustituidas, el Tribunal, luego de afirmar que sobre la posibilidad de interpretación de la Decisión 85 se había pronunciado en los fallos inhibitorios anteriormente mencionados, precisó: "...a manera de orientación del órgano judicial solicitante el Tribunal considera pertinente recoger en esta ocasión la jurisprudencia contenida en el proceso No. 1-IP-87 (Gaceta Oficial No. 28, del 15 de febrero de 1988) que traza los criterios aplicables al registro de marcas", para cuyo fin transcribió las partes pertinentes de la mencionada interpretación prejudicial, y, más adelante citó el fallo en el proceso 3-IP-90⁶, mediante el cual había dado el alcance a las normas contenidas en los arts. 56, 58 (literales f y g) y 76 de la Decisión 85. Más aún, en este fallo no declaró, como lo había hecho en la providencias inhibitorias anteriores "improcedente" la solicitud de interpretación de las normas de la Decisión 85, ya no vigentes al momento de la sentencia. Sentencias posteriores han ido más allá. Así en el Proceso No. 2-IP-94, en el cual el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1 de Ecuador solicitó la interpretación de los arts. 56, 58 a), f) y g), 64 y 66 de la Decisión 85, 82, 83 y 84 de la Decisión 313 y 82 y demás disposiciones análogas de la Decisión 344, no sólo que no declaró improcedente la solicitud, sino que, sobre la base de la reiteración de fallos anteriores, y del "fenómeno" de la "supervivencia del efecto de la norma anterior" desentrañó "el contenido de las disposiciones similares de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, sobre cuyos conceptos y se ha pronunciado este Tribunal, a propósito de interpretaciones sobre la Decisión 85" y, en consecuencia, analizó la equivalencia de las normas similares y, así, dió la indicación no sólo para aplicar las

... Comisión del Acuerdo de Cartagena presentada por el Consejo de Estado de Colombia.- Decidió el Tribunal que la Decisión 85 "al ser sustituida dejó de pertenecer al Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena" y por ello declaró "IMPROCEDENTE la solicitud de interpretación por la vía prejudicial de los literales a), f), g) e i) del artículo 58 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena..."- Idénticas resoluciones tomó el Tribunal en los Procesos Nos. 3-IP-92 (providencia de 30 de octubre de 1992, G.O.122, noviembre 11, 1992, solicitud de interpretación prejudicial de los artículos 93 y 95 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, presentada por el Consejo de Estado de Colombia) 1-IP-93 (providencia de 1o. de julio de 1993, G.O.137, solicitud de interpretación prejudicial de los Arts. 61, 62, 63, 64 y 72 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, presentada por el Consejo de Estado de Colombia), 4-IP-93 (providencia de 27 de septiembre de 1993, G.O.140, septiembre 29, 1993, solicitud de interpretación prejudicial de los Arts. 58 literal f), 64, 65 y 72 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, presentada por el Consejo de Estado de Colombia), y 5-IP-93 (providencia de 27 de enero de 1994, G.O. 147, febrero 17, 1994, solicitud de interpretación prejudicial de los Arts. 1o, 2o, 19 y 20 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, presentada por el Consejo de Estado de Colombia).

4 Ciertamente las providencias inhibitorias del Tribunal no analizan dos aspectos importantes: los litigios en los cuales las normas cuya interpretación se solicitaban debían, necesariamente, ser aplicadas por los tribunales y jueces nacionales, puesto que tenían que decidirlos sobre la base de tales normas, bajo las cuales se trabó la litis. Por ello las normas comunitarias quedaban, en virtud de la inhibición, libradas a la libre interpretación de tales jueces nacionales. Por su parte, a pesar de la derogatoria de normas que estuvieron vigentes, los jueces nacionales no podían, si la sentencia por dictarse iba a ser definitiva, abstenerse de efectuar la consulta.

5 G.O. 150, marzo 25, 1994.

6 Cfr. G.O. 70, octubre 15, 1990, sentencia de 25 de septiembre de 1990, solicitud de interpretación de los artículos 56, 58 f) y g) y 76 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, solicitada por el Consejo de Estado de Colombia).

normas vigentes al momento de la sentencia, sino aquellas bajo las cuales se dictaron los actos administrativos que dieron origen al conflicto". Esta evolución culmina en la sentencia de 11 de octubre de 1994 en la cual el Tribunal efectúa una distinción entre la "**vigencia in abstracto de la ley**" y su "**vigencia in concreto**", en cuya virtud el juez nacional puede tener que aplicar una norma que estuvo vigente al momento del acto administrativo discutido, distinción que le permite interpretar, en consecuencia, normas de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y le lleva, aún más a declarar que "*requerida por un juez nacional al juez comunitario la interpretación prejudicial, pasa a ser de la exclusiva competencia de este Alto Tribunal el determinar, con absoluta autonomía cuáles son las normas pertinentes a interpretar, sugeridas o no por el requirente, y todo con el «fin de lograr una comprensión global del caso consultado»; le corresponde también absolver la consulta en el orden de prelación que él mismo estime conducente*"⁸.

El Tratado de Creación del Tribunal establece dos tipos de consultas: una facultativa y otra obligatoria. La facultativa corresponde al juez nacional cuya sentencia puede no ser definitiva, por existir la posibilidad de recursos según el derecho interno. La obligatoria la tiene que efectuar, según el Tratado, el juez o tribunal, cuando la sentencia "no fuere susceptible de recursos en derecho interno" (art. 29).

Si la sentencia, en consecuencia, es susceptible de recurso interno, el juez o tribunal que conozca del proceso no tiene la obligación jurídica de plantear la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Sin embargo, puede hacerlo, pero si no recibe la interpretación cuando llegue la oportunidad de dictar sentencia, puede prescindir de ella y decidir sobre el proceso (art. 29). En razón de la disposición del art. 61 del Estatuto, la solicitud de interpretación, en nuestro criterio, tiene que presentarse cuando ya se haya practicado la prueba, puesto que dicha norma exige que el juez o tribunal consultante "remita un informe sucinto de los hechos que considere relevantes para la interpretación". Sin embargo, el Tribunal ha considerado que la consulta es un requisito para dictar sentencia que se "*puede cumplir en cualquier tiempo*"⁹.

Como señala el ex-Magistrado del Tribunal, Fernando Uribe Restrepo, la interpretación prejudicial en el sistema andino tiene una sustancial diferencia con el sistema de la Unión Europea, puesto que en el andino el Tribunal se limita a efectuar la interpretación de la norma, mientras que en el europeo el Tribunal, además, controla la legalidad y validez de la norma comunitaria, lo cual, el Tribunal Andino lo realiza sólo cuando se ejerce la acción de nulidad¹⁰. Según explica el Dr. Christian Kohler, Bibliotecario

7 G.O. 160, julio 21, 1994, sentencia de 4 de julio, 1994.

8 G.O. 164, noviembre 2, 1994, proceso No. 1-IP-94, solicitud de interpretación prejudicial de los arts. 56, 58, 69, 70 y 71 de la Decisión 85 y 87, 98 y 102 de la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, presentada por el Consejo de Estado de Colombia.

9 Proceso 1-IP-87, sentencia de 3 de diciembre de 1987, G.O. 28, febrero 15, 1988. Solicitud de interpretación de los artículos 58, 62 y 64 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena presentada por el Consejo de Estado de Colombia.

10 "El Derecho de la Integración en el Grupo Andino", Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1990, p. 167.

de la Corte de Justicia de la Comunidad Europea, tal Corte actúa, en las materias de su competencia, como una Corte Constitucional de la Unión¹¹.

Un problema esencial que plantea la aplicación de la consulta obligatoria es el de determinar cuál es la sentencia que no es susceptible de recursos según el ordenamiento nacional. En el Ecuador, antes de la reformas constitucionales de 23 de diciembre de 1992 y de la Ley de Casación, el problema sólo podía presentarse en el campo penal o en el tributario. Hoy abarca la totalidad del espectro jurídico.

En efecto, la discusión que se plantea tiene que ver necesariamente con la naturaleza del recurso mismo. El Consejo de Estado de Colombia, al formular en 1987, una solicitud de interpretación prejudicial manifestó ante el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena que "*conforme a lo previsto en el Código Contencioso-Administrativo colombiano, contra las sentencias dictadas por las secciones del Consejo de Estado proceden o caben los recursos extraordinarios de anulación, de revisión y de súplica, según el caso y demás requisitos fijados en la Ley*". El Tribunal estimó, en el fallo, que el recurso extraordinario de anulación, por violación directa de la Constitución Política o la Ley Sustantiva podía permitir la revisión de la aplicación de las normas comunitarias, por lo cual estimó que la consulta formulada era "facultativa"¹². Este criterio, según explica el ex-Magistrado Uribe Restrepo, ha sido criticado en Colombia, tanto por el Dr. Luis Carlos SÁCHICA, quien integró también el Tribunal, cuanto por el Dr. Germán Cavalier, quienes sostienen que los recursos de los cuales habla el Tratado de Creación del Tribunal son "*los recursos ordinarios, accesibles a todas las partes en los procesos civiles o contenciosos administrativos*"¹³.

Según información proporcionada por el Dr. José Barreda Zegarra, en el Perú, en materias civiles y administrativas son definitivas las sentencias expedidas por las Cortes Superiores, pues tales sentencias ponen fin al proceso, contra las cuales sólo cabe el recurso de casación. En cambio, en asuntos marcarios, la Corte Suprema de Justicia

11 "*The Court of Justice of the European Communities and the European Court of Human Rights*", en "*Supranational and Constitutional Courts in Europe: Functions and Sources*", Edited by Igor I. Kavass. William S. Hein & Co. Inc., Buffalo, New York, 1992. p.20-21. Dice: "A simple enumeration of the respective types of actions show that the Court of Justice is by no means confined to supervising the Community's executive after the manner of an administrative Court. The Court of Justice also -and perhaps primarily- has jurisdiction to rule on the rights and obligations of Member States vis-à-vis the Communities and in relation to each other. It is likewise empowered to demarcate the powers of the Community institutions (the Parliament, the Council and the Commission) in relation to one another. Thirdly, it may examine the "legality" of legislative and other acts of the Council and the Commission (EEC, Treaty, Art. 173). The jurisdiction to settle inter-institutional disputes and to review the legality of legislation is typical of constitutional courts, just as the determination between the constituent States and the central authority is typical of a constitutional Court in a federal State"

12 Proceso No. 1-IP-87, sentencia 3 de diciembre de 1987. G.O. 28, febrero 15, 1992, solicitud de interpretación de los artículos 58, 62 y 64 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena presentada por el Consejo de Estado de Colombia.

13 "Cfr. Uribe Restrepo, Fernando. "*La Interpretación Prejudicial en el Derecho Andino*". Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Quito, 1993. p. 124-125.

revisa, en apelación, los procedimientos judiciales, por lo cual, en esta materia, ella sería la obligada a solicitar la interpretación prejudicial¹⁴.

De acuerdo con el criterio suministrado por los doctores Franklin Hoet Linares y Ricardo Henríquez La Roche, en *“la legislación venezolana existe el sistema de la doble instancia y de la casación pura francesa (abandonada ya por los franceses, por cierto), por lo que el recurso de casación es de carácter eminentemente extraordinario; no se juzga la causa sino la validez formal y sustancial de la sentencia de último grado. Pero como no hay casación sin reenvío por regla general, es necesario que pase el caso a un tribunal de reenvío cuando se declara con lugar el de casación; y contra la sentencia de este tribunal de reenvío hay lo que se denomina casación múltiple, es decir una cadena teóricamente indefinida de sentencias de reenvíos y consiguientes recursos de casación... Es difícil entonces determinar cuál es el tribunal que va a producir la cosa juzgada... De allí que a nuestro juicio la redacción de dicho Artículo 29 es un tanto confusa, y amerita una aclaratoria, una interpretación para hacerla dúctil, al menos en lo que se refiere a su implicación en el ordenamiento jurídico venezolano... La Corte Suprema de Justicia (concretamente su Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo no puede por sí misma subsanar la omisión (del tribunal de segunda instancia) y solicitar la interpretación de las normas de juicio concernientes al Acuerdo de Cartagena, puesto que la Corte Suprema es por definición un Tribunal de Derecho. Y aún cuando nuestro Código de Procedimiento Civil prevé la casación sin reenvío en ciertos casos restringidos, la interpretación que concediese el Tribunal de Cartagena replantearía la cuestión de mérito... con lo cual resulta harto difícil que la Corte vaya a asumir un criterio jurisprudencial con cargo a su propia actividad... Sería (pues) un criterio objetivo y predeterminable la condición de juzgado de única o última instancia a los fines de elevar la consulta interpretativa obligatoria al Tribunal de Quito”*¹⁵.

Los doctores Ramiro Castro Duque y Juan Pablo Cadena, de Colombia, por su parte sostienen: *“El juez al cual le cobija la obligación contemplada en el Artículo XXIX del Tratado es el Tribunal de única o última instancia, por cuanto la Corte o Tribunal de Casación en nuestro país por definición no se considera un Tribunal de Instancia y, a través del mismo no es posible obtener una revisión completa del proceso; en nuestro concepto, cuando el Artículo XXIX habla de la posibilidad de recursos en derecho interno se refiere a recursos que contemplan la revisión total del proceso”*¹⁶.

De acuerdo con el Dr. Ramiro Moreno Baldviezo, en Bolivia, la obligación de efectuar la consulta prejudicial la tendría exclusivamente la Corte Suprema de Justicia, puesto que ante ella, aparte del recurso de casación, pueden proponerse los recursos de revisión y nulidad, por lo cual sólo sería facultativa la consulta para las Cortes Superiores¹⁷.

¹⁴ Carta de 2 de junio de 1995.

¹⁵ Carta de 6 de junio de 1995.

¹⁶ Carta de 20 de junio de 1995.

¹⁷ Conferencia telefónica de 13 de julio de 1995.

Según explica Fernando Uribe Restrepo¹⁸, quien cita a Pierre Pescatore, en el derecho europeo se han sostenido dos teorías distintas: una orgánica o abstracta según la cual únicamente los Tribunales superiores o máximos en la jerarquía judicial están sujetos a la solicitud obligatoria y, otra concreta o del litigio concreto, en cuya virtud basta que sea una sentencia dictada en única o última instancia para que sea obligatoria la consulta prejudicial. Esta es la tesis que se ha impuesto en Europa y que, según el citado ex-Magistrado, está consagrada en el artículo 29 del Tratado. Dentro de Europa y concretamente en España, empero, se ha estimado que el concepto de recurso, para efectos de determinar la obligatoriedad de la solicitud de interpretación “*engloba la apelación y la casación pero no las vías de recurso extraordinarias como la tercería, la revisión o la interpretación*”¹⁹.

En el Ecuador, actualmente, la obligación de formular la solicitud de interpretación prejudicial la tienen los jueces o tribunales de única o última instancia, esto es, fundamentalmente, pues, los Tribunales Distritales de lo Contencioso-Administrativo o de lo Fiscal y las Cortes Superiores. Sin embargo la correspondiente Sala de la Corte Suprema, en nuestro criterio, tiene la obligación de formular la consulta si es que el recurso de casación se ha planteado por violación de una norma comunitaria que ha sido determinante de la parte dispositiva del fallo. En ese sentido se halla pendiente una petición, no resuelta aún, ante la Sala de lo Civil y Comercial de la Corte Suprema de Justicia²⁰.

Si es que el juez o tribunal de única o última instancia no efectúa la consulta, cabe que se plantee, en cambio, en el Ecuador, y de acuerdo con las informaciones recibidas de los mismos juristas nombrados, en Perú, Colombia y Venezuela, recurso de casación por omisión de una solemnidad sustancial que, aceptado por el Tribunal de Casación, determinará, en el Ecuador y Venezuela, que el proceso sea reenviado para que se cumpla con tal solemnidad procesal.

En efecto, la interpretación prejudicial constituye, cuando es obligatoria, esto es cuando la causa se halla ante un juez o tribunal de única o última instancia una solemnidad sustancial para la validez del proceso. El Tribunal ha establecido que la consulta es “*un requisito para dictar sentencia*”²¹. Por ello, no surge la competencia del Tribunal o juez para hacerlo sino cuando ha recibido del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena la correspondiente interpretación, en cada caso concreto. El cumplimiento de la obligación de solicitar la interpretación prejudicial “*no cae bajo el control del Tribunal de Justicia, pues no existe norma alguna que faculte a interponer ningún recurso ante el Tribunal contra las resoluciones de los Tribunales nacionales por haber dejado de so-*

18 *“La Interpretación Prejudicial en el Derecho Andino”*, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1993, p. 125.

19 Silva de Lapuerta, Rosario, *“El Procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”*, Imp. Grijelmo S.A., Bilbao, 1986, p. 192.- Cit. por Uribe Restrepo, Fernando, Id. p. 126.

20 Juicio Laboratorios Neoterapia Dr. Gabriel García Mogrovejo S.A. v. Nueva Industria Farmacéutica NIFA S.A. 21 Proceso 1-IP-87, antes citado.

licitar la interpretación o si habiéndolo hecho se apartan de su contenido o no la consideran en sentencia"²².

En el Ecuador se han dictado muchas sentencias, inclusive por la Corte Suprema de Justicia, cuando era juez de tercera instancia, en las cuales no sólo que no se ha formulado la solicitud de interpretación prejudicial sino que inclusive se ha llegado a ignorar la existencia de las normas comunitarias. Así en el juicio Instituto Farmacológico Colombiano Ltda. v. Francisco Cordero Cordovez²³, la antigua Segunda Sala de la Corte Suprema, al resolver sobre una demanda de oposición al registro de la marca de fábrica TRICOXIN se limitó a aplicar las normas de la Ley Ecuatoriana de Marcas de Fábrica y no consideró, en absoluto, las del art. 58 de la Decisión 85, vigente al momento en que se planteó la litis, a tal punto que sostuvo que no existía similitud entre dicha marca de fábrica y la de propiedad de la compañía opositora TRICORTIN porque de acuerdo con la solicitud la marca TRICOXIN debía proteger "un producto farmacéutico para el tratamiento de amebas y trichomonas" mientras la marca registrada TRICORTIN protegía específicamente "un producto usado en dismetabolismo del sistema nervioso central, neuritis y polineuritis", y, en consecuencia "*si naturaleza es esencia y propiedad de cada ser, es claro que no hay identidad de ella entre los productos en mención*". Por lo que añadió que "*Lo que el Art. 6 numeral 4 de la Ley de Marcas quiere significar con la expresión 'artículos de la misma naturaleza' se explica quizá mejor mediante el texto concordante del Art. 5, conforme al cual la marca 'sirve para distinguir unos artículos de otros, idénticos o semejantes, pero de diferente procedencia. Y bien, ni identidad ni semejanza hay entre los productos que antes se indica. Sólo se halla en el caso semejanza de vocablos, que no hasta en Derecho para fundar eficazmente la oposición demandada'*". La Corte Suprema Ecuatoriana, pues, ignoró considerar que la demanda se había planteado el 20 de febrero de 1979, cuando ya se hallaba vigente la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena que prohibía expresamente que se registraran marcas de fábrica que pudieran ser confundibles con otras ya registradas cuando cubrían productos de la misma clase internacional. En el caso resuelto, era evidente que los productos farmacéuticos amparados por ambas marcas se encontraban dentro de la clase internacional 5. Posiblemente si la Corte Suprema, en esa época tribunal de tercera instancia, hubiera cumplido su deber jurídico de consultar prejudicialmente al Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, el resultado podría haber sido distinto²⁴.

En Perú, según relata el Dr. Barreda Zegarra, en al menos tres casos, la Corte Suprema ignoró, inclusive, la petición procesal de una de las partes para que se formulara la consulta al Tribunal Comunitario²⁵.

22 Bueno Martínez, Patricio, "La Interpretación Prejudicial en el Derecho Comunitario", Conferencia en el Seminario sobre "La Propiedad Industrial en el Desarrollo de la Empresa", Asociación Ecuatoriana de Propiedad Industrial, Quito, 1994.

23 Sentencia de diciembre 5, 1990.- Inédita.

24 Si la Corte reconoció que los vocablos eran semejantes, claramente observamos el peligro que para los consumidores puede derivarse de la coexistencia de las dos marcas: puede adquirirse como medicamento para el tratamiento de la neuritis o polineuritis, uno que sirva para la eliminación de amebas o trichomonas, o viceversa.

25 Carta citada.

No existe hasta hoy ninguna interpretación del Tribunal que le hubiere sido solicitada por jueces o tribunales de Venezuela o Bolivia, aparte del propio Perú, ya indicado.

El primer y sustancial efecto, pues, de la omisión de pedir la interpretación prejudicial es el de que se genera, para la parte agraviada exclusivamente, en el caso del Ecuador, por así limitarlo la Ley de Casación, el derecho de recurrir en casación para ante la Corte Suprema de Justicia. El recurso de casación ha de interponerse por la causal segunda esto es por falta de aplicación de normas procesales, cuando tal falta ha viciado de nulidad insanable, provocado indefensión o influido en la decisión de la causa, ya que la omisión de la solicitud de interpretación y de la recepción de ella constituye una solemnidad sustancial no sólo para la validez misma del proceso, sino para que exista la competencia del juez nacional. En fallo de 22 de octubre de 1991 el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena reiteró su doctrina sobre la naturaleza de la interpretación, cuando luego de rechazar el criterio del Consejero de Estado de Colombia Dr. José Padilla Villar (quien había calificado como prueba a la solicitud), por estimar que considerar la prueba sería *“darle un tratamiento procesal que no se compagina con su verdadera naturaleza jurídica”* afirmó: *“El Tribunal reitera una vez más que ‘la interpretación judicial no puede en ningún caso asimilarse a una prueba. En efecto, el recurso prejudicial es un elemento de juris que el juez nacional debe tener en cuenta para fundar jurídicamente su sentencia y que, por lo mismo, es esencialmente distinto a la prueba, la cual se circunscribe por definición a lo fáctico del juicio o proceso de que se trate y que es, en consecuencia, ajena a la competencia del Juez Comunitario cuando interpreta prejudicialmente’ (Proceso 1-IP-91, Gaceta Oficial No. 78 de 18 de marzo de 1991).- De este principio básico se deduce, conforme ya ha tenido la oportunidad de señalarlo este Tribunal, que “la solicitud de interpretación prejudicial, en consecuencia, bien sea de oficio o a petición de parte, puede hacerse en cualquier estado y grado de la causa, aunque debería hacerse de preferencia cuando el proceso esté listo para que se dicte sentencia de fondo, puesto que se trata de llegar a un criterio hermeneúutico que tan solo resulta operativo para el juez nacional en el momento de dictar su fallo, ya que se plantea una cuestión de puro derecho como es la interpretación de las normas jurídicas del Acuerdo de Cartagena”* Y agregó el Tribunal: *“Distinta es la solución de la legislación interna para las cuestiones de hecho en las cuales sí existe una oportunidad procesal para que las partes puedan promoverlas o presentarlas ante el juez nacional”* (Proceso 1-IP-87, Gaceta Oficial No. 28 de 15 de febrero de 1988)²⁶.

Este criterio del Tribunal confirma, pues, que la consulta prejudicial, cuando es obligatoria, constituye una solemnidad sustancial del proceso conducido ante el juez nacional que, además, le permite adquirir competencia para aplicar la interpretación prejudicial en armonía y complementariedad con la legislación doméstica. Si se omite la

26 Proceso 3-IP-91, sentencia de 22 de octubre de 1991, G.O.93, noviembre 11, 1991, solicitud de interpretación del artículo 58, literales a),b),c) d) y f) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, presentada por el Consejo de Estado de Colombia).

consulta, se configura, pues, una evidente causal de nulidad, puesto que el juez nacional carece de competencia, lo que faculta a la parte agraviada con el fallo a interponer recurso de casación.

De acuerdo con la opinión de los doctores Castro y Cadena, *“la interpretación prejudicial se traduce en una suspensión de jurisdicción temporal para el Juez Nacional interno que debe tomar una decisión en un caso concreto, consistente en que mientras ella no se allegue al proceso, no puede ejercer su función.- De acuerdo con lo anterior, el incumplimiento por parte del Juez Nacional de no solicitar una interpretación prejudicial obligatoria generaría una nulidad procesal que, en el caso de Colombia, estaría contemplada en el Artículo 140 del Código de Procedimiento Civil y específicamente, en las causales de falta de jurisdicción ya que el Juez carece de la misma al interpretar normas del ordenamiento jurídico Andino, así como en las de interrupción o suspensión del proceso , ya que el Juez Nacional estaría obligado a suspender el proceso para solicitar la interpretación, y finalmente, por permitir íntegramente una instancia cual es la jurisdicción supranacional Andina”*²⁷.

Cabe, pues, casación, en el evento de omisión de la solicitud de interpretación prejudicial por parte de nuestras Cortes Superiores y Tribunales Distritales de lo Contencioso-Administrativa y de lo Fiscal, puesto que tales tribunales, de última o única instancia, tienen la obligación de efectuar la consulta cuando deban aplicar una norma comunitaria.

De esta posibilidad se deriva, evidentemente, su consecuencia: si el recurso de casación se ha interpuesto por este motivo y se lo ha fundamentado en la causal segunda del Art. 3o. de la Ley de Casación, la correspondiente sala de la Corte Suprema de Justicia, debe aceptar el recurso y reenviar el proceso a la Corte o Tribunal que deba subrogar al Tribunal de Instancia para que aquél subsane la omisión y dicte sentencia, de acuerdo con el Art. 15 de la Ley de Casación.

El segundo efecto de la falta de interpretación prejudicial es la nulidad de la sentencia ejecutoriada, que surge, evidentemente, en el evento de no haberse interpuesto recurso de casación por la omisión de la consulta. Si es que, como se ha dicho, la interpretación prejudicial obligatoria da competencia al juez nacional para dictar sentencia, y si la competencia es la distribución de la jurisdicción, es claro que, sobre el caso concreto, el juez nacional carece de este atributo y, por ello, se configura la causal primera del artículo 302 del Código de Procedimiento Civil, en cuya virtud es nula la sentencia ejecutoriada *“por falta de jurisdicción o por incompetencia del juez que la dictó”*. Esa nulidad debe, de acuerdo con nuestro sistema, demandarse ante el juez de primera o única instancia, salvo, posiblemente si la sentencia nula hubiere sido dictada por un Tribunal Distrital de lo Contencioso-Administrativo, pues, tal vez, en esa situación, en ra-

27 Carta de junio 20, 1995.

zón de lo previsto en la disposición transitoria décima séptima de las reformas constitucionales de 23 de diciembre de 1992 (R.O. No. 93, Suplemento), le correspondería el conocimiento de la demanda de nulidad a la Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia²⁸.

El Código de Procedimiento Civil en el art. 305 prohíbe que se plantee la acción de nulidad de la sentencia ejecutoriada, si ésta ha sido dictada en última instancia por la Corte Suprema de Justicia. Actualmente la Corte Suprema no es un tribunal de tercera instancia, como fue antes, y el Congreso Nacional prefirió dictar una Ley especial de Casación, sin reformar el Código de Procedimiento Civil, como lo propuso la Corte Suprema sobre la base de un proyecto elaborado por sus Magistrados Macías, Bustamante y Varea²⁹, por lo cual actualmente puede proponerse la acción de nulidad de la sentencia ejecutoriada, en el evento de haberse omitido la consulta prejudicial, inclusive si la sentencia definitiva, en casación, ha provenido de la Corte Suprema de Justicia. De allí la trascendencia que comporta para los tribunales de última instancia y para la Corte Suprema cuidar del cumplimiento de este paso procesal ineludible, que da competencia para aplicar normas andinas.

Una tercera consecuencia de omitir la interpretación prejudicial obligatoria, es el nacimiento de una competencia especial por parte de la correspondiente sala de la Corte Suprema de Justicia si el proceso ha llegado a ella en virtud de un recurso de casación fundamentado en causales y motivos distintos. En este evento, en virtud de lo preceptuado por el art. 29 del Tratado, la Corte Suprema de Justicia adquiere facultad para formular la consulta si es que para resolver el recurso de casación tiene que aplicar una norma comunitaria. Esta atribución deriva de la disposición del art. 93 de la Constitución que ordena que no se sacrificarán los intereses de la justicia por la mera omisión de formalidades procesales. En efecto, la Corte Suprema debe, para resolver la causa, elegir entre violar el art. 29 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, o apartarse del tecnicismo propio del recurso de casación que teóricamente le impediría solicitar la consulta prejudicial por no hallarse contemplado di-

28 Ciertamente este criterio puede ser atacado sobre la base de que, tanto dicha norma transitoria (muy mal redactada, por cierto) como el D.S. No. 611 (R.O. 857, 31-07-1975) a que ella se refiere, sustentan la posibilidad de demandar la nulidad de la sentencia ejecutoriada única y exclusivamente en el caso concreto en tal decreto enunciado: la existencia de una sentencia ejecutoriada, conforme al acto administrativo impugnado, si es que el órgano administrativo era incompetente. De aceptarse esta tesis, en aplicación del art. 304 del Código de Procedimiento Civil la acción de nulidad se debería plantear ante el propio Tribunal Distrital de lo Contencioso-Administrativo que la dictó.

29 Macías Hurtado, Miguel, Bustamante Muñoz, René y Varea Avilés, Rodrigo, "Proyecto de Ley sobre Casación", Revista Jurídica, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, No. 7, 1993, p.283 a 293. En tal proyecto, de modo expreso se proponía, en su art. 1, numeral 7, la supresión de las palabras "en última instancia" del art. 305, ordinal 2o., del Código de Procedimiento Civil. Al haber el legislador rechazado este proyecto y al haber dictado la Ley de Casación, es evidente que actualmente cabe la acción de nulidad de la sentencia ejecutoriada, cuando ésta proviene de la Corte Suprema de Justicia como Corte de Casación. La historia fidedigna de la ley, junto al texto legal, lo confirman.

cho paso procesal en la Ley de Casación³⁰. Evidentemente la Corte ha de sujetarse al precepto expreso del art. 29 que obliga al juez nacional, cuando la sentencia no es susceptible de recurso, a efectuar la consulta para obtener la interpretación prejudicial.

Ciertamente esta situación es distinta de aquella que se presenta cuando se ha interpuesto recurso de casación por haberse omitido la formulación de la consulta, pues en ese caso la correspondiente Sala de la Corte ha de resolver sobre el recurso específicamente propuesto y, en consecuencia, por tratarse de la omisión de una solemnidad procesal que debió ser cumplida por el juez de instancia, para adquirir competencia para dictar la sentencia de fondo, ha de reenviar la causa para decisión por parte de quien deba subrogar al juez o tribunal infractor, cuando éste es recusado (art. 15, Ley de Casación).

En cambio, si el recurso de casación se ha interpuesto no por la falta de consulta, como debió haber sido, sino, por ejemplo, por la falta de aplicación o aplicación indebida o errónea de una norma comunitaria, sobre la cual no ha existido interpretación prejudicial solicitada por el juez o tribunal de instancia, es evidente que la Corte Suprema debe suspender el procedimiento y solicitar la interpretación prejudicial. Lo propio, inclusive, tendría que hacerse si es que observa la Corte que, acogido el recurso de casación por el motivo alegado por el recurrente, debe pronunciar sentencia de fondo en la cual tenga que aplicar una norma comunitaria. No puede, pues, eludirse el precepto del art. 29 del Tratado ni aún bajo el pretexto de que las facultades de la Corte Suprema, como Corte de Casación, se hallan limitadas.

Aunque, pues, la consulta obligatoria es una responsabilidad de los jueces o tribunales de única o última instancia, la Corte Suprema ecuatoriana adquiere esa competencia cuando requiere, para dictar el fallo, fundamentarse en una disposición del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. Aún si no existiera la disposición del art. 93 de la Constitución, la Corte estaría obligada a actuar así en razón de la preeminencia del derecho comunitario sobre el nacional. Sentencias de la Corte de Justicia de la Comunidad de Europea han afirmado la superioridad de las normas comunitarias inclusive sobre el ordenamiento constitucional de los Estados miembros³¹. Naturalmente esta preeminencia de las normas comunitarias surge cuando las normas internas las contra-

³⁰ Un magistrado de la Sala de lo Civil y Comercial de la Corte, aparentemente apegado en exceso al ritual procesal descrito en la Ley de Casación sostuvo que en la tramitación de un recurso de hecho previsto en dicha Ley, no cabía escuchar, antes de la decisión sobre su admisibilidad o no, al defensor en audiencia en estrados. Inclusive negó la concesión de la apelación para ante la Sala, como lo permite, para todo proceso, con relación a los decretos de trámite, el art. 35 de la Ley Orgánica de la Función Judicial. (Juicio de competencia entre el Juez Cuarto de lo Civil de Quito y el Juez Cuarto de lo Civil de Guayaquil propuesto por Procter & Gamble Interamericas Inc.). La Sala de lo Administrativo, en cambio, sin objeción, permitió la práctica de esa diligencia en la cual, evidentemente, lo único que se analiza es la jurisdicción o no de la negativa del Tribunal de Instancia de conceder el recurso de casación. (Juicio María Salvador de Fornasini v. Municipio del Distrito Metropolitano de Quito).

³¹ Cfr. sentencia Costa Enel, sentencia Handelgesellschaft, resumidas en: Pico Mantilla, Galo "Derecho Andino", Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1992, p.52-56.

dicen, mas no cuando las normas domésticas fortalecen, complementan y aplican el espíritu de la norma comunitaria, conforme el Tribunal Andino lo ha declarado³².

La cuarta consecuencia de la omisión de la formulación de la consulta es el de la responsabilidad civil del juez o tribunal que así actuó.

En Venezuela, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 830 del Código de Procedimiento Civil, la responsabilidad civil de los jueces se hace efectiva mediante el recurso de queja, en cuya virtud se puede reclamar daños y perjuicios por varias causas previstas en la citada norma, entre las cuales se hallan: el haberse faltado a la ley, si no hay otro recurso; el abuso de autoridad, por ejercerse atribuciones no conferidas; por cualquier falta, exceso u omisión indebidas contra disposición legal expresa de procedimiento o por infracción de ley expresa en cualquier otro punto, y por no haber el Superior reparado la falta del inferior, a pesar de habersele solicitado y no estuviere prohibido de hacerlo. Aunque según comentan los doctores Hoet Linares y Henríquez La Roche, este recurso es "inusitado" en Venezuela, debe tenerse en cuenta que para ser aceptado, la falta debe provenir de ignorancia o negligencia inexcusables, sin dolo y haber causado daño o perjuicio a la parte querellante³³.

En Perú también cabría, según lo explica el Dr. Barreda Zegarra, interponer la acción de responsabilidad, inclusive contra los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, por la violación judicial de un tratado internacional³⁴.

En Colombia, la acción de daños y perjuicios contra los jueces o tribunales que omitan hacer la consulta debería ser considerada en cada caso especial, pues ella no prosperaría si "la denegación en la consulta está motivada con argumentos jurídicos valederos". Por ello, según relatan los doctores Castro Duque y Cadena, el Tribunal Superior de Bogotá ha rechazado en procesos cautelares "en varias oportunidades la consulta por cuando considera que en nuestro ordenamiento legal existe una acción separada denominada 'Legalidad de Proceder', que es la oportunidad que tiene el afectado con medidas cautelares para obtener el levantamiento de las medidas correspondientes cuando logre demostrar que su conducta está respaldada por una norma legal"³⁵. Añaden que según la jurisprudencia colombiana existe la acción de daños y perjuicios por error judicial flagrante, lo cual excluye el error que se derive de una simple interpretación de la Ley.

En Bolivia, en cambio, los jueces son irresponsables civilmente, según lo explica el Dr.

32 Proceso 06-IP-94, sentencia de 9 de diciembre de 1994, R.O.E. 675, abril 13, 1995, solicitud de interpretación prejudicial de los artículos 1.2, 6 y 7 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, planteada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1 de Ecuador.

33 Carta citada.

34 Carta citada.

35 Carta citada.

Ramiro Moreno; sin embargo, cuando existen graves infracciones, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia pueden ser sometidos al juicio de responsabilidades, a través de la investigación conducida por la Cámara de Diputados y la decisión final de la Cámara del Senado, lo que puede devenir en sanciones de tipo personal, como la destitución que acarrea la prohibición definitiva de formar parte del Poder Judicial³⁶. Según el criterio del Dr. Moreno Baldivezo, la omisión en solicitar la consulta prejudicial no devendría en un juicio de responsabilidades ante el Poder Legislativo, especialmente porque en Bolivia los Tratados Internacionales, en el orden interno, no se sitúan pragmáticamente, dentro del ordenamiento jurídico en una posición jerárquica de superioridad a la Ley, y, menos aún, por sobre la Constitución.

En Ecuador, evidentemente, cabe proponer la acción de daños y perjuicios contra los jueces o magistrados que hayan omitido formular la solicitud de interpretación prejudicial cuando estaban obligados a hacerlo. Sin embargo, tal omisión debe haber causado un perjuicio económico, conforme al art. 1031 del Código de Procedimiento Civil. El perjuicio moral no, es, pues, suficiente para fundar una acción. La norma señala, taxativamente, las causas por las cuales puede exigirse indemnización a los jueces:

- a) retardo o denegación de justicia;
- b) quebrantamiento de leyes expresas;
- c) usurpación de funciones;
- d) concesión o rechazo de un recurso denegado o concedido por ley en forma expresa, y
- e) alteración de la sentencia al ejecutarla.

La omisión en plantear la interpretación prejudicial se situaría, claramente, en la causal segunda, esto es en el quebrantamiento de una ley expresa; en este evento, el quebrantamiento de una norma superior a una ley, como es un tratado internacional, y, más aún, el quebrantamiento de una norma comunitaria, de naturaleza supranacional. La Corte Suprema ecuatoriana ha estimado que un caso de quebrantamiento de ley expresa que genera la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados es el actuar sin competencia, "*puesto que ésta es una de las solemnidades sustanciales común a todos los procesos*"³⁷. Por consiguiente, si se omite la consulta prejudicial, se actúa sin competencia y se origina el derecho de la parte económicamente agraviada a exigir del juez o de los jueces la indemnización de perjuicios. La acción de daños y perjuicios contra los Ministros de las Cortes Superiores y, posiblemente, contra los Magistrados de los Tribunales Distritales de lo Fiscal y Tribunales Distritales de lo Contencioso-Administrativo, la conoce el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, en primera instancia y, en segunda, la Sala de lo Civil y Comercial de la misma Corte (arts. 1032 del Código de Procedimiento Civil y 13 y 20 de la Ley Orgánica de la Función Judicial).

36 Conferencia telefónica de julio 13, 1995.

37 Recurso de queja contra el juez parroquial de Milagro, G.J.H.125. 999.- En nuestra antigua legislación, la actual acción de daños y perjuicios contra los jueces se denominaba recurso de queja.

Las acciones contra los Ministros de la Corte Suprema, de acuerdo con el art. 1032 del Código de Procedimiento Civil, han de ser conocidas por una de las Salas determinada por sorteo, en primera instancia, y, en segunda, por el Tribunal en Pleno, con exclusión de los Magistrados de la Sala a la cual pertenezcan los Ministros demandados.

La quinta consecuencia de la omisión en la formulación de la consulta rebasa el ámbito del derecho interno. En efecto, si el juez nacional que debe pedir la interpretación prejudicial al Tribunal no lo hace, se ha violado una norma del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, por parte de uno de los países, y tal violación constituye, según lo expresa el Magistrado del Tribunal doctor Patricio Bueno Martínez "*una singular forma de incumplimiento*"³⁸. El incumplimiento ataca el objetivo comunitario de la interpretación prejudicial que busca, como indica el ex-Magistrado doctor Luis Carlos Sáchica, que "*el derecho andino sea realmente común, unívoco, general*" puesto que de esta manera "*se produce, paralelamente a la integración económica, la necesaria integración jurídica*"³⁹.

El incumplimiento de un país genera dos derechos de distinta naturaleza: a) La Junta del Acuerdo de Cartagena, motu proprio o en virtud del reclamo de otro país miembro puede formular observaciones que, en el evento de no ser cumplidas por el país infractor, determinan que la Junta requiera un pronunciamiento del Tribunal, pronunciamiento que puede ser solicitado también directamente por el país afectado, si la Junta no hubiere formulado observaciones en tres meses o si en su dictamen se pronunciare en el sentido de que no existe incumplimiento o si la Junta, pese a haber emitido dictamen de incumplimiento, no hubiere recurrido al Tribunal en dos meses (arts. 23 y 24 del Tratado). El Tribunal en la sentencia, de ser ésta declarativa de la existencia del incumplimiento debe disponer que el Estado incumplido adopte las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia, dentro de los tres meses siguientes a su notificación (art. 25 del Tratado). b) Las personas naturales o jurídicas afectadas por el incumplimiento de un Estado, pueden recurrir a los Tribunales competentes de éste para reclamar por las violaciones, que afecten sus derechos (art. 27).

Evidentemente, conforme lo confirman los criterios de los juristas consultados en Colombia, Perú y Venezuela, a quienes tantas veces he citado, cualquier Estado miembro, que normalmente actuará a pedido de un particular afectado, como lo indica el Dr. Barrera Zegarra, puede reclamar, según el procedimiento descrito en el art. 24 del Tratado, por el incumplimiento derivado de la falta de consulta al Tribunal Andino de Justicia, el cual, si es que el expediente llega a él, al declarar el incumplimiento deberá imponer al país la conducta correctiva pertinente, que bien puede ser la de obtener, a través de los mecanismos procesales del derecho interno, la nulidad de la sentencia ejecutoriada o, talvez, si esto no fuere posible, la obligación de indemnizar. Si el Estado

38 Conferencia citada.

39 Sáchica, Luis Carlos, "*Introducción al Derecho Comunitario*", Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1985.

infractor no cumple lo dispuesto en la sentencia. el Tribunal, luego de opinión de la Junta, puede suspender o restringir en contra de ese país, las ventajas del Acuerdo de Cartagena (art. 25 Según enseña el Dr. Uribe Restrepo, “*en este delicado punto (el de las sanciones por incumplimiento) la regulación andina supera al derecho comunitario europeo según el cual, en caso de rebeldía, que tan sólo que el Tribunal insista en que sus decisiones deben ser acatadas*”⁴⁰.

*“La sentencia de incumplimiento -dice el ex- Magistrado del Tribunal Dr. José Guillermo Andueza- contiene una declaración de certeza en el sentido de que reconoce que el país miembro demandado ha incumplido el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. Pero además de esta declaración, la sentencia contiene una orden para que el país requerido cese en el incumplimiento, un mandamiento para que el país infractor ajuste su conducta o comportamiento a las normas comunitarias andinas. Esta sentencia sólo produce efectos entre las partes procesales en virtud del principio *res inter alios acta, aliis nec nocere nec prodesse potest*”⁴¹.*

La sentencia del Tribunal se ejecuta en la forma prevista en los arts. 69 a 71 del Estatuto del Tribunal (Decisión 184).

De producirse la declaración de incumplimiento, el Estado afectado, según las normas de su derecho interno, puede reclamar de los jueces que omitieron la solicitud de interpretación prejudicial, cuando estaban obligados a ello, las respectivas indemnizaciones o puede, en cualquier otra forma hacer efectiva la responsabilidad contra tales jueces.

En el Ecuador, el Estado, una vez cubierta la indemnización, puede repetir contra los jueces, en razón de lo previsto en el art. 20 de la Constitución. Naturalmente, los jueces remisos están sujetos, también, a las demás responsabilidades políticas, administrativas y eventualmente penales.

Por su parte, la persona natural o jurídica afectada por la omisión en la formulación de la consulta prejudicial, sobre la base de los arts. 27 y 5 del Tratado, puede demandar ante los jueces competentes del Estado al cual pertenezcan los jueces que violaron el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena la reparación de su derecho, lo cual, normalmente se concretará en la indemnización de perjuicios, salvo que exista la posibilidad de otro medio de reparación. “*Reclamado el hecho del incumplimiento, el juez nacional deberá aplicar una norma del ordenamiento jurídico (del Acuerdo de Cartagena), y antes de dictar sentencia tendrá que recurrir con la solicitud de interpretación prejudicial al Tribunal Andino, lográndose así la aplicación uniforme del Derecho Comunitario...*”⁴².

En síntesis, pues, es de singular trascendencia e importancia el que los jueces o tribunales que definen dictar la sentencia definitiva en cada uno de los países, en los casos en los cuales tengan que aplicar normas comunitarias, formulen la consulta al Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, para que éste dicte su interpretación prejudicial. Si no lo hacen, actúan sin competencia, su sentencia puede ser casada, o puede ser declarada nula y pueden ser demandados para indemnizar los daños y perjuicios causados. El país al cual pertenecen puede ser objeto de una acción de incumplimiento que, en su turno, puede acarrearlas responsabilidades civiles, políticas, administrativas y eventualmente penales.

Agradezco al Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena por haberme invitado a participar en este trascendente evento que busca consolidar la aplicación del Derecho Comunitario en la Subregión. De igual modo agradezco a mis estimados colegas y amigos, los doctores José Barreda Zegarra, Ramiro Castro Duque y Juan Pablo Cadena, Franklin Hoet Linares y Ricardo Henríquez La Roche, y Ramiro Moreno Baldiviezo por su cooperación para que esta charla adquiriera un significado en esta reunión.

BIBLIOGRAFÍA.-

Andueza, José Guillermo, "El Tribunal del Pacto Andino", Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1986, Quito.

Barreda Zegarra, José (de "Barreda Moller", Lima), Carta de junio 2, 1995.

Bueno, Martínez, Patricio, "La Interpretación Prejudicial en el Derecho Comunitario", Seminario sobre "La Propiedad Industrial en el Desarrollo de la Empresa" organizado por Asociación Ecuatoriana de la Propiedad Industrial, Quito, Nov. 1994.

Castro Duque, Ramiro y Juan Pablo Cadena (de "Brigard y Castro", Bogotá), Carta de junio 20, 1995.

Hoet Linares, Franklin y Henríquez La Roche, Ricardo (de "Bentata Hoet & Asociados", Caracas), Carta de junio 16, 1995.

Kavass, Igor I. (Editor), "Supranational and Constitutional Courts in Europe: Functions and Sources", William S. Hein & Co. Inc., Buffalo, 1992.

Moreno Baldiviezo, Ramiro (de "Gabriel Patent & Trademark Office", La Paz), Conferencia de julio 13, 1995.

Pico Mantilla, Galo, "Derecho Andino", Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1992.

Pico Mantilla, Galo, "Tratados y Convenios de la Integración", Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1992.

Sáchica, Luis Carlos, "Introducción al Derecho Comunitario Andino", Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1985.

Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, "Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, BID/Intal", 3 tomos, Buenos Aires, 1994.

Uribe Restrepo, Fernando, "El Derecho de la Integración en el Grupo Andino", Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1990.

Uribe Restrepo, Fernando, "La Interpretación Prejudicial en el Derecho Andino", Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1993.

TRÁMITE DE LA PARTICIÓN.

DR. JUAN LARREA HOLGUÍN.¹

Sumario: Introducción. Cuestiones de Resolución Previa.

Determinada la persona que actuará como partidor, sea por disposición testamentaria; por convenio de las partes o por designación judicial se requiere que la competencia se radique en tal persona por no haber sido recusada y por su aceptación.

Efectivamente, si el designado por el testador tuviere algún impedimento legal que le incapacite para desempeñar el cargo tendría que buscarse otra persona. Los herederos que han escogido libremente al partidor pueden pasar por alto algún impedimento, ya que, en fin de cuentas son libres de disponer de sus bienes de repartírselos como mejor les convenga, pero si sobreviene a la designación el motivo de incapacidad podrían igualmente recusarlo. En cuanto al nombrado por el juez, queda también sujeto, como todo juez o arbitro, sujeto a recusación, de igual manera que si se trata de uno de los jueces ordinarios, escogido por sorteo y no por petición de los comuneros.

El designado puede excusarse libremente, salvo que se trate de juez ordinario sobre el que ha recaído sorteo. Estos últimos solamente pueden excusarse por causa legal. La libertad de excusa del partidor testamentario o convencional, es actualmente absoluta en nuestro Código, a diferencia del Chileno, que conserva la equiparación al caso del albacea quien, si se excusa sin motivo, se vuelve indigno de heredar al causante. Hasta la 4a. edición de nuestro Código Civil, (1930) constaba esa norma, pero se suprimió en las reformas de 1937, de modo que desde la quinta edición (1950), tenemos el actual texto que dice: "Art. 1370.- El partidor no está obligado a aceptar este encargo contra su voluntad". Por consiguiente no necesita alegar una causa legal para excusarse, y si lo hace sin indicar el motivo o sin tenerlo, no recibe ninguna sanción, pues simplemente hace uso de su libertad.

El siguiente artículo ordena que el partidor que acepta preste juramento de desempeñarlo con la mayor fidelidad y en el menor tiempo posible. Este juramento, como explica Claro Solar², puede constar en la misma escritura pública por la cual es nombrado por los herederos o bien por acta de su declaración ante el juez. No bastaría una aceptación tácita, ni una simple presunción de juramento; son hechos muy importantes que deben constar debidamente. Sin embargo, la jurisprudencia chilena resulta vacilante en torno a la falta del juramento habiéndose dado sentencias que declaran la nulidad del juicio y otras que no consideran causa de nulidad.

El juramento, como claramente aparece del texto legal, se refiere a dos asuntos: desempeño con fidelidad y utilización del menor tiempo posible. Lo primero comprende el

¹ Ex-profesor de la Universidad Central y la Universidad Católica del Ecuador

² Claro Solar, Luis, *Explicaciones al Código Civil Chileno*, Tomo XVII, Vol. 5, p. 127.

respeto de todas las normas legales y de la equidad, así como el respeto a la voluntad del testador y a los acuerdos que realizaren o hubieren realizado los copartícipes válidamente.

Lo relativo al tiempo, es bastante indeterminado y flexible; "el menor tiempo posible", queda sujeto a una interpretación de buena fe y de sentido común. El plazo máximo está señalado en el artículo 1375; "El partidor efectuará la partición en el término de seis meses contados desde la aceptación del cargo.- El testador podrá ampliar este plazo. Los coasignatarios podrán ampliarlo o restringirlo, como mejor les parezca, aun contra la voluntad del testador."

Una sentencia de la Corte Suprema expresa que no habiendo todos los herederos resuelto la prórroga del plazo del Partidor, éste no pudo seguir con jurisdicción prorrogada y debió remitir el juicio al juez ordinario. No habiéndolo hecho, se produjo nulidad³.

De este juramento surge la responsabilidad del partidor, que se precisa en el artículo 1372: "La responsabilidad del partidor se extiende hasta la culpa leve; y en caso de prevaricación, declarada por el juez competente, estará sujeto a la indemnización de perjuicios, y a las penas legales que correspondan al delito."

Todavía más, el artículo 1379 señala la responsabilidad del partidor frente a los acreedores de la sucesión, a los que deberá indemnizar de "todo perjuicio", si no ha cumplido la obligación de señalar la hijuela o bienes concretos con los que se ha de satisfacer sus derechos.

El partidor debe, pues, sujetarse a varias normas: las propiamente legales, las que haya dado el testador siempre que estén enmarcadas en el derecho y las que hayan formulado los copartícipes. La función arbitral del partidor, así lo exige. Está previsto que el partidor convoque a las partes y procure que lleguen a un acuerdo, el cual, en caso de producirse debe ser fielmente recogido en el laudo o sentencia.

Como explica Meza⁴ esas reuniones o audiencias permiten tramitar verbalmente la partición, debiendo recogerse en las correspondientes actas, lo que se vaya resolviendo. Las audiencias pueden ser muchas y aun se suele prefiar fechas periódicas para ellas, de modo de avanzar ordenadamente en el proceso. Para esas audiencias no serían necesarias nuevas y nuevas convocatorias, pero sí para las audiencias extraordinarias o especiales, que no se hayan convenido previamente.

Así como el partidor asume la responsabilidad, frente a los herederos, legatarios y acreedores, tiene también derecho a la remuneración por su trabajo. El honorario pue-

³ 3a. Sala. Auto 8 de marzo de 1974.

⁴ Meza Barros. .

de ser fijado de antemano, en caso de convención, o por el testador, dentro de los bienes de que puede disponer. Si no lo hubiere sido de esta manera puede el mismo partidor señalar sus derechos que podrán ser aceptados por las partes o bien sujetos a revisión por parte del juez ordinario si no estuvieren conformes los partícipes. También cabe, pedir directamente al juez ordinario que los fije. En cualquier caso esta remuneración es parte de las costas de la sucesión, que gravan a la masa total y se deben deducir previamente para los ulteriores cálculos de la partición, como esto no siempre es posible -como se acaba de indicar-, querrá decir, que ya hecha la partición, deberán contribuir los beneficiarios, en proporción a las asignaciones que hayan recibido lo cual equivale a descontar previamente de la masa partible.

Las dos bases fundamentales para proceder a la partición consisten en la certeza sobre: a) quienes son los copartícipes y b) cuáles son los bienes que se van a dividir. Estos dos puntos deben estar plenamente definidos antes de proceder a la partición; no se discuten dentro de ella y no tendría razón de ser la partición mientras no se conocieran con certeza. Por esto, generalmente hay que proceder la previa separación de patrimonios, sobre todo cuando se trata de personas casadas. Quienes reclaman derechos no en la sucesión del causante, sino como herederos del cónyuge del predecesor, por sus gananciales o bienes propios, deben probar previamente la existencia de la sociedad conyugal y que existieron tales gananciales o bienes propios; separado el patrimonio hereditario, se puede proceder a la partición⁵. Pero los comuneros pueden convenir en que se realice una partición conjunta de más de una herencia: muchas veces la de los dos cónyuges fallecidos. Estas y otras cuestiones deben ser resueltas previamente, como veremos de inmediato.

CUESTIONES DE RESOLUCION PREVIA.

Indudablemente, para proceder a una partición, se requiere establecer previamente qué es lo que se va a dividir y entre quienes. Aunque las reglas de la partición hereditaria sean aplicables a otros casos similares, como la división de los bienes de la sociedad conyugal, de una comunidad o de una sociedad, etc., nos referiremos preferentemente al caso de la herencia

Con la finalidad de que estén debidamente establecidos esos puntos básicos que permiten la partición, nuestro Derecho proporciona varios juicios que normalmente se han de realizar previamente, todos ellos son de jurisdicción voluntaria y, sólo eventualmente, se convertirán en contenciosos si es que surge alguna oposición.

Estas acciones son las siguientes: 1. Apertura y publicación del testamento. 2. Posesión efectiva de los bienes. 3. Facción de inventario y tasación de los bienes 4. Eventual nombramiento de curador de bienes de algún ausente o de tutor o curador para los incapaces.

⁵ *Gaceta Judicial, Serie XIII, No. 3, p.610. Defensa Nacional-Rosales.*

Tratándose de un causante que estuvo casado normalmente se habrá liquidado previamente la sociedad conyugal, y si no se ha hecho en vida, puede hacerse por razón de la muerte que da término a la sociedad, la misma que debe liquidarse. En esta liquidación se retirarán los bienes propios de cada cónyuge (los del difunto corresponderán a sus sucesores), se establecerán los saldos recompensas y compensaciones a que tenga derecho cada uno, se cubrirán las deudas sociales, y finalmente, si hay gananciales, se dividirán, por regla general, en dos mitades. Hechas estas operaciones, quedará en claro, cuanto correspondía al difunto y, por consiguiente, cuanto deba dividirse entre los sucesores.

La siguiente fase consiste en establecer el patrimonio sucesorio partible, mediante el cálculo de los acervos. Se descontarán en primer lugar los gastos de última enfermedad, las costas del proceso hereditario, incluidos los honorarios del partidador, las deudas hereditarias o testamentarias, los impuestos que graven la masa partible (que actualmente no rigen en el Ecuador), y la porción conyugal, si el cónyuge sobreviviente desea recibirla y no ha renunciado a ella. Así queda un saldo que es el acervo líquido.

Luego, hay que calcular los acervos imaginarios, sumando al monto de los bienes dejados al morir, aquellos otros que el causante donó en vida a legitimarios y a extraños. Con estas operaciones se determinará si hay lugar a imputar a alguno o algunos de los legitimarios, las donaciones que ya recibieron, a su porción legitimaria; y se establecerá si los extraños tienen que devolver o compensar por las donaciones que pueden resultar excesivas, perjudicando el derecho de los asignatarios forzosos a sus respectivas asignaciones (porción conyugal, legítimas y mejoras).

Hechas las deducciones y sumadas o colacionadas las cantidades que resulten de las indicadas operaciones jurídicas y matemáticas, queda propiamente el monto de los bienes que se han de dividir. Debe también quedar claramente determinado el monto de los gravámenes, cargas o deudas, que no hayan sido ya canceladas, sacándolas del acervo bruto sea porque no son de plazo vencido, o porque se requiera la liquidación y venta de bienes o la distribución de dichas deudas entre los herederos, para poder pagarlas.

Este es el orden lógico con el que se procede a la partición, pero a veces surgen accidentes que lo alteran, porque o bien aparecen ulteriormente nuevos bienes o deudas, o no se ha cumplido alguna de las etapas previas, por ejemplo, el inventario o el avalúo, o se producen reclamaciones de dominio exclusivo de algún bien por parte de un heredero o de personas extrañas. Estas, y otras circunstancias, originan los juicios de resolución previa a la partición, fuera de los indicados procedimientos normales.

La apertura de la sucesión y la sentencia de posesión efectiva, habitualmente bastan para establecer con claridad varios puntos; el momento de la muerte del causante, y por consiguiente cuál es el estado al que tendrá que referirse la partición en cuanto a dere-

chos de las personas y a la cuantía de los bienes; quienes son los herederos y cual es propiamente el monto bruto de la sucesión. Pero cualquiera de estos extremos puede ser impugnado por quienes tengan interés o crean tener derecho. Por ejemplo, pueden aparecer personas que pretenden ser herederos o puede impugnarse la validez de un testamento, o sostenerse que alguien ha adquirido tales o cuales bienes por compra o por prescripción, etc., todo lo cual deberá ser resuelto en los correspondientes juicios.

El juicio de inventarios tiene por objeto precisar los bienes que forman parte de la sucesión y avaluarlos. Por lógica, este juicio debe ser anterior a la partición⁶. Pero no es indispensable, ya que, si todos los herederos son capaces, pueden convenir en hacer un inventario no solemne, bastando un simple apunte de las cosas que pertenecen a la sucesión, y en cuanto al avalúo, puede también realizarse por común acuerdo, o con la ayuda de algún perito, pero sin que se exija necesariamente la forma judicial, salvo que intervengan incapaces.

También es, naturalmente, una cuestión previa la de designar la persona o personas que han de administrar los bienes hasta su entrega a los que tengan derecho de recibirlos. Este nombramiento puede hacerse por acuerdo de las partes, y a falta de él, el juez designará el administrador común. Si no se ha realizado esta nominación con anterioridad, podría efectuarse por un acuerdo, ya durante el juicio de partición; pero si no hay este acuerdo, el partidor no tiene competencia para resolver el asunto, sino que debe ser objeto de sentencia por el juez ordinario⁷.

La jurisprudencia antigua fue un tanto fluctuante y se llegaron a producir sentencias contradictorias, por lo que la Corte Suprema dictó en 5 de octubre de 1948 una resolución generalmente obligatoria, indicando que las controversias sobre derecho a la sucesión, desheredamiento, incapacidad o indignidad de los asignatarios, y los referentes a la propiedad de los bienes. Fuera de estos casos enumerados, las demás cuestiones corresponde resolver al partidor⁸.

Sin embargo, la enumeración de las cuestiones previas de competencia del juez ordinario, pueden ser aún otras más, fuera de las anteriormente señaladas, o por lo menos, se comprenderán incluidas en algunas de ellas que son bastante genéricas, como la que se refiere al "derecho de sucesión"; por ejemplo, entre éstas se incluiría el discutir sobre la validez de un testamento, o, dentro de "propiedad de los bienes", el valor de una escritura pública de venta de un inmueble, etc. Por suerte que la jurisprudencia tiene que seguir precisando estas diversas posibilidades que se presentan en la vida.

Una sentencia reconoce al juez ordinario y no al partidor, como competente para resolver si una de las partes tiene derecho a la herencia, por haberse impugnado su condi-

6 *Gaceta Judicial, Serie II, No. 113, p. 900.*

7 *2a. Sala, sentencia de 27 de enero de 1953. Gaceta Judicial, Serie VII, No. 7, p. 658.*

8 *1a. Sala, sentencia de 19 de junio de 1951. Gaceta Judicial, Serie VIII, No. 1, p. 28.*

ción de hija del causante; este juicio sobre el estado civil, tendrá que resolverse por el juez, siguiendo el adecuado trámite y analizando en él las pruebas sobre la relación paterno-filial: evidentemente, no corresponde al partidor resolver tal asunto⁹.

Igualmente, si la controversia surge sobre la validez de un testamento, esta cuestión es de previa resolución por el juez ordinario y no entra en la competencia del partidor¹⁰.

Otro caso en que parece que no se había previsto por el derecho y que corresponde al juez ordinario, consiste en la discusión sobre el derecho a demandar la partición, por parte del comprador de una cuota de una cosa singular, que forma parte de los bienes sucesorios. Una sentencia declara que este asunto debe ser resuelto por el juez ordinario y, desde luego el comprador de un bien singular, o de cuota de él no está habilitado para demandar la partición de la herencia¹¹.

Con relación a las personas que tienen derechos en la partición, el artículo 1373 dice "Antes de proceder a la partición se decidirán por la justicia ordinaria las controversias sobre derechos a la sucesión por testamento o abintestato, incapacidad o indignidad de los asignatarios."

Otra serie de cuestiones plantea la determinación exacta de los bienes sobre los que recae la partición los que componen el haber hereditario, y a éstas se refiere el artículo 1374: "Las cuestiones sobre la propiedad de objetos en que alguno alegue un derecho exclusivo y que, en consecuencia no deben entrar en la masa partible, serán decididas por la justicia ordinaria, y no se retardará la partición por ellas. Decididas a favor de la masa partible, se procederá como en el caso del artículo 1392.- Sin embargo, cuando recayeren sobre una parte considerable de la masa partible, se podrá suspender la partición hasta que se decidan, si el juez, a petición de los asignatarios a, quienes corresponda más de la mitad de la masa partible, lo ordenare así."

Aquí tenemos, pues, un asunto previo que puede alcanzar mayor o menor importancia según la cuantía relativa de los bienes discutidos. Si se trata de un objeto o de unas especies de escaso valor, en comparación con el monto total de la sucesión, bien se puede seguir la partición, quedando los bienes discutidos al margen de ella, para realizar otra partición suplementaria, cuando se haya resuelto lo referente a la propiedad de dichos bienes. Pero si se trata de la parte principal o de una parte considerable de la herencia, claro está que no tendría razón de ser el avanzar en la partición, antes de resolver si esos bienes entran o no en el haber divisible: esto debe probarse y sentenciarse antes; de aquí que se dé a la mayoría de los comuneros, el derecho de ordenar al juez la suspensión de la partición, hasta que el juez ordinario resuelva la cuestión sobre la propiedad.

9 *Gaceta Judicial, Serie VIII, No. 15, p. 1777. Otra en igual sentido: Gaceta Judicial, Serie VII, No. 5, p. 465. Otra de la 1a. Sala, Auto de 30 de octubre 1985.*

10 *1a. Sala, 30 de septiembre de 1995. Gaceta Judicial Serie VIII, No. 9, p. 844*

11 *Sentencia 280 de la 1a Sala. 31 de julio de 1970.*

El juicio de partición supone el reconocimiento expreso del condominio, y no puede admitirse la demanda de quien afirma ser el único y exclusivo heredero negando todo derecho a los que intervinieron en el inventario¹². Aquí se complican las dos cuestiones a la vez: quiénes son los copartícipes y en qué bienes tienen derecho de participar, supuesto que exista un solo heredero, no cabe partición, y si otras personas alegan derechos, tendrán que probarlos, pero no en juicio de partición, sino acudiendo a la petición de herencia.

Las cuestiones previas sobre propiedad de bienes, se deben resolver por cuerda separada y, en principio, no se suspende la partición, salvo que los mismos copartícipes pidan la suspensión, como acabamos de indicar. Pero el mismo juez, ante la gravedad del asunto presentado, podría esperar dicha resolución por parte de la justicia ordinaria, sobre todo, en el caso extremo de que el único bien de la sucesión, o el único importante, sea el discutido¹³.

Las más frecuentes cuestiones que se suelen presentar son las relativas a la confusión de los bienes del causante con los de la sociedad conyugal o los del cónyuge. Ya hemos dicho, que convencionalmente pueden establecer los herederos que se realice la partición total de esos bienes, siempre que les correspondan a las mismas personas y en las mismas proporciones, por ejemplo porque son todos hijos de los distintos padre y madre que no hicieron testamento o que lo hicieron dejando sus bienes a los hijos por partes iguales. Pero sí no coinciden los herederos, como en el caso de que uno de los cónyuges haya tenido un hijo de anterior matrimonio o concebido fuera de él, o si las cuotas que corresponden a los herederos no coinciden en ambas sucesiones porque el patrimonio del marido fue distinto y de diverso valor que el de la mujer, entonces necesariamente se tiene que solventar como cuestión previa, la separación de los patrimonios. Muchas veces, el problema surgirá, porque la mujer renuncie a los gananciales y se atenga a la porción conyugal, con lo que no puede existir igualdad de los dos patrimonios de marido y mujer, o porque se ha mejorado a alguno de los hijos por parte sólo del padre o sólo de la madre, etc. Numerosos casos se han presentado a los tribunales, y siempre han resuelto en el sentido de que, por cualquier motivo que sea la controversia, se requiere resolver como cuestiones previas, las relativas a la liquidación de la sociedad conyugal, al establecimiento del monto de los bienes de cada cónyuge y finalmente, a qué personas y en qué proporción les corresponde recibir del uno y del otro patrimonios¹⁴.

Con el reconocimiento de derechos prácticamente iguales a los del cónyuge, a la persona que convive en unión de hecho (concubinato), se han producido numerosos y di-

12 *Gaceta Judicial, Serie V, No. 154, p. 3789. 3a. Sala, 17 de septiembre de 1938.*

13 *Gaceta Judicial, Serie III, No. 34, p. 1505.*

14 *2a. Sala Moreno-Lynn, juicio 219. Auto de 6 de mayo de 1974. 3a. Sala, Auto de 5 de febrero de 1975. Gaceta Judicial, Serie XII, No. 6, p. 1122.-4a. Sala, Juicio 151. 5 de octubre de 1970.- Gaceta Judicial Serie XII, No. 5, p. 971.*

fciles casos, ya que no hay la constancia clara del momento en que surgieron esas uniones al margen de la ley, ni del régimen de bienes y del tiempo en que se adquirieron derechos. Todos los problemas creados por estas confusas situaciones, tienen que resolverse en juicio separado, y previamente a la partición¹⁵.

En cuanto a las cuestiones que afectan a los bienes, como observa Meza¹⁶, pueden extenderse a todos ellos o al único bien, y entonces, necesariamente hay que esperar a que se resuelva lo relativo a la propiedad, para proceder a la partición en cambio, si no se discute sobre la generalidad de las cosas, sino sobre alguna, que no afecta al conjunto por su escaso valor, o porque es independiente y puede dividirse separadamente después, entonces, se sigue con la partición de lo principal y, una vez resuelto por cuerda separada, lo relativo a los bienes discutidos, se procede a una partición suplementaria de estos últimos, la suspensión del juicio de partición, dependerá del monto relativo de las reclamaciones: no es práctico seguir adelante, si se discute sobre bienes cuantiosos¹⁷.

Si una persona pide la exclusión de la herencia partible de un bien, alegando que le pertenece por otro título, debe tramitar esta cuestión en juicio aparte, ya que no es lo mismo que discutir la calidad de heredero; al no haberse procedido así, se causa nulidad¹⁸.

No se puede proceder a la partición de una herencia en la que se afirma que hay dos inmuebles; si no consta el inventario ni hay títulos, y ni siquiera se indica dónde están situados los inmuebles, no bastando la simple liquidación del impuesto a la herencia. El juicio entablado en esos términos, fue declarado nulo¹⁹.

Para demandar la partición de un inmueble, se debe probar que pertenece a la sucesión, lo cual no se puede hacer por declaraciones de testigos. Tampoco se puede demandar si no consta el fallecimiento del causante²⁰.

Así como son cuestiones previas las relativas a la propiedad de los bienes que se suponen hereditarios, también lo son las que versan sobre deudas atribuidas al causante²¹.

No se puede excluir de la partición un bien que fue adjudicado en remate judicial, aduciendo la nulidad del remate. Se requeriría sentencia que declarara tal nulidad y, no cabe discutir sobre la nulidad del remate, dentro del juicio de partición²².

No se puede proceder a demandar partición de bienes hereditarios si los bienes están en posesión de terceros: previamente debe seguirse la acción para recuperarlos²³.

15 Sala de lo Civil y Comercial. Villacreces-Chóez. Auto de 7 de septiembre de 1994

16 Meza Barros, ob. cit. p. 451.

17 Gaceta Judicial Serie II, No. 78, p. 618

18 4a. Sala. Juicio 201, herederos Tapia. Auto de 27 de octubre de 1985.

19 4a. Sala. Juicio 222, Rosero. Auto de 20 de julio de 1988.

20 1a. Sala. Sentencia de 23 de febrero de 1954. Gaceta Judicial, Serie VIII, No. 4, p. 328.

21 3a Sala. Juicio 238-83. Pesantes-Chamba. 21 de julio de 1983.

22 3a Sala. Pazmiño. Sentencia 278 de 27 de julio de 1978.

23 2a Sala. Juicio 297. Morales. Sentencia de 6 de septiembre de 1976.

Las cuestiones presentadas como previas deben serlo oportunamente: una vez posesionado el partidor, ordena a las partes presentar las cuestiones que requieran resolución previa y si vencido el término no lo hacen, no se admitirá reclamación alguna, sin perjuicio del derecho de terceros, que se ejercitará por separado y sin obstar a que continúe el juicio de partición²⁴.

Se desechan las cuestiones previas relativas al estado civil de las personas y a la validez de escrituras públicas, por cuanto no se ha probado con sentencia o con instrumento público la falsedad de las partidas de Registro Civil o la nulidad alegada²⁵.

Quedan aún otros asuntos que pueden afectar a la partición, como los referentes a la administración de los bienes por parte del albacea con tenencia de bienes, o del administrador común. Estos asuntos deben ser resueltos por el juez ordinario, separadamente, pero, una vez más, si todos los comuneros son capaces, pueden convenir en que actúe el partidor como árbitro de estas cuestiones incidentales, y si así lo convienen en acuerdo anterior al juicio, o dentro del juicio en alguna de las audiencias o por escritura pública, este pacto arbitral es eficaz para que el partidor resuelva también sobre estos asuntos. El artículo 1384 establece a este propósito: "Si el patrimonio del difunto estuviere confundido con bienes pertenecientes a otras personas por razón de bienes propios o gananciales del cónyuge, contratos de sociedad, sucesiones anteriores indivisas, u otro motivo cualquiera, se procederá, en primer lugar, a la separación de patrimonios, dividiendo las especies según las reglas precedentes." Esta división previa de patrimonios puede realizarse en juicios separados, si es preciso, pero nada impide para que la hagan voluntariamente los interesados capaces o para que éstos mismos confíen al partidor que la realice como previa operación jurídica y contable antes de entrar en la partición propiamente dicha de la herencia de que se trate.

²⁴ 1a Sala. Juicio 352. Sentencia de 7 de octubre de 1970.

²⁵ 1a Sala. Juicio 547. Yumicela Muzo. Auto de 30 de octubre de 1985.

LA MUJER EN LA LEGISLACION LABORAL DE LA CAN¹

DR. JULIO CESAR TRUJILLO VASQUEZ²

Sumario: Las fuentes. Las normas y necesidades comunes. La igualdad ante la Ley. La Discriminación. El Derecho al trabajo. El acceso al empleo. La orientación y capacitación profesional. Las condiciones de trabajo. Igual remuneración por trabajo de igual valor. Concepto de remuneración. La igualdad. Los sistemas para fijar las remuneraciones. La protección de la maternidad. Protección durante el embarazo. Garantías durante el parto. Las garantías posnatales. Las casas cunas o guarderías. Licencia de lactancia. La enfermedad posterior al parto. Trabajadores con responsabilidades familiares. El servicio doméstico. Elementos del contrato de trabajo. La jornada de trabajo. El descanso semanal. Las vacaciones. La terminación del contrato. Otras normas de excepción. El trabajo de las amas de casa. El trabajo autónomo. Anexo.

Antonio Ojeda Avilés llama la atención acerca de las, a veces, abismales diferencias entre los países latinoamericanos en materia sindical a causa principalmente del amplio desconocimiento que hay en cada uno de ellos sobre lo que hacen los demás.

Esto mismo podemos decir de casi todas las materias y, por cierto, de la situación de la mujer en la legislación laboral de los Países Miembros -PP.MM.- de la Comunidad Andina -CAN-.

Reuniones como ésta pueden servir para enterarnos de lo que sucede en nuestros países tan próximos, y, sin embargo, tan extraños, con olvido de que tenemos problemas similares que demandan soluciones iguales o, por lo menos, parecidas.

Para contribuir a éste conocimiento recíproco, y por encargo de la Coalición Política de Mujeres Andinas, he preparado el presente documento acerca de La Mujer en la Legislación Laboral del CAN.

De acuerdo con el encargo, el documento se contrae al estudio de la legislación vigente en los cinco PP.MM., y breves referencias a su aplicación o vigencia sociológica.

¹ Conferencia pronunciada en la Cumbre Parlamentaria Andina Sobre la Mujer reunida en Guayaquil del 15 al 17 de julio de 1998

² Profesor de la Cátedra de Derecho Laboral de la Facultad de Derecho de la PUCE

1. LAS FUENTES.

Por la importancia que tienen las fuentes formales en todo estudio de Derecho comparado me permitiré hacer mención de las que he utilizado y del por qué del uso de ellas.

La Constitución es la primera fuente obligada tanto porque en los cinco países rige el principio de su supremacía, prescrito de modo expreso en Bolivia y Ecuador y en forma tácita en Colombia, Perú y Venezuela, cuanto porque en la de los cinco tenemos normas que, de una u otra manera son aplicables a nuestro tema.

Los tratados o convenios internacionales merecen mención especial porque deben ser punto de partida del trabajo de aproximación de las legislaciones nacionales que, en cumplimiento del Acuerdo de Cartagena y el Convenio Simón Rodríguez, están obligados a llevar a cabo los miembros de la CAN.

En Ecuador y Venezuela son fuente directa e inmediata de su Derecho del Trabajo.

Bolivia cuenta con la Ley General del Trabajo y el Decreto Reglamentario de esta Ley además de abundantes disposiciones complementarias; Colombia tiene los Códigos Sustantivo y Procesal del Trabajo, reformados profundamente en 1990; Ecuador dispone, por su parte, del Código del Trabajo al que se han incorporado las reformas hasta 1997 en la codificación de ese año; de la copiosa legislación laboral del Perú no nos ha sido fácil conseguir toda, sin embargo hemos podido consultar parte de las leyes que vienen desde antes y las más actuales Leyes de Productividad y Competitividad Laboral, de Formación y Promoción Laboral, Jornada de Trabajo y Descansos Remunerados; en fin, Venezuela ha publicado en la Gaceta Oficial del 20 de diciembre de 1990 la Ley Orgánica del Trabajo.

2. LAS NORMAS Y NECESIDADES COMUNES

El Derecho del Trabajo de los PPMM. de la CAN no se aparta de sus similares de otros países y, en consecuencia, rige las relaciones del trabajo dependiente de un empleador o patrono; sin embargo, el drama del hombre y mujer de nuestros días es el desempleo que, por igual, atormenta a las naciones en desarrollo y a las altamente industrializadas, si bien el número y las condiciones de pobreza, junto con el subempleo, en aquellas son mas escandalosos.

La falta de trabajo es, pues, común a las mujeres y hombres de nuestros países, aunque es profundamente mas acentuada para las mujeres, por causas diversas que no nos toca examinar aquí y ahora.

El incumplimiento de la ley es otra lacra demasiado frecuente, como para no tenerla en cuenta, en nuestros pueblos, de manera que cuanto diga en este trabajo no ha de tenerse como que, de hecho, se la respetara en los centros de trabajo, sean éstos oficina, taller, plantación o fábrica, ni que la falta de cumplimiento sucede tan solo con las nor-

mas que reglan el trabajo de la mujer, a pesar de que el incumplimiento de éstas es más frecuente y en forma que es forzoso destacar.

Aquí nos ocuparemos del régimen jurídico del trabajo de la mujer.

3. LA IGUALDAD ANTE LA LEY

Por tributario del iusnaturalismo racionalista, el Derecho Constitucional andino reconoce la igualdad ante la ley, expresamente en Colombia, Ecuador y Perú, en cambio Bolivia y Venezuela mediante el reconocimiento del principio de no discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica".

Es sabido que el principio de igualdad ante la ley, que alcanza a todos los derechos constantes en cualquier instrumento jurídico, incluso en la legislación ordinaria, es mas amplio que el de no discriminación que abarca solo a los fundamentales; pero, aunque en la doctrina vale esta diferencia, en la práctica son equivalentes, ya que los cinco P.P.M.M. de la CAN somos parte de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto de San José o Declaración Americana de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (ONU) en que los dos principios son complementarios.

3.1. LA DISCRIMINACION.- Del principio de igualdad ante la ley no hay mas que decir que todas las personas tienen los mismos e iguales derechos cuando se encuentran en la misma situación o circunstancia, en tanto que la no discriminación merece un análisis mayor.

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, vigente en toda la Comunidad Andina, en el Art. 1 define a la discriminación en los siguientes términos: "Toda distinción, exclusión, o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado anular, menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer...de los derechos humanos o libertades políticas fundamentales en las esferas, política, económica, social, cultural, civil o en cualquiera otra esfera".

Habría que agregar que en virtud de la igualdad ante la ley, de la que la no discriminación es su consecuencia, es discriminatoria la distinción, exclusión o restricción que niegue a la mujer el reconocimiento o le menoscabe el goce o ejercicio de cualquier derecho, fundamental o no, que la ley otorgue al varón por ser persona o encontrarse en situación, condiciones o circunstancias similares a las de aquella.

Esta definición nos aboca a reconocer dos clases de distinciones, las que constituyen discriminación y las que no.

Son discriminatorias las distinciones que privan a la mujer de los derechos que, en salvaguarda de su dignidad, se le reconoce al varón, lo mismo que las que limitan o con-

dicionan el reconocimiento, goce o ejercicio de un derecho como no limitan ni condicionan al hombre. Lo son también las medidas que aunque en su enunciado y objetivo inmediato no desconocen ni menoscaban ningún derecho, su aplicación, en la práctica surte ese efecto.

Por lo contrario, no constituyen discriminación las distinciones que responden a lo que Sandra Morelli llama "necesidad de un trato distinto, muchas veces de privilegio, para eliminar la discriminación objetiva", a estas se las suele denominar discriminaciones positivas, a las que yo creo que hay que añadir las debidas al respeto a diferencias objetivas.

Por esta razón, la Corte Interamericana de Derechos Humanos distingue la "diferenciación" de la "discriminación", a la primera considera legítima y compatible con el principio de igualdad siempre que: la norma o medida que hace la diferenciación persiga objetivos lícitos, esté basada en reales y objetivas desigualdades de las personas o circunstancias, guarde proporción con la necesidad de trato distinto.

En materia laboral la igualdad ante la ley y la no discriminación por razones de género rige en tres aspectos, dimensiones o casos: en el goce del derecho al trabajo, en las condiciones laborales durante la vigencia de la relación laboral y en la terminación de ésta.

3.2. EL DERECHO AL TRABAJO.- En los cinco países del CAN, las Constituciones reconocen a sus habitantes, sin acepción de género, el deber y el derecho al trabajo, entendido éste como el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida y realizarse como persona mediante una ocupación socialmente productiva, libremente escogida o aceptada.

Cuan lejos estamos de que este derecho pueda ser realmente ejercido por todos los habitantes del CAN nos lo dicen las estadísticas conocidas por todos, a pesar de sus deficiencias y errores o falencias.

3.2.1. EL ACCESO AL EMPLEO.- El goce del derecho al trabajo supone el de acceder a un empleo o puesto de trabajo, la discriminación en esta materia la condena el Convenio No.111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, ratificado por los cinco PP.MM. de la CAN y por ello, derecho común a todos ellos.

No obstante, salvo en Venezuela, en ninguno de los otros PP.MM. he podido encontrar que haya adoptado, por medio de la ley, arbitrios tendientes a erradicar la discriminación basada en el género de los aspirantes a un puesto de trabajo consistente en poner a la mujer condiciones de admisión que no se exige a los varones, por ejemplo comprometerse a no contraer matrimonio, presentar la renuncia por embarazo al momento de celebrar el contrato para hacerla valer cuando el empleador tenga noticia de que la trabajadora está embarazada, etc.

Venezuela prohíbe al empleador exigir a la mujer aspirante a ocupar un puesto de trabajo que se someta a exámenes médicos o de laboratorio con el objeto de comprobar

que no se encuentra embarazada, así mismo le prohíbe pedir la presentación de certificados al respecto.

Portugal sanciona, mediante ley, por contraria al Convenio No.111 la publicación de avisos de que se necesita trabajadores de uno de los sexos solamente para llenar vacantes en la empresa; la Comisión de Expertos de la OIT aplaude esa medida como una de las tantas formas de combatir las prácticas discriminatorias para el acceso al empleo; cuánto habría que sancionar en nuestros países en los que avisos de esta laya son todavía mas agresivamente discriminatorios, incluso entre trabajadores del mismo género, sobre todo femenino.

Por el Art. 3, letras b) y c) del Convenio No.111 los cinco países están en el deber de derogar o reformar las leyes que promuevan o permitan la discriminación y a expedir las que sean necesarias para erradicarla; mas, el Ecuador, por ejemplo, mantiene normas reglamentarias que exigen que la mujer cuente con la autorización del marido para pertenecer a una cooperativa o normas legales que le impiden ejercer el comercio, entrar en la bolsa, ser martilladora pública, pese a las observaciones de la OIT para que las derogue.

La acción decidida e ilustrada de las mujeres ha alcanzado del Tribunal de Garantías Constitucionales (hoy Tribunal Constitucional) la suspensión de estas normas legales por inconstitucionales; pero, no obstante que las razones de inconstitucionalidad afectarían, por igual, a las normas del Reglamento a la Ley de Cooperativas, éstas continúan en vigor.

Con el propósito de fomentar la incorporación de la mujer al trabajo fuera del hogar, el legislador ecuatoriano ha dispuesto que el empleador está obligado a contratar un porcentaje mínimo de trabajadoras (mujeres) que será establecido por las Comisiones Sectoriales para la fijación y revisión de los sueldos y salarios mínimos por ramas de trabajo, organizadas cada año por el Ministerio del Trabajo y Recursos Humanos.

Pese a que esta disposición está vigente desde febrero de 1997, ninguna de las Comisiones Sectoriales que funcionaron para fijar los salarios mínimos por ramas de trabajo para 1998 ha cumplido el mandato legal.

La discriminación que persigue erradicar el Convenio No.111 involucra también a la que se practica en la promoción o ascenso a puestos de mayor jerarquía, responsabilidad y mejor remuneración, tanto mas cuanto que éste es otro de los derechos de que gozan o deben gozar los trabajadores sin mas requisitos que los de antigüedad y capacidad, de acuerdo con el Art. 7, letra c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, ratificado por Colombia, Ecuador, Perú, Venezuela y al que adhirió Bolivia en 1982.

De este alcance del derecho al trabajo y del principio de igualdad se encarga la Ley General del Trabajo de Bolivia en estos términos: "La vacancia producida en cualquier cargo será provista con el empleado u obrero inmediatamente inferior siempre que reú-

na honorabilidad, competencia y antigüedad en el servicio. Esta disposición se aplicará sin distinción de sexos". El ascenso en las empresas bancarias se encuentra especialmente y más detalladamente reglamentada; en las demás empresas "se acostumbra normar el derecho de ascenso a través de los Reglamentos Internos de Trabajo aprobados por el sindicato y la empresa", dicen Isaac Sandoval Rodríguez y Ada Rosa Arenas de Sandoval.

3.2.2. LA ORIENTACION Y CAPACITACION PROFESIONAL.- La forma más eficaz y oportuna de combatir la discriminación en el goce del derecho al trabajo es con programas permanentes de información, orientación y capacitación laboral del hombre y de la mujer, en los que se elimine la clasificación de profesiones u oficios propios de uno y otro sexo, y, mas bien, se estimule y respete la elección libre de cada individuo de acuerdo con sus preferencias y aptitudes, según el Art. 11, letra c) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela son parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, que reconoce esta dimensión del derecho al trabajo; Ecuador y Perú por el Protocolo de San Salvador tienen el deber de "ejecutar y fortalecer programas encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo", parte de los cuales deberían ser los relativos a la información, orientación y capacitación o formación técnico profesional, como lo prevé incluso el Art. 3, letra e) del Convenio No.111 ya citado como común a los cinco países y el 122 vigente en Bolivia, Ecuador, Perú y Venezuela.

Forma parte de la capacitación profesional el perfeccionamiento profesional, la actualización o educación permanente del trabajador para que se mantenga al tanto de las innovaciones tecnológicas en su profesión u oficio, a fin de que pueda readaptarse a esos cambios en su puesto de trabajo o para obtener la calificación en una nueva especialidad, profesión u oficio cuando los actuales dejan de ser necesarios o corren el peligro de llegar a serlo.

Ecuador y Venezuela están comprometidos por el Convenio No.142 de la OIT sobre la Orientación Profesional y Formación Profesional en el desarrollo de los Recursos Humanos.

En el Código del Trabajo del Ecuador se establece la obligación de empleador de conceder a sus trabajadores licencia por un año, con remuneración durante los seis meses, para aprovechar becas en el extranjero para realizar estudios relacionados con su trabajo en la empresa; con todo, las condiciones, por desgracia, son tales que desdican del Estado y de los empresarios a acusa de la poca utilidad que atribuyen uno y otros a un tema del que depende tanto el desarrollo del país

Colombia también, aunque no lo ha ratificado, ha previsto que de las 48 horas de jornada hebdomadaria, dos horas han de dedicarse, por cuenta del empleador, para actividades de capacitación, recreativas, culturales o deportivas, en Código Sustantivo pre-

ceptúa que las empresas de ochocientos mil o más de capital deben costear permanentemente estudios de especialización técnica relacionados con su actividad característica, para los trabajadores o sus hijos, a razón de una por cada quinientos o fracciones superiores a doscientos cincuenta. Ambas medidas resultan insuficientes, por supuesto.

La Ley de Productividad y Competitividad Laboral que dedica el Título III a la capacitación Laboral y Productividad y la de Formación y Promoción Laboral del Perú, persiguen incrementar la productividad, actualizar y perfeccionar los conocimientos y aptitudes del trabajador, proporcionarle información sobre la aplicación de nueva tecnología, prepararlo para ocupar vacantes y nuevos puestos de trabajo.

Habida cuenta que estas Leyes no hacen distinción de los aspirantes, los programas al respecto benefician por igual al varón y a la mujer y así se desprende de su contexto; pero sería mejor que lo dijeran expresamente y, sobre todo, que se prevea programas que se orienten a eliminar prejuicios y estereotipos a fin de hacer realidad la igualdad de oportunidades de la mujer con el varón.

En los Estados Unidos de Norte América, según sus informes a la OIT, sobre el 37% de los trabajadores de ambos sexos participaron en programas de perfeccionamiento profesional y de ellos el 41 % fueron financiados por el empleador, en Noruega participaba el 25% y así en los otros países europeos.

Los programas de perfeccionamiento profesional, educación permanente o actualización profesional con reducción de la jornada diaria o semanal y financiamiento total o parcial del empleador son beneficiosos para la mujer, especialmente porque, recargada con la doble jornada de trabajo, carece de tiempo y oportunidad para participar, por su cuenta y en horarios fuera de la jornada de trabajo, en los programas que ofrecen instituciones privadas u oficiales.

La importancia y utilidad de esta forma de capacitación son innegables, puesto que gracias a esa permanente actualización, la mujer puede adaptarse, con éxito, a los cambios técnicos, a la modificación de las condiciones de trabajo, mejorar los niveles de su cultura, de los que depende en buena parte la promoción social, calificación profesional y, consecuentemente, el ascenso en el escalafón de la empresa, el incremento de la remuneración y la realización personal.

La lucha contra los prejuicios y estereotipos que discriminan a la mujer en el trabajo rebasa el ámbito meramente jurídico y las medidas puramente legales deben ser respaldadas con otras de distinta especie para que, en la escuela y más centros de educación, en los medios de comunicación social y en la opinión pública, etc., impulsen un cambio cultural que los extinga de la cultura general y de la práctica cotidiana.

Cuba fomenta actitudes positivas en pro de la idea de la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo para los hombres y las mujeres en emisiones regulares o programas especiales de los medios de comunicación social.

La OIT informa de otras campañas intensas y exitosas que, desde hace mucho tiempo llevan adelante algunas naciones de Europa y Asia contra los "prejuicios que afectan a las mujeres en la vida profesional y para alentar a la opinión pública, a quienes se ocupan de la orientación y formación profesionales y a los interlocutores sociales a modificar su actitud en cuanto al papel que en el ámbito profesional corresponde a las mujeres en la sociedad".

3.2.3. LAS CONDICIONES DE TRABAJO.- La prohibición de toda forma de discriminación, alcanza a las condiciones en que la trabajadora ha de prestar sus servicios bajo la dependencia de un empleador.

Son objeto de particular atención de la legislación andina la jornada de trabajo, el trabajo nocturno, las labores peligrosas e insalubres, la remuneración, la maternidad y la de las personas con responsabilidades familiares. De estas tres últimas materias me ocuparé en números aparte por la detallada reglamentación de que son objeto en los cinco países.

En Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela no hay diferencia en lo que respecta a la duración de la jornada de trabajo diaria y semanal o hebdomadaria de la mujer y del hombre, salvo el período de lactancia del hijo de la trabajadora, no así en Bolivia.

En Bolivia la jornada de trabajo es de 8 horas diarias y de 48 a la semana; pero para la mujer la semanal no puede exceder de 40 horas.

Sobre este trato distinto los pareceres están divididos, para la OIT se trata de una discriminación positiva, en cambio para Rosario Baptista Canelo, Jacqueline Coca Molina, Lissete Dávalos Yoshida y Blanca Mendoza González son negativamente discriminatorias. Encuentro mejor fundamentada la opinión últimamente citada porque sus autoras afirman acertadamente que "para la mujer generan discriminación en cuanto a los derechos a remuneración, ascensos y asignación de cargos" y se sustenta en la idea que el lugar natural de la mujer es el hogar y que, por lo mismo, el trabajo fuera de él no le exime de realizar las tareas domésticas, para las que se le concede ocho a la semana.

Cosa parecida puede decirse de la prohibición del empleo de la mujer en el trabajo nocturno que subsiste en Bolivia y Colombia. Bolivia es el único país del área andina que ha ratificado el Convenio 89 de la OIT sobre esta materia.

En el Ecuador fue declarada inconstitucional por el Tribunal de Garantías Constitucionales, (hoy Tribunal Constitucional), gracias a la intervención de las mujeres, por esta razón fue derogada en las reformas al Código del Trabajo de 1991.

Los PP. MM. de la CAN, excepto Colombia, son parte del Convenio No.45 de la OIT que dice "En los trabajos subterráneos de las minas no podrá estar ninguna persona de sexo femenino, sea cual fuere su edad", pero solo las leyes de Bolivia y Ecuador recogen de modo expreso una prohibición parecida, con la agravante que no tienen en cuenta las excepciones del Art. 3 del Convenio para los trabajos de di-

recepción, sanidad, servicios sociales, prácticas y ocasionales que no sean labores manuales.

Acercas de esta prohibición cabría discutir la sugerencia de Gladys Acosta que propone: "...procedería un cambio en la legislación, manteniendo la protección frente al trabajo pesado, según las capacidades de cada persona".

Hay coincidencias en todos nuestros países en cuanto a la prohibición de trabajar en labores peligrosas o insalubres, con la diferencia de que Bolivia añade "las que perjudiquen su moralidad y buenas costumbres", Colombia "las que requieran grandes esfuerzos", Ecuador encomienda puntualizar cuales son ellas en un reglamento especial que nunca se ha expedido y Venezuela la restringe a la época del embarazo de la trabajadora de que trataremos mas adelante.

El trato discriminatorio más vergonzoso y trágico al que se halla sometida la mujer en el trabajo es el acoso sexual, hostigamiento sexual o atenciones sexuales no solicitadas, ya sea como condición para emplearle, concederle ascensos de categoría o remuneración, mantenerle en el trabajo, etc. La Comisión de expertos de la OIT estima que este maltrato constituye una de las tantas formas de discriminación incompatibles con el Convenio No.111.

Con todo y a pesar de que la misma estigmatiza esta práctica diciendo que éste es un fenómeno que pertenece "al mundo del silencio y del miedo, constituyendo una amenaza latente y solapada a la estabilidad del empleo y a la reputación de las mujeres que han sido agredidas sexualmente", no he podido encontrar leyes que la sancionen en el Derecho Laboral Andino, con la salvedad de la legislación del Perú

En el país últimamente citado, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral estipula que el hostigamiento sexual constituye acto de hostilidad equiparable al despido, y que confiere a la trabajadora el derecho para exigir que cese el hostigamiento o dándose por despedida demandar el pago de las mismas indemnizaciones a que tendría derecho si fuera víctima de despido arbitrario.

En el Ecuador está en trámite un proyecto de Ley reformativa del Código Penal por el cual se trata de sancionar este abuso vergonzoso y humillante en la siguiente forma: "el que solicitare favores de naturaleza sexual para si o para un tercero prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o análoga con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación, será castigado como autor de acoso sexual con pena de prisión de seis meses a dos años". Este proyecto no supe la falta de ley en el Derecho del Trabajo.

En Bolivia hay noticia de iniciativas de reformas en el Derecho Laboral, por las que en la Ley General del Trabajo se sancionaría el acoso sexual. Con independencia del juicio que el texto de estas reformas nos pudiera merecer, son plausibles preocupaciones que se debe impulsar.

A pesar de estos ensayos y proyectos, no podemos dejar de criticar el silencio de la ley, más criticable todavía en Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela cuyas leyes incluyen entre las causas de la terminación del contrato individual de trabajo por “conducta inmoral”, “acto inmoral” o “falta de probidad” del trabajador, términos todos estos susceptibles de una amplia apreciación subjetiva que perjudican a la mujer porque al mayor rigor con que se juzga su conducta se suma el enorme margen de discrecionalidad que estas normas reglamentarias o legales dejan para su aplicación por comisiones, jefes y aun autoridades públicas no libres de prejuicios e integradas si no totalmente en su mayoría por varones.

Nuevamente, en el Perú la Ley de Productividad y Competitividad Laboral sanciona con la nulidad el despido que tenga por motivo la discriminación por razón de sexo y si la mujer prueba este particular puede demandar, a su elección, la restitución al trabajo y el pago de las remuneraciones que haya dejado de percibir a causa del despido, desde la fecha de ésta hasta la de la reposición al puesto, o, en su lugar, la indemnización por despido arbitrario.

El ejercicio de los derechos de la mujer ante la discriminación por razones de género y ante el acoso u hostigamiento sexual como trato hostil o despido arbitrario, tropieza con la dificultad de la prueba que en Italia se ha buscado salvarla mediante la llamada prueba estadística, en virtud de la cual “Cuando el demandante suministra elementos de hecho, derivado de datos de carácter estadístico” que en materias como la remuneración, ascensos y calificaciones, traslados, despidos etc. se demuestra que es frecuente o reiterada la postergación de la mujer, se presume la discriminación y “corresponde al demandado la carga de la prueba sobre la inexistencia de la discriminación en el caso particular que se juzga”.

He creído que cabría, en estos casos, la prueba científica basada en el estudio de la personalidad del acusado o en su comportamiento habitual que unida a otros indicios volverían verosímil el acoso o la discriminación.

4. IGUAL REMUNERACION POR TRABAJO DE IGUAL VALOR.

Este es un principio elevado al rango de norma constitucional en Ecuador y Venezuela y vinculante para todos los países andinos por haber ratificado el Convenio No.100 de la OIT.

Con todo el Ecuador adopta esta terminología más actual en la Constitución pero conserva en el Código del Trabajo la ya superada de remuneración igual por trabajo igual que es la del Derecho venezolano.

Por su parte los otros países emplean expresiones ambiguas como: “el salario es proporcional al trabajo, no pudiendo hacerse diferencias por sexo o nacionalidad” en Bolivia; en Colombia; “remuneración... proporcional a la cantidad y calidad de trabajo se-

gún la Constitución, o la del Código Sustantivo que es todavía más proclive a la discriminación: "A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual", que es todavía más proclive a la discriminación: "remuneración equitativa y suficiente" en la Constitución del Perú, o las expresiones de la varias veces citada Ley de Productividad y Competitividad Laboral, tan peligrosas como las de Colombia, que manda fijar los niveles salariales "de los trabajadores en función de sus niveles de productividad".

Los términos que se utilizan para enunciar la no discriminación por razones de género en la remuneración no es inofensiva en la práctica, pues en ella se han amparado interpretaciones puramente formalistas, según enseñan Juan M. Ramírez Martínez y Carlos L. Alonso Mellado para exigir una absoluta identidad entre los trabajos a comparar y narran que basados en este formalismo se declaró legítima "la diferenciación salarial entre dos categorías de trabajadores: limpiadoras y peones pese a que sus funciones eran prácticamente las mismas, y se evidenciaba que una categoría era netamente femenina (limpiadoras) y la otra masculina (peones); el argumento para admitir la diferencia salarial era simple: se trataba de dos categorías distintas".

De todos modos está vigente en la CAN el principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor y está igualmente en vigor el compromiso, primero de garantizar su aplicación respecto de sus servidores y de los servidores de las empresas que estén bajo su control directo o de las que se encuentre obligadas a las remuneraciones fijadas por los poderes públicos, y, segundo, de promover su aplicación donde no tengan la facultad de aplicarlo directa e inmediatamente.

Por no conservar en el Derecho interno la misma terminología que en el Derecho Internacional del Trabajo, la OIT ha solicitado a más de uno de los países de la CAN que expliquen "de qué manera se garantiza la aplicación del principio del Convenio, particularmente cuando hombres y mujeres realizan en la práctica trabajos diferentes, pero de igual valor". No he podido conseguir el texto de las respuestas si es que las hubo.

Las observaciones al Art. 79 del Código ecuatoriano del Trabajo van más lejos todavía, pues dicen que aunque es cierto que, como dispone este precepto, las aptitudes del trabajador y su rendimiento pueden ser criterios válidos para establecer la remuneración compatible con el compromiso internacional, "no procuran base suficiente para la aplicación del principio enunciado en el Convenio, particularmente cuando hombres y mujeres realizan, en la práctica, trabajos diferentes pero de igual valor".

Alguna vez, el Ministerio del Trabajo del Ecuador ensayó un catálogo de puestos de trabajo con su jerarquía y evaluación, que no ha continuado ni ha servido de mucho por la falta de su actualización permanente y de la difusión de su contenido y objeto.

4.1. CONCEPTO DE REMUNERACION.- Problema controvertido siempre y en todo lugar es el concepto de remuneración, que para los cinco PP. MM. de la CAN es el básico, or-

dinariamente pagado en dinero, y otros emolumentos entregados en dinero también, especies o servicios, siempre que éstos sean proporcionados en razón del trabajo y en forma individual, por separado a cada trabajador.

La Comisión de expertos de la OIT incluye en los términos "otros emolumentos" del Convenio No.100 (al que todos estamos obligados), los reconocidos por antigüedad, derechos de habitación, subsidios familiares, asignaciones matrimoniales, etc.

Me parece que hay armonía entre el Convenio citado y la legislación interna de los países de la Subregión andina, no obstante en Bolivia hay conflicto entre el Decreto Reglamentario que reduce el concepto de remuneración a los emolumentos que el trabajador recibe en dinero y la Ley General del Trabajo que incluye las otras prestaciones en especie y servicios.

En cambio, estimo que conviene a todos la opinión de Guillermo Guerrero F. cuando enseña, refiriéndose a Colombia, que para que las primas, sobresueldos, gratificaciones, etc., que son muchas en cada país, "constituyan salario, deben tener como característica la habitualidad en su reconocimiento, porque si son meras liberalidades otorgadas ocasionalmente por el patrono, no forman parte del salario".

4.2. LA IGUALDAD.- Mayor dificultad ha presentado la determinación de la igualdad, y, en concreto, el criterio que ha de servir para comparar el trabajo de la mujer y el del hombre con el objeto de determinar cuando el uno y el otro tienen el mismo valor. Dos criterios se han sugerido para el efecto.

Según uno de esos dos criterios, el valor del trabajo debe medirse por el costo que él representa para el empleador en la producción de los bienes o servicios a que se dedica la empresa, esto, sin duda, perjudica a la mujer porque el trato distinto que exige el respeto a las diferencias objetivas, como el embarazo, el parto, la lactancia, etc. encarece su trabajo y la colocan en desventaja frente al varón. Además entraña una insostenible injusticia social ya que el precio del cumplimiento de la función social de la maternidad, en beneficio de la especie y de la sociedad, se le hace pagar a la que presta ese servicio a la humanidad y no a la sociedad que se beneficia de él.

El otro criterio, a su vez, propone que se tenga en cuenta la naturaleza del trabajo en sí, de manera que si éste consiste en mantener aseadas y limpias las oficinas e instalaciones de la empresa, se ha de considerar que tiene el mismo valor el trabajo realizado, para ello, por un hombre que el realizado, con el mismo resultado, por una mujer, llámese peón o limpiadora quien lo realiza, etc.

Este segundo criterio es preferido por los expertos de la OIT y nos parece que es el que permite la evaluación objetiva de los trabajos, sin perjuicio de que para aplicarlo se empleen métodos técnicos que permitan medir y comparar tareas diferentes o con denominaciones distintas.

En el Perú, al parecer, se habría adoptado el criterio de la "productividad" del trabajo

que entraña peligros derivados del sistema que se siga para medirla y de los factores que se tenga en cuenta para evaluarla.

4.3. LOS SISTEMAS PARA FIJAR LAS REMUNERACIONES.- Acerca de los sistemas para la fijación de la remuneración en la Subregión Andina hay uniformidad en los cinco países, ellos son los mínimos establecidos mediata o inmediatamente por la autoridad pública, los contratos o convenciones colectivas de trabajo y los contratos individuales.

En Bolivia compete al Ministerio del Trabajo la fijación de los tipos de salario vital por regiones geográficas y económicas y por categorías de trabajadores; en Colombia el salario mínimo es de competencia del Consejo Nacional Laboral, órgano tripartito adscrito al Ministerio del Trabajo, si ese Consejo no lo fija por falta de consenso, lo fija el Gobierno mediante decreto; en Ecuador es el Consejo Nacional de Salarios el llamado a fijar el salario mínimo vital y las Comisiones Sectoriales para la fijación y revisión de los sueldos y salarios fijan y revisan anualmente los mínimos por ramas de trabajo, ambos son órganos tripartitos adscritos al Ministerio del Trabajo; en Venezuela es el Ministerio del Trabajo el que fija los salarios mínimos obligatorios para la totalidad de actividades laborales o para parte de ellas, en todo el territorio o parte del él, según lo resuelva el Ejecutivo Nacional, previo informe de las Comisiones bipartitas paritarias que se constituyan para este objeto.

Estos salarios mínimos deben pagarse a la mano de obra femenina igual que a la masculina y esto debe constar en la resolución de la autoridad u órgano competente, en cumplimiento del compromiso contraído en el Convenio No.100 de la OIT. En Ecuador y Venezuela, en donde estos convenios son fuente directa e inmediata del Derecho del Trabajo, la mujer podría reclamar la remuneración mínima aunque nada dijera al respecto la resolución y creo que también en los otros países puede demandar lo mismo, en virtud del principio de indubio pro operario vigente en todos ellos.

Los sueldos y salarios pueden además ser convenidos o estipulados en los contratos, pactos o convenios colectivos y en los contratos individuales de trabajo: en ningún caso y por ningún concepto los salarios de este modo estipulados pueden ser inferiores a los mínimos fijados, como tales, en la forma antes dicha.

A pesar de que el Estado no puede interferir en la estipulación de los salarios de los contratos, pactos o convenciones colectivas y de los contratos individuales de trabajo, es su deber promover la aplicación del principio de igual remuneración por trabajo de igual valor, según el referido Convenio No.100.

En Ecuador, no obstante, subsistiría el compromiso de garantizar el respeto al principio de igualdad en el contrato colectivo, cuando por falta de acuerdo entre las partes, los asuntos no convenidos por ellas tuvieran que ser resueltos por los tribunales de conciliación y arbitraje y en Venezuela en las reuniones convocadas por el Inspector del Trabajo cuando tuviera conocimiento de que va a plantearse "una diferencia de naturaleza colectiva" o por el funcionario que, en el curso de las negociacio-

nes colectivas. interviniere por petición conjunta de las partes o de una de ellas por separado.

Soy de la opinión, con todo, que si en estos contratos y aun laudos del arbitraje para la solución de los conflictos colectivos de trabajo se violara el principio, por los menos en Ecuador y Venezuela cabría demandar, incluso ante los jueces, la remuneración pagada a los varones en virtud de lo estipulado en ellos y no la inferior prevista para las mujeres en los mismos instrumentos o en la práctica de las empresas, si tal fuera el caso.

En el Ecuador es indiscutible este derecho de las mujeres por cuanto la Constitución prescribe que "La legislación del trabajo y su aplicación se sujetarán a los principios del derecho social" y este principio es uno de esos principios, universalmente aceptado, constante en un Convenio del que es parte y ahora reconocido por la misma Constitución.

5. LA PROTECCION DE LA MATERNIDAD

La maternidad ha dejado de ser un asunto de interés puramente doméstico de la madre, o cuando más de la familia; actualmente se la reconoce como una función que interesa a la sociedad toda y que, consecuentemente, el Estado debe garantizarla y protegerla. La preocupación del Estado empieza con el embarazo y no termina sino algún tiempo después del nacimiento del hijo o hija; esto que ocurre en diversas ramas del derecho, sucede también en el Derecho Laboral.

Venezuela es el único país que, acogiendo la solicitud de diferentes asociaciones representativas de la mujer, separa la protección de la maternidad de la que, en otra parte y por otras razones, se otorga a los menores; en los demás países de la CAN, se mantiene la anacrónica asimilación del régimen especial de la maternidad con el de los menores, a pesar de que, todos ellos, al amparo del fervor por la flexibilidad laboral, reformaron sus leyes con el argumento de que las iban a modernizar.

5.1. PROTECCION DURANTE EL EMBARAZO.- Es común la garantía de inamovilidad del empleo de la trabajadora embarazada; por lo tanto, el empleador no puede despedirla sino por las causas previstas en la ley, menos generalizada es la prohibición de ordenar trabajos que puedan comprometer la salud de la madre o el normal desarrollo del niño que está por venir y, por fin, en algún caso se garantiza la inamovilidad de la embarazada del lugar y puesto de trabajo.

Así, en Bolivia y Venezuela este período comienza desde cuando la trabajadora notifica de su embarazo, con la certificación de un facultativo, al empleador y se prolonga hasta un año después del parto, en Colombia y Ecuador, la mujer goza de esta garantía desde la fecha en que la trabajadora informa de su embarazo al empleador, hasta tres meses luego del parto en el primero y seis semanas en el segundo.

Perú le concede noventa días antes y noventa días después del parto y si la trabajadora es despedida en este lapso, el despido es nulo y la afectada tiene el mismo derecho que cuando él se debe a discriminación por razón de sexo de que traté mas arriba.

Si la trabajadora incurre en alguna de las faltas que contempla la ley como causas de terminación del contrato individual de trabajo, el empleador debe acudir a la autoridad competente para que probada la causa autorice el despido, en Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

Por el despido sin causa o sin la autorización, aunque haya causa, nace para la trabajadora el derecho a una indemnización adicional a la ordinaria por terminación ilegal del contrato, salvo el Perú que regula la materia en los términos arriba relatados.

La salud de la embarazada y el normal desarrollo del hijo se pone a salvo de los trabajos o esfuerzos que pudieran ponerla en peligro así: en Bolivia mediante la disposición de que merecerá tratamiento especial en condiciones que le permitan cumplir sus tareas sin menoscabo de la remuneración ni de su ubicación en el escalafón de la empresa, mas aún "Una mujer en gestación, empleada en un trabajo considerado como peligroso para su salud tiene derecho a ser transferida, sin reducción de salario, a otro trabajo, previa presentación de certificado médico en el que se declare que el traslado es necesario en beneficio de su salud y la de su hijo" sostienen las autoras bolivianas arriba citadas.

Venezuela, en cambio, de manera a la vez más concreta y amplía le exime de realizar tareas que, por requerir esfuerzos físicos considerables o por otras circunstancias, sean capaces de provocar el aborto o impedir el desarrollo normal del feto y, añade, que la negativa a obedecer órdenes que contraríen esta garantía no podrá alterar sus condiciones de trabajo. Prohíbe también trasladarla de su lugar de trabajo para que continúe prestando los servicios que está obligada a prestar por el contrato y los necesita la empresa, a menos que sea necesario, pero siempre que el traslado no perjudica su estado de gravidez, ni, por ello, se le disminuya la remuneración o desmejoren las condiciones de trabajo.

5.2. GARANTIAS DURANTE EL PARTO.- Es universal la licencia por maternidad, está prevista en el Convenio No.103 de la OIT que por constar en una norma self executing y estar ratificado por Bolivia, Ecuador y Venezuela, podríamos decir que es derecho común a los tres países, y por la legislación interna es derecho común a los cinco, pero con diferencias de alguna consideración en su reglamentación.

Bolivia, como el Perú, concede noventa días de descanso que la trabajadora puede gozarlo, a su elección, antes o después del parto, pero la remuneración, a cargo del seguro social, tiene derecho a percibirla por las seis semanas anteriores y las seis semanas posteriores, Colombia prevé también el descanso de doce semanas, dos, por lo menos, antes del parto y las restantes después de él: Ecuador otorga doce semanas, seis antes y seis después.

En Perú se suspende el contrato de trabajo durante el descanso prenatal y posnatal que, según la Nueva Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud y su Reglamento, es de noventa días en total, pudiendo éstos distribuirse en los períodos inmediatamente anteriores o posteriores al parto, "conforme lo elija la madre, a condición que durante esos períodos no realice trabajos remunerados". La remuneración es suplida por un subsidio a cargo del Seguro Social de Salud.

Venezuela es más generoso que todos los P.P.M.M. de la CAN ya que reconoce el derecho a descanso remunerado las seis semanas anteriores y las doce semanas posteriores al parto, la Ley Orgánica del Trabajo en el inciso 20 del Art. 385 agrega que conservará su derecho al trabajo "y a una indemnización para su mantenimiento y el del niño, de acuerdo a lo establecido por la Seguridad Social".

Colombia y Venezuela hacen extensivo el descanso por maternidad al adoptante, el primero prevé que el adoptante puede ser en calidad de madre o de padre y el descanso es el mismo que para la maternidad, mientras Venezuela lo otorga por diez semanas y con derecho a indemnizaciones por despido.

El Código Sustantivo del Trabajo colombiano prevé el aborto y parto prematuro no viable y para el caso reconoce a la trabajadora el derecho a licencia de dos a cuatro semanas remuneradas, de acuerdo con lo que disponga el facultativo.

El Art. 236 de su Código le faculta a la madre ceder, una de las doce semanas del descanso por maternidad, a su cónyuge o conviviente "para obtener de éste la compañía y atención en el momento del parto y en la fase inicial el puerperio".

La limitada participación del cónyuge en el descanso por maternidad es una empobrecida imitación de lo que acontece en algunos países de Europa, en donde, primero, se distingue el descanso por maternidad en beneficio de la mujer del descanso parental, de hasta un año laboral, del que puede usar la madre o el padre, a elección de ellos y, segundo, el descanso no es para que acompañe a la madre sino para dividir la responsabilidad doméstica proveniente de la obligación de criar al niño y para que el empleador no discrimine a la mujer al momento del acceso al puesto de trabajo porque el costo del descanso posnatal no es atribuible exclusivamente a la mujer.

En todos los países se exige que la mujer que desee acogerse a estos beneficios deberá justificar la fecha probable del parto con certificado médico y para el Ecuador, que no precisa qué ha de ocurrir si es que el parto se retrasa con relación a la fecha prevista por el facultativo, creo que es aplicable el Art. 3, numeral 4, del Convenio 103 de la OIT que dice "el descanso tomado anteriormente será siempre prolongado hasta la fecha verdadera del parto, y la duración del descanso puerperal obligatorio no deberá ser reducida", norma que de manera expresa la recoge el Art. 386, primer inciso, de la Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela.

5.3. LAS GARANTÍAS POSNATALES.- Aparte de los servicios y subsidios en dinero y especie, ordinariamente a cargo de la seguridad social, son debidos a la relación laboral

y por cuenta del empleador la instalación de casas cunas o guarderías, como preferimos llamar los ecuatorianos, los descansos o licencias de lactancia y la suspensión del contrato individual de trabajo en caso de enfermedad de la madre que provenga a consecuencia o con ocasión del parto.

5.3.1. LAS CASAS CUNAS O GUARDERIAS.- Es obligación del empleador instalar o establecer, a su cargo, contiguas o en lugar cercano al centro de trabajo casas cunas o guarderías equipadas debidamente y atendidas por personal idóneo, en los siguientes términos.

En Bolivia la obligación recae sobre las empresas que cuentan con mas de cincuenta obreros y tiene derecho al servicio los hijos menores de un año; Colombia deja al Reglamento especial de higiene y seguridad la regulación de este servicio, Ecuador impone este deber a los empleadores que cuentan con cincuenta o más trabajadores y en el Reglamento dispone que han de hacer uso de estas guarderías los hijos de hasta siete años pero reduce la obligación solo a las empresas con cincuenta o más trabajadoras en contra de la ley que no discrimina si han de ser varones o mujeres los cincuenta trabajadores. Venezuela obliga a mantener este servicio a los empleadores con veinte o más trabajadores en beneficio de los hijos cuya edad se abstiene de fijar.

Colombia, Ecuador y Venezuela autorizan que los empresarios se unan o asocien para instalar y mantener las guarderías o casas cunas; Ecuador y Venezuela permiten además la contratación de este servicio con empresas o instituciones especializadas.

La Ley de Productividad y Competitividad Laboral del Perú deroga la Ley No 2851 que trataba de las salas cuna y de la licencia por lactancia, por lo que, no habiéndose dictado una norma sustitutiva, hemos de entender que el empresario ha quedado exento de esta obligación.

5.3.2. LICENCIA DE LACTANCIA.- Con este u otro nombre se halla instituido el derecho de la trabajadora a gozar de licencia durante la jornada de trabajo para lactar al menor, el número de licencias al día, la duración de cada una de ellas y la edad del recién nacido varía de un país a otro.

En el Ecuador, sin embargo, en las reformas de 1991 se derogó esta licencia, pero se mantuvo la reducción de la jornada ordinaria diaria de ocho a seis horas durante los nueve primeros meses de vida del hijo, pero solamente cuando la guardería no estuviera junto al lugar de trabajo de la madre.

En el Perú, como ya dije, en 1997 se derogó la Ley No.2851, que prescribía esta licencia, pero mediante Ley especial ha instituido el subsidio diario por lactancia a cargo del Instituto Peruano de Seguridad Social -IPSS.

No es impertinente recordar que estas reformas se justificaron con el argumento de que era una exigencia de la modernización como si ella estuviera reñida con las más solidarias, y éstas si modernas, concepciones de la maternidad y crianza de los menores co-

mo función social que el Estado debe velar por su cumplimiento y la sociedad colaborar para que éste sea cabal y en términos que garanticen nuevas generaciones que dignifiquen a la especie y no la degraden o envilezcan.

5.3.3. LA ENFERMEDAD POSTERIOR AL PARTO.- Es igualmente común la suspensión del contrato individual de trabajo cuando la madre contrae una enfermedad como consecuencia o con ocasión del parto.

Bolivia dispone que si la trabajadora contrae una enfermedad que le impida trabajar, el empleador deberá conservar el puesto de trabajo hasta que ella recupere su salud y capacidad para el trabajo o adquiera el derecho a percibir la pensión de invalidez del seguro social. Durante todo este lapso debe pagarle la remuneración íntegra. En Colombia es nulo y no surte efectos el despido o el preaviso para dar por terminado el contrato mientras la trabajadora está en goce de la licencia por enfermedad motivada por el embarazo o parto.

Según el Art. 154 del Código del trabajo de Ecuador, el contrato individual de trabajo con la trabajadora se suspende cuando ella se incapacita para el trabajo por enfermedad que tenga su origen en el embarazo o en el parto; el empleador, en consecuencia, debe conservar el puesto de trabajo, hasta por un año y la mujer queda amparada por el seguro social, que tiene la obligación de proporcionarle los servicios médicos y hospitalarios, y las medicinas para que recupere la salud y la capacidad para el trabajo, y un subsidio en dinero que compense la pérdida del salario. Si es que la trabajadora no estuviera afiliada al seguro social serán de cuenta del empleador las prestaciones que no puede recibir del seguro.

La trabajadora en el Perú queda sometida a las normas generales sobre la Seguridad Social en Salud.

En Venezuela, la mujer en la situación de que tratamos en este número conserva su derecho al trabajo y una indemnización para su mantenimiento y el del niño, de acuerdo con lo establecido por la seguridad social.

6. TRABAJADORES CON RESPONSABILIDADES FAMILIARES

Aunque esta situación es considerada en el Convenio No.156 de la OIT tanto en el caso del hombre como en el de la mujer, a causa del alto porcentaje de mujeres que han debido asumir, por múltiples motivos, la calidad de jefas de hogar, tiene aplicación principalmente en el caso de la mujer.

La OIT lo ha encarecido muy plausiblemente como el primero de los convenios que responde a las concepciones modernas acerca del papel de la mujer y de la participación del hombre en la vida familiar y en las labores de hogar conforme a las cuales "el hombre y la mujer deben compartir por igual las responsabilidades parentales y otras

obligaciones familiares" y los beneficios de la legislación protectora deben aplicarse en forma tal que no se conviertan en una posible causa de discriminación contra las mujeres" por constituir "gastos adicionales o inconvenientes" que el empleador se pueda ahorrar con el empleo de varones.

El objetivo inmediato del Convenio es crear, dentro de la empresa las condiciones de trabajo, y fuera de ella los servicios comunitarios, públicos o privados, y la opinión pública favorable a las medidas que permitan a los trabajadores y trabajadoras conciliar el cumplimiento de sus obligaciones laborales con el empleador y la prestación de los cuidados y atenciones a los hijos a su cargo y a los miembros de su familia directa que de manera evidente necesiten de ellos.

Sin embargo, solo Perú y Venezuela han ratificado el Convenio No. 156; el Ecuador alegó "la situación económica en que se halla el país como la causa principal de que no pueda ratificarse el Convenio"; Bolivia "declaró que si bien las disposiciones enunciadas en el Convenio ... pueden considerarse adecuadas desde el punto de vista del desarrollo familiar, conviene aplicarlas gradualmente, en la medida en que lo permitan los recursos del país".

El Perú presta atención a los trabajadores con responsabilidades familiares en la Ley de Formación y Promoción Laboral y encomienda al Ministerio de Trabajo y Promoción Social la formulación y funcionamiento de programas que los beneficien especial y señaladamente; mas, en contra del espíritu y propósito deliberado del Convenio 156 prescribe que estos programas han de orientarse a las mujeres con responsabilidades familiares solamente.

Colombia ha creado, con esto objeto, los centros de atención integral al preescolar, Venezuela, en sus informes a la OIT manifiesta que ha creado a través de las dependencias oficiales "un programa nacional cuya finalidad es prestar asistencia a los niños", su objetivo central es "ocuparse de la salud y el bienestar del niño, y facilitar al mismo tiempo el ingreso de la madre en el mercado del trabajo".

Bajo la Subsecretaria de Bienestar Social, licenciada Elsa María Castro, funcionó, en el Ecuador durante el Gobierno presidido por Rodrigo Borja, La Red Comunitaria para el Desarrollo Infantil que al mismo tiempo que proveía de cuidado y alimentación a los niños a cargo de las vecinas del barrio con ayuda del Estado, permitía que las madres salieran del hogar al trabajo en la fábrica, taller, oficina o en el mercado informal, etc. Este programa fue distorsionado al extremo de casi desaparecer en el gobierno siguiente.

7. EL SERVICIO DOMESTICO

La modalidad conocida en el área andina con el nombre de "servicio doméstico" en Colombia, Ecuador y Venezuela, y con de "trabajadores domésticos" en Bolivia y Perú es,

en principio, un trabajo que puede ser realizado lo mismo por el hombre que por la mujer; pero, en la realidad es un trabajo asignado a la mujer y por excepción ejecutado por el hombre, por esta razón dedicaré algún espacio en este documento sobre el régimen laboral de la mujer.

Los términos en que esta modalidad o clase de trabajo está regulada en la CAN hacen de ella una especie de trabajo servil o, por lo menos, conserva rasgos que la asimilan a él, tal es el caso de la jornada de trabajo, descanso semanal, vacaciones y terminación del contrato de trabajo.

7.1.- ELEMENTOS DEL CONTRATO DE TRABAJO.- Los elementos de este contrato de trabajo son los comunes a todo contrato de trabajo, esto es prestación de servicios personales, dependencia del trabajador respecto del empleador y remuneración, pero todos ellos se revisten de caracteres típicos que los diferencian claramente de cualquiera otro.

Los trabajos que realiza el doméstico son los necesarios en el hogar del empleador y su familia en la preparación de los alimentos, servicio en el comedor, limpieza de la casa y de la ropa, cuidado de los niños y otros similares; deja de ser servicio o trabajo doméstico si se realizan esas mismas tareas para usuarios de ellas que no son miembros de la familia del empleador, quien suministra esos servicios, por medio de trabajadores contratados para el efecto, con fines de lucro, como es el caso de un hotel, posada, restaurante, etc.

Los jueces del Ecuador han negado la condición de servicio doméstico al que prestan los trabajadores asalariados en las comunidades religiosas.

7.2.- LA JORNADA DE TRABAJO.- La ley se inhibe de fijar la duración de la jornada diaria de trabajo, por lo que ella puede prolongarse mientras los servicios del trabajador o trabajadora sean necesarios al empleador o a los miembros de su familia, en el día o en la noche.

Siendo ésta una característica anacrónica y degradante, común al servicio o trabajo doméstico en los países andinos, la reglamentación varía de un país a otro, así: Bolivia prescribe que el trabajador no estará sujeto a horario alguno, su trabajo se acomodará a la naturaleza de la labor; sin embargo, señala que ha de gozar diariamente de ocho horas de descanso, excepto un día en que el tiempo de descanso puede ser de seis horas únicamente. Colombia se limita a mandar que, entre otros, los trabajadores del servicio doméstico están exentos de la jornada máxima de trabajo.

Ecuador guarda silencio respecto de la jornada de trabajo del doméstico, la jurisprudencia y la costumbre suplen la omisión legal en el sentido que si tiene residencia en casa del empleador, o sea si es puertas adentro como solemos denominarlo, o "cama adentro" en la terminología boliviana, su jornada diaria no está limitada, caso contrario se estará lo que hayan estipulado las partes, vale decir lo que exija el empleador.

Perú, por su lado, señala el tiempo de ocho horas diarias como el mínimo de que debe disponer el trabajador para su descanso diario.

Venezuela, en fin, dispone lo que ha consagrado la jurisprudencia y costumbre en el Ecuador, esto es que si el doméstico vive en la casa en donde presta sus servicios no tiene jornada máxima de trabajo, pero agrega que gozarán de un descanso absoluto mínimo de diez horas diarias y que si no habita en casa del empleador estará amparado por la jornada ordinaria de ocho horas.

7.3. EL DESCANSO SEMANAL.- Al revés de lo que ocurre con la jornada de trabajo que puede prolongarse sin límite, el descanso semanal se reduce en esta forma.

Bolivia simplemente lo ignora, lo cual puede entenderse en el sentido que, en esta materia rige la norma general o, al revés, que no gozan de este derecho; Colombia autoriza compensar con dinero el descanso semanal y, en general, durante los otros días de descanso obligatorio; Ecuador reconoce un día de descanso cada dos semanas de trabajo, también aquí la costumbre corrige a la ley y se habitúa reconocerles, como al resto de trabajadores, dos días, o por lo menos, uno de descanso en la semana; Perú estatuye veinticuatro horas continuas de descanso semanal, y Venezuela otorga un día de descanso, por lo menos, cada semana.

7.4. LAS VACACIONES.- En Bolivia las vacaciones anuales pagadas son de diez días en tanto que para los demás trabajadores es de quince días hábiles el mínimo y puede llegar a treinta días así mismo hábiles con diez o más años de antigüedad; Colombia guarda silencio, que se ha de interpretar como que se remite a la regla general al respecto, o sea quince días hábiles, tanto mas que junto al Perú ha ratificado el Convenio No.52 de la OIT.

En el Ecuador y Venezuela las vacaciones son de quince días al año, pero en los tres resulta discriminatorio porque para los otros trabajadores se prevé vacaciones adicionales para los trabajadores que laboran en la misma empresa a razón de uno mas por cada año posterior al quinto de trabajo en Ecuador y en Venezuela desde el segundo año.

En el Perú, las vacaciones son de treinta días para todos siempre que cumplan el número de jornadas diarias que prescribe la ley, con el nombre de récord y que varia según el número de días de labor a la semana en la empresa.

7.5. LA TERMINACION DEL CONTRATO- La subestimación del trabajo doméstico se manifiesta igualmente en la terminación del contrato de trabajo.

En los cinco PP.MM. de la CAN, el empleador puede dar por terminado el contrato de trabajo cuando tenga a bien, con el pago de una bonificación, siempre inferior a la que paga a los trabajadores de las otras ramas de trabajo, ya sea porque la cuantía es menor o ya porque se la calcula solo sobre la parte de la remuneración que recibe en dinero y no la que se le paga en especie o servicios; en Bolivia, Ecuador y Venezuela debe notificar su decisión con quince días de anticipación.

Por cierto, el trabajador o trabajadora, excepto en el Ecuador, pierde el derecho a la bo-

nificación si el contrato termina por su culpa, debido a causas determinadas en la ley, cuya existencia y gravedad depende demasiado del juicio subjetivo del empleador o de la autoridad, como la falta de probidad, honradez o moralidad.

7.6. OTRAS NORMAS DE EXCEPCION.- Con espíritu paternalista, mas que de justicia, el Derecho Laboral Andino trata de proteger al doméstico con algunos beneficios de que no gozan los trabajadores en otras modalidades de trabajo.

Bolivia y Venezuela e empleador tiene la obligación de trasladarlo, por su cuenta, en caso de enfermedad, a un hospital, pero tiene, a la vez, la facultad de dar por terminado el contrato de trabajo si se trata de una enfermedad contagiosa, en Bolivia además debe proveerle de los primeros auxilios; en Venezuela, en cambio, se instituye una prima de navidad.

Colombia excluye a los domésticos de las prestaciones de que disfrutan los demás trabajadores por los riesgos de trabajo, pero les concede el derecho a asistencia médica corriente y a la remuneración íntegra hasta por un mes, en caso de enfermedad de cualquier clase.

8. EL TRABAJO DE LAS AMAS DE CASA

Por iniciativa de las mujeres se incorporó a la Constitución del Ecuador el doble concepto del valor del trabajo doméstico no remunerado: como labor productiva que deberá contabilizarse entre las diversas sectores de la producción y como componente del PIB, así como el derecho del ama de casa a una compensación equitativa por ese trabajo cuando se encuentre en desventaja económica en relación con los otros miembros de la familia. Falta que se desarrolle este precepto constitucional en las leyes ordinarias.

Un paso adelante podría ser la imitación de lo hecho en Perú, en donde, por ley, se reconoce a las amas de casa y/o madres de familia la calidad de trabajadoras independientes con derecho a ser incorporadas en los regímenes de prestaciones de salud y de pensiones del sistema de seguridad social.

9. EL TRABAJO AUTONOMO

Al drama del desempleo acompaña, en nuestros países, el del subempleo en todas sus formas, al que corresponde la mayoría de los "informales".

La respuesta a las demandas, en la mayoría de los informales, de hacer de su trabajo una ocupación productiva y bien remunerada, exige que se les provea de crédito y también, acaso en mayor medida y urgencia, de asistencia técnica en prácticas de administración y comercialización, en el uso de modelos y materiales, información de la marcha de los mercados de proveedores y compradores, etc.

La importancia y urgencia de prestar atención al trabajo autónomo en la lucha por aliviar de la pobreza a decenas de millones de mujeres y, en suma, de habitantes de la CAN se desprende de varios hechos que escapan al acierto y buena intención de las políticas gubernamentales.

De esos múltiples hechos, precisa destacar: uno, que, según las estadísticas que maneja Gladys Acosta, del 30 al 50 por ciento "de las mujeres trabajadoras de los países andinos se encuentra en el sector informal de la economía"; dos, la incapacidad, cada día mas grande de la economía del área para crear los puestos de trabajo que sería necesario crear a fin de incorporar al empleo a los que actualmente se hallan desempleados y subempleados y, al mismo tiempo, a la nueva mano de obra que día tras día se suma a la población económicamente activa -PEA-.

En fin, el más singular desafío a las ciencias sociales es el crecimiento sin paralelo de la productividad y de la producción, gracias al desarrollo de la ciencia y de la innovación tecnológica, con disminución creciente de la necesidad de trabajo humano y, sobre todo, del trabajo de mano de obra no preparada y lo que es más no preparada al nivel requerido por el progreso científico y tecnológico en permanente innovación.

Un esfuerzo en este sentido y un ensayo que se debería examinar es el iniciado en el Perú con la Ley de Formación y Promoción Laboral que considera el diseño y ejecución de diversos programas, de los cuales hay que subrayar los específicos de fomento de empleo de categorías laborales que tengan dificultades para acceder al mercado de trabajo.

ANEXO

(Sugerencias para el Parlamento Andino)

1.- Regular el tratamiento diverso del trabajo de la mujer con independencia y por separado de las normas que protegen el trabajo de los niños, niñas y adolescentes porque obedecen a razones diferentes.

2.- Distinguir, como lo hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la "diferenciación" de la "discriminación", y en la diferenciación tener en cuenta:

2.1.- El trato diferente necesario para erradicar desigualdades ahora existentes en la realidad social, la ley de cuotas sería el caso.

2.2.- El trato diferente basado en diferencias reales y objetivas de la mujer respecto del varón, la licencia por parto, la licencia por lactancia son ejemplos de este caso.

2.3.- Evitar todo trato diferente que tenga como efecto la discriminación de la mujer porque a consecuencia de él, resulta el trabajo de la mujer más gravoso que el del varón porque impone cargas o inconvenientes que el empleador puede eludir o evitar mediante la contratación de varones; esto puede hacerse de dos maneras, por lo menos:

2.3.1.- Mediante la derogatoria simple y llana de las normas que prevén el trato diferente, como sería la derogatoria de las leyes que prohíben el trabajo de la mujer en jornada nocturna o las fijan para la mujer una jornada máxima inferior que la del varón.

2.3.2.- Mediante la extensión al varón de los beneficios de que goza la mujer, con el objeto de generalizar la práctica de la responsabilidad compartida, entre el varón y la mujer, de las tareas domésticas y familiares, tal sería el caso del descanso parental.

3.- Atención al trabajo por cuenta propia con medidas como la asistencia técnica en administración y contabilidad, información sobre la situación de los mercados de proveedores y compradores, interna e internacionalmente, innovación tecnológica y su aprovechamiento, provisión de modelos y diseños, y, por supuesto, con crédito en condiciones apropiadas de plazos, intereses, formas de pago, etc.

4.- Hacer realidad el principio de igual remuneración por trabajo de igual valor con medidas como las siguientes:

4.1 - Constitucionalizar el principio en términos parecidos a los del Convenio de la OIT del que todos los PP.MM. de la CAN son parte.

4.2.- *Resolver los problemas relacionados con los criterios con arreglo a los cuales a de comparase el trabajo de la mujer con el del varón.*

4.3.- *Discernir claramente los casos en los que el Estado está obligado a garantizar la aplicación del principio de aquellos en los que solo debe promover su aplicación.*

5.- *El acoso u hostigamiento sexual en el trabajo debe ser objeto de sanción laboral mediante la reforma de las leyes sustantivas, un ensayo que se podría estudiar podría ser la legislación peruana; pero también se debería reformar las normas procesales, especialmente en materia de prueba, se podría analizar la prueba estadística de la legislación italiana y discutir la prueba científica*

6.- *La extensión de los seguros sociales al trabajo doméstico no remunerado, o de las amas de casa, un ejemplo podría ser la legislación del Perú, con los recaudos que aconseje la experiencia para que no sea una simple ficción.*

7.- *Prestar atención y legislar a favor de las personas (varones y mujeres) con responsabilidades familiares, para evitar que sean discriminadas y estimular el acceso al empleo de estas personas.*

LAS NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO PENAL CONTEMPORANEO

DR. RAMIRO AGUILAR TORRES¹

Sumario: Introducción. La cuestión de la política criminal. Medidores de la delincuencia. Las distorsiones que pueden entorpecer el diseño de la política criminal. Algunos problemas actuales de la dogmática penal. El error. El dolo eventual. Algunos temas de inimputabilidad. Estados y patologías que afectan parcial o totalmente la capacidad cognitiva o volitiva de la gente. El menor de edad. Las penas. Las nuevas figuras delictivas. El principio de proporcionalidad. ¿Un código o leyes penales satelitales?. La despenalización de ciertas conductas. La creación de nuevos tipos. El futuro.

I. INTRODUCCION

En homenaje a Luis Jiménez de Asúa, quien con la publicación de su *Tratado de Derecho Penal* en 1964, contribuyó de manera muy especial al desarrollo de la dogmática penal latinoamericana, fijaremos como referencia temporal inicial del presente estudio el año en el que el citado tratadista murió: 1970.

Jiménez de Asúa, trajo consigo ideas de vanguardia para su época, varias de las cuales fueron incorporadas a la normativa penal de nuestros países; sin embargo, vistas las cosas con la perspectiva que dan treinta y cuatro años, tenemos que aceptar que el estudio del derecho penal en Latinoamérica parece haber sufrido una especie de letargo a raíz de la publicación del citado tratado, al punto que, los programas de estudio de las facultades de derecho de nuestras universidades fueron, hasta no hace poco, elaborados sobre la base de las clasificaciones y conceptos del gran maestro.

Ahora, si bien es cierto que los conceptos de Jiménez de Asúa y otros autores como: Eugenio Cuello Calón, Ricardo Núñez, Manzini e incluso Carrara son todavía de utilidad, también es verdad que contribuyen a esta vigencia doctrinaria, la antigüedad y poca movilidad de nuestra legislación penal. Nuestro actual Código Penal, tiene sus orígenes en 1872 y las reformas que se han dado con posterioridad, no han logrado cambiar su "añeja factura".

El actual reto del legislador ecuatoriano es dotar de un Código Penal moderno, dinámico, que permita a la sociedad recuperar la seguridad perdida.

¹ Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Profesor de la Cátedra de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la PUCE.

Este ensayo no pretende en absoluto desestimar la magnífica contribución hecha al desarrollo del derecho penal por quienes, en buena parte de lo que va de transcurrido el presente siglo, se han preocupado por estudiar los problemas que genera la dogmática penal. Pero si pretende constituirse en un referente para que los penalistas ecuatorianos caigamos en cuenta de que debemos: dar vuelta a la página escrita por Jiménez de Asúa y sus coetáneos y comenzar a cimentar en el Ecuador la nueva dogmática penal. Esto no implica la transcripción mecánica de otras leyes ni la cita libresca de autores extranjeros ni tampoco, desechar arrogantemente las obras de los autores clásicos.

Debemos recrear nuestra legislación penal desarrollando primero una política criminal; y, evaluando el impacto que podrían tener las nuevas normas con variables que reduzcan el margen de desacierto legislativo. Esto demanda tiempo y recursos, recrear nuestra normativa penal no va a ser un trabajo de meses ni de legos, será un trabajo de años y de expertos unidos en un esfuerzo multidisciplinario.

2. LA CUESTION DE LA POLITICA CRIMINAL

El drama del tercer milenio para estados desarticulados como el nuestro, se plantea en términos que no admiten matices. O se desarrollan políticas de Estado o se perderán las estructuras en medio de democracias anarquizadas y corruptas. Ahora bien, el desarrollo de estas políticas exige necesariamente que quienes conducen el país, se planteen básicamente las siguientes interrogantes: ¿Qué instituciones son necesarias para la supervivencia del Ecuador? ¿Cuáles son los objetivos que debe lograr el Ecuador a mediano y largo plazo? ¿Qué papel deberá cumplir el Ecuador en el escenario latinoamericano? ¿Hacia donde planteamos los ecuatorianos que debería dirigirse Hispanoamérica en el escenario mundial?

Evidentemente las dos primeras cuestiones atañen directamente a nuestro fortalecimiento como nación; y las dos últimas a nuestro rol en el mundo. La posibilidad de tener gobiernos alternativos no riñe con la necesidad de definir estrategias a largo plazo que justifiquen nuestra existencia como país.

Debemos definir con absoluta claridad nuestros intereses nacionales. Y precisamente uno de nuestros intereses nacionales prioritarios debe ser el tener una política criminal.

La política criminal es aquel conjunto de ideas y estrategias que definen y priorizan los objetivos que tiene el Estado con respecto al problema de la delincuencia. El tema normativo es solamente una parte de la cuestión; el resto del problema está en la víctima; en el delincuente; en la pena; y, en las posibilidades de seguimiento de la reabsorción social de infractores y agraviados.

2.1. MEDIDORES DE LA DELINCUENCIA.- El delineamiento de una política criminal es el punto de partida del estudio y tratamiento del fenómeno delictivo. Y para hacerlo hay

que definir este fenómeno. Sabemos que en el Ecuador hay delincuencia pero: ¿Tenemos indicadores fiables al respecto? ¿Sabemos cuál es el tipo de delito que más se comete? ¿Cuál el segmento de la población más afectado? ¿Esta creciendo o disminuyendo el problema?

A juzgar por las noticias aparecidas diariamente en los medios de comunicación estamos ingresando al nuevo siglo con alarmante violencia social. Sin embargo, resulta que los peores indicadores del avance de la criminalidad son precisamente las noticias. Si les hacemos caso corremos el peligro de magnificar el problema respecto a ciertos delitos y subestimarlos respecto a otros que, por su cotidianidad, no son de especial connotación para los medios.

En resumen, el primer paso para delinear una adecuada política criminal es definir el verdadero alcance del problema y para ello, las estadísticas "oficiales" que provienen de la Policía y de la Función Judicial no son las más idóneas: por la posibilidad de repetir datos o porque gran parte de las infracciones, aunque efectivamente lesivas, no se judicializan jamás. La cifra negra ya sea positiva o negativa es enorme.

Se han desarrollado medios que pretenden reducir la cifra negra y dar una imagen más real del fenómeno criminal. Entre estos medios tenemos las ENCUESTAS DE VICTIMIZACIÓN en las que se pregunta a los ciudadanos técnicamente escogidos, si alguna vez han sido víctimas de un delito y además, ciertas particularidades que permiten a quien lee la encuesta tener una idea más real de lo que verdaderamente ocurre.

Aunque no fue específicamente una encuesta de victimización, se ha hecho algo parecido con el Proyecto: "MI OPINION SI CUENTA"² en donde podemos apreciar hasta donde se ha profundizado el problema del maltrato al menor en el Ecuador desde 1993 hasta 1996. De esta encuesta de opinión, se concluye que los derechos de los menores en el Ecuador de fin de siglo son más un discurso que un efectivo mecanismo de protección; que la cifra de los menores agredidos física, síquica y sexualmente por sus padres y por extraños es mayor a la que recogen los libros de ingreso de causas de los Tribunales de Menores; y, que la agresión se produce en todos los niveles socioeconómicos.

Otro mecanismo idóneo para ir delimitando el problema de la criminalidad es el de las ENCUESTAS DE AUTODENUNCIA³ debidamente aplicadas por sector de población. En el Ecuador una de las pocas experiencias que se han hecho al respecto es la Encuesta Nacional de Consumo de Drogas, cuyos resultados no han sido debidamente publicitados. En todo caso, con este mecanismo se pueden conocer aspectos relacionados con el delincuente que van más allá de aquellos que se obtienen en los expedientes ju-

² *Así opinan los niños, niñas y jóvenes del Ecuador*, Francisco Avila Paredes, Editor, Defensa de los Niños Internacional, Ecuador, 1997.

³ *En las que se interroga al encuestado respecto a si alguna vez ha delinquido y en qué condiciones.*

diciales. La aplicación de este tipo de medidores de la criminalidad, requiere de fuertes recursos económicos pero son de necesaria aplicación para recrear la legislación penal ecuatoriana.

2.2. LAS DISTORSIONES QUE PUEDEN ENTORPECER EL DISEÑO DE LA POLÍTICA CRIMINAL-

Cuando se delinea la política criminal del Estado, hay que sortear algunas interferencias que distorsionan la percepción legislativa. Una de ellas, en palabras de **José Luis Díez Ripollés**⁴ es la tendencia a que el derecho penal, ocupe en la sociedad de nuestro tiempo el papel que debería cumplir la **moral civil**.

La moral religiosa cumplió durante siglos la función de regulador de las conductas individuales; con el ocaso de la religiosidad occidental, se ha pretendido que estos patrones de conducta se convirtieran en una especie de mandamientos cívicos inquebrantables, no solamente porque en la mayoría de los casos constituyen delitos las conductas que los lesionan, sino porque precisamente en su cumplimiento está la base de la convivencia civilizada. El no robar, no matar, no forzar la libertad sexual de las personas son algunos de estos mandamientos cívicos. No obstante, cuando la sociedad va perdiendo su moral civil, se pretende que el derecho penal se convierta en el Código Moral que la regule. Cuando la sociedad se descompone, se cambia el Código Penal, de esta manera, los ciudadanos saben que las conductas descritas en el Código Penal están "mal" y que las conductas que no se encuentran en el Código Penal, están "bien". Con esto, más que restablecer el orden social se empobrece la moral civil, en la medida en que los ciudadanos deben abstenerse de realizar conductas dañosas no porque sean delito sino porque lesionan al conjunto social y por ende a ellos mismos.

Si la administración del Estado se sumerge en la corrupción, todos voltean la cara hacia el derecho penal, sin detenerse a pensar si en verdad está en capacidad de solucionar el problema.

En algunas ocasiones el derecho penal debe pronunciarse antes de que la filosofía o la ciencia definan sus posturas sobre un tema. Ninguna de ellas por ejemplo, ha definido sus posiciones sobre temas como la donación y la manipulación genética en humanos y ya en algunos países (Estados Unidos) es delito la clonación de seres humanos. En estas condiciones parece evidente que la sociedad espera demasiado del derecho penal, buscando en éste, más de lo que científicamente puede dar. La legislación coyuntural no refleja los intereses nacionales sino que naufraga en la inmediatez y la improvisación con la consiguiente ineficacia de la norma, la pérdida de credibilidad del derecho penal y el aumento de la inseguridad en todos sus aspectos. Es absolutamente ingenuo pretender modificar la realidad social a través de la expedición de normas penales. El legislador que actúe de esta manera está buscando usar al derecho penal como un símbolo (amenaza general a la sociedad) más que como un instrumento para solucionar

⁴ Díez Ripollés José Luis, *Esigencias Sociales y Política Criminal*. Conferencia, Salamanca, 15 de Enero de 1998.

efectivamente el problema del delito, el delincuente y la víctima. El legislador ligero e irresponsable, actúa más por reflejo ante la reacción emocional de la sociedad que por técnica y objetivos. Esto genera una **falsa sensación de seguridad en la colectividad, evitando la adopción de otras medidas, acaso de más alto costo pero ciertamente más eficaces.**

Conjuntamente con el desarrollo de una política criminal, debemos desarrollar una "Teoría de la Legislación" que sistematice conceptual y técnicamente la tarea de legislar.

En resumen, el derecho penal de nuestros tiempos ya no es el simple catálogo de conductas y de penas; tiene su génesis en la formulación de una adecuada **Política Criminal**, sobre la base de diagnosticar adecuadamente el problema de la criminalidad reinante en una sociedad en un momento determinado, aplicando medidores apropiados. El derecho penal de nuestros tiempos, debe ser más científico en su creación, no emocional ni simbólico. Y por sobre todas las cosas, no debe confundirse con una moral civil, pues al hacerlo, corre el riesgo de ser usado como paliativo en sociedades con urgencia de cambios y medidas totalmente distintas a la simple criminalización de conductas.

3. ALGUNOS PROBLEMAS ACTUALES DE LA DOGMÁTICA PENAL

En todos estos años hemos observado que la mayor parte de la Teoría del Delito se ha constituido al margen de la actuación legislativa. Es decir, han sido los estudiosos del derecho penal quienes se han planteado los problemas teóricos. El legislador se ha limitado a reaccionar por reflejo ante la presión emocional de la sociedad, incrementado el catálogo de infracciones y penas. Sin embargo, lo curioso es que los jueces y tribunales de justicia, han reaccionado ante el inmovilismo de la parte general o dogmática de nuestros Códigos Penales, "adaptándola" a la nueva problemática. No obstante, la prohibición de la interpretación analógica ha sido un gran obstáculo para los administradores de justicia.

A continuación nos ocuparemos de algunos de los actuales problemas de la dogmática penal.

3.1. EL ERROR.- El tratamiento doctrinario del problema del error constituye uno de los temas más controversiales del derecho penal de nuestro tiempo. Nuestro Código Penal, trata superficialmente el error acogiéndose a la casi abandonada clasificación de error de hecho y error de derecho. En efecto, el Art. 3 del Código Penal trata el error de derecho, estableciendo que: "*Se presume de derecho que las leyes penales son conocidas de todos aquellos sobre quienes imperan. Por consiguiente, nadie puede invocar su ignorancia como causa de disculpa*".

A su vez, el Art. 13 regula uno de los posibles errores de hecho mediante la siguiente

formula: "El que ejecuta voluntariamente un acto punible será responsable de él, e incurrirá en la pena señalada para la infracción resultante, aunque varíe el mal que el delincuente *o* uso causar; o recaiga en distinta persona de aquella a quien se propuso ofender".

Desde 1952, en Alemania, el Gran Senado para Asuntos Penales del Tribunal Federal, ha basado su tratamiento del error en la distinción entre **error de tipo** y **error de prohibición**⁵, abandonando la ya para entonces antigua diferenciación entre error de hecho y error de derecho.

Hay **error de tipo** cuando "en la comisión del hecho se desconoce una circunstancia que pertenece al tipo legal"⁶. **Error de prohibición** es aquel en que "el autor sabe lo que hace pero cree erróneamente que ello es lícito. Le falta la conciencia de la antijuridicidad, respecto de la cual, si existe, el autor sabe que lo que hace no es jurídicamente lícito sino prohibido"⁷. Adaptando esta clasificación del dolo que no tiene nada de contemporánea de acuerdo a los límites temporales que nos impusiéramos en las líneas iniciales de este trabajo, a la clasificación referida por nuestro código, tendríamos sin ser completamente exactos que el error de tipo es análogo al error de hecho mientras que el error de prohibición es análogo al error de derecho. Ahora bien, vemos como esta clasificación, data de antes de 1952, tiene sus antecedentes en Alemania en 1945, sin embargo, a pesar de ello, en nuestro Código Penal no se contempla todavía, aunque esto no signifique que en la praxis, no se den efectivamente casos en los que exista error de tipo o error de prohibición.

La lentitud en la absorción por parte de los Códigos Penales de estas instituciones, no es propia del Ecuador aunque creo que nuestra asincronía legislativa es digna de resaltarse.

Recién "... en el año 1983 se introdujo en el Código Penal español un precepto, el artículo 6 bis a, que recogía de forma expresa las consecuencias que tenía el error sobre la responsabilidad penal. Se daba forma con este artículo a una exigencia político criminal que está en las bases del derecho penal contemporáneo y que viene exigida, entre otras razones, por la exclusión en el ámbito penal de la responsabilidad objetiva"⁸. En el nuevo Código Penal español de 1995, se mantiene el tratamiento de ambas clases de error con algunas modificaciones con respecto a la reforma de 1983.

Para dar una solución respecto a la punibilidad del error de prohibición se han dado

⁵ Jescheck Hans, *Tratado de Derecho Penal, Parte General Volumen Primero*, Editorial Bosch, Barcelona, 1981. Pág., 413.

⁶ Ibid. Pág. 412.

⁷ Mezger Edmund, *Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963. Pág. 425y426.

⁸ Verdugo Gómez de la Torre Ignacio, *Algunos problemas dogmáticos y su solución en el Nuevo Código Penal*, Español. Artículo publicado en: *Revista Penal*, Nro. 1, Editorial Praxis, Enero de 1998. Pág. 18.

doctrinariamente las siguientes posiciones: a) TEORIA DEL DOLO; y, b) TEORIA DE LA CULPABILIDAD.

La primera teoría establece que para poder castigar el dolo, además del dolo del hecho, se exige la conciencia de la antijuridicidad, quedando esta como elemento del dolo, en tal virtud, si no hay conciencia de antijuridicidad, no hay dolo y por ende no hay responsabilidad penal. La segunda establece que para la punibilidad del dolo es suficiente que el autor pueda reconocer que lo que está a punto de hacer es una injusticia; aquí, la conciencia de la antijuridicidad o la posibilidad de esta conciencia es un elemento independiente de la culpabilidad frente al dolo. En consecuencia, "...según esta teoría, el error sobre la prohibición es, en caso de ser inocente, una causa de exclusión de la culpabilidad y, en caso de ser culpable, una posible causa de atenuación de la culpabilidad."

La actual legislación penal vigente en España desde 1995, acoge la teoría de la culpabilidad en el error de prohibición vencible y la teoría del dolo en el error de prohibición invencible.

"El error de tipo (aspecto negativo del elemento cognitivo del dolo). Como vimos, el dolo requiere conocimiento de los elementos del tipo objetivo. Este conocimiento falta cuando el autor desconoce la existencia de alguno de los elementos del tipo objetivo. El desconocimiento puede provenir de error o ignorancia, es decir, de un conocimiento falso o de la falta de conocimiento.

Si el autor ha realizado el tipo por error se excluye su responsabilidad por el delito doloso, sea que este error provenga de su descuido (haya sido evitable mediante un actuar diligente), sea que dicho error no hubiera podido superarse actuando más diligentemente. Sin embargo, cuando el error hubiera podido evitarse con un comportamiento diligente (cuidadoso), quedará abierta la cuestión de la responsabilidad culposa: Si la realización de ese tipo es punible en su forma culposa y si se dan los elementos que caracterizan la realización culposa del tipo"⁹.

En el Ecuador ante los casos de error de tipo sobre elementos esenciales la solución sería aplicar el Art. 32 del Código Penal¹¹. Ante un error de prohibición invencible, si consideramos que la conciencia de la antijuridicidad es un elemento del dolo, la solución sería también aplicar el mismo Art. 32¹². En todo caso, si bien esta es la alternativa que quedaría ante la presencia de esta clase de errores en un caso determinado, lo óptimo es que nuestra nueva legislación penal considere el tema más profundamente pues, las

⁹ Mezger. *Obra Citada*, Pág. 426

¹⁰ Bacigalupo Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Editorial Temis S.A., Bogotá, 1994, Pág.108-109.

¹¹Art. 32 del Código Penal del Ecuador: "Nadie puede ser reprimido por un acto previsto por la Ley como infracción, si no lo hubiere cometido con voluntad y conciencia"

¹² El problema radicaría en que nuestros Tribunales acepten la antijuridicidad como elemento constitutivo del dolo.

controversias respecto al error, abarcan más de lo que hemos referido en estas líneas ya que incluye cuestiones relativas al error en las causas de justificación, error sobre circunstancias objetivas en causas excluyentes de atribuibilidad, error sobre el nexo causal, etc.

En la legislación colombiana, a raíz de la promulgación del Código Penal de 1980 se ha tratado el tema del error como *causal de inculpabilidad*; en efecto, el Art. 40 del citado Código dice:

“Causales de inculpabilidad. No es culpable:

1º.- Quien realice la acción u omisión por caso fortuito o fuerza mayor.

2º.- Quien obre bajo insuperable coacción ajena.

3º.- Quien realice el hecho con la convicción errada e invencible de que está amparado por una causal de justificación, y

4º.- Quien obre con la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal.

Si el error proviene de culpa, el hecho será punible cuando la ley lo hubiere previsto como culposo”¹³.

El error comprendido en el numeral 3ro. de la norma citada es un error de prohibición invencible sobre una causa de justificación; y, el comprendido en el numeral 4to. es un error de tipo.

3.2. EL DOLO EVENTUAL- Es evidente que en nuestra parte dogmática se impone el tratamiento del dolo eventual como forma del dolo.

Debe entenderse como delito doloso aquel en el que el agente conoce el hecho punible y quiere su realización o también aquel en el que el agente, acepta el resultado, previéndolo, al menos como posible, de su acción u omisión.

3.3. ALGUNOS TEMAS DE INIMPUTABILIDAD:

3.3.1. ESTADOS Y PATOLOGIAS QUE AFECTAN PARCIAL O TOTALMENTE LA CAPACIDAD COGNITIVA O VOLITIVA DEL AGENTE.- En el tema de las enfermedades mentales los Códigos Penales necesariamente deberían, a mi juicio, usar fórmulas generales relacionadas con la capacidad de querer y de entender, dejando a los siquiátras y a los psicólogos, el determinar técnicamente los estados y las patologías somáticas o psicológicas que

¹³ *Código Penal*, 2da. Edición, Editorial LEYER, Bogotá, 1994, Pág. 23 y 24.

perturban las facultades cognitivas o volitivas del sujeto hasta el punto de alterar total o parcialmente su percepción de la realidad o el control de sus actos.

En el tratamiento que la legislación penal vigente en el Ecuador da a este tema, se ha hecho hincapié en la necesidad de que la perturbación cognitiva o volitiva provenga de enfermedades o patologías, desconociendo el legislador ecuatoriano la posibilidad científicamente posible y cierta de que la distorsión en la percepción de la realidad o la ausencia del control de los actos provenga de estados emocionales del agente, tal como el estado de ansiedad provocado por la abstinencia del adicto a las drogas.

3.3.2. EL MENOR DE EDAD.- Con el aumento de la criminalidad en rangos de edad cada vez menores a los establecidos para fijar la mayoría de edad (18 años), la sociedad contemporánea se ha planteado la posibilidad de reducir la edad penal a los dieciséis años. Nuestro Código Penal en su Art. 40 dice que:

“Las personas que no hayan cumplido los dieciocho años de edad estarán sujetas al Código de Menores”.

En nuestra sociedad el problema de la “delincuencia juvenil” es real. Los Tribunales de Menores son los que se encargan de conocer las conductas irregulares de los menores infractores, quienes no son reclusos en prisiones para adultos sino que permanecen internados en Centros de Rehabilitación de Menores por un tiempo máximo de cuatro años. En estos centros, las medidas de seguridad son menores y las políticas de resocialización son diferentes.

Hay una tendencia internacional a aplicar el internamiento en el caso de menores infractores como última opción. En algunos trabajos de investigación, se ha logrado determinar que el internamiento es perjudicial y que, en la mayoría de los casos, antes que la reinserción del menor infractor en la sociedad, logra aumentar su comportamiento violento¹⁴ y **etiquetarlo**.

En mi opinión, no debería reducirse la edad penal. La solución al problema del incremento de la delincuencia juvenil pasa por cuestiones que ni la dogmática ni la casuística penal resuelven. El punto medular de la cuestión es determinar cuándo y bajo qué condiciones, el desarrollo de la inteligencia llega a tal punto que no solamente permite al sujeto la percepción de la realidad y la recopilación de datos sino que, además, le permite discernir esa realidad, procesar esos datos y controlar sus emociones. Aquí intervienen además de los factores somáticos, factores emocionales. No debemos olvidar que son las emociones las que se desbordan en medio de la vorágine del acto delictivo y que el control de ellas no depende exclusivamente del crecimiento y del desarrollo

¹⁴ Barberet Rosemary, Cristina Rechea y otros. *Self-reported juvenile delinquency in Spain*. Universidad de Castilla La Mancha. 1996.

orgánico del sujeto sino del desarrollo de su INTELIGENCIA EMOCIONAL.

El estudio de la **inteligencia emocional**, cuya teoría ha sido elaborada por Jhon Mayer, psicólogo de la Universidad de New Hampshire y Peter Salovey de la Universidad de Yale, plantea nuevas perspectivas en el tratamiento del problema de la delincuencia juvenil. Todo el aparato educativo ha sido ideado de tal manera que pretende desarrollar las aptitudes y capacidades académicas del individuo, pero ha descuidado la educación emocional del educando. La propia psicología ha dejado de lado el estudio de lo emocional para dedicarse a lo racional. Con la formulación de la teoría de la Inteligencia Emocional se busca aportar elementos que favorezcan el conocimiento y control de nuestros estados de ánimo y de los pensamientos que tenemos acerca de esos estados de ánimo¹⁵. En suma, la inteligencia emocional es aquella que controla nuestras emociones, pasiones, sentimientos y estados de ánimo.

Antes de plantearse siquiera el asunto de reducir la edad penal, el derecho penal debe entender que si en los adultos la capacidad disuasiva de la pena es mínima, en los menores, puede tener el contraproducente efecto de enfrentar al menor infractor, que ve la sociedad desde su subcultura y sus disvalores, con el resto de la comunidad. Este enfrentamiento, por supuesto, se traducirá en más delincuencia.

3.4. LAS PENAS.- Otro de los problemas que se le han presentado al derecho penal de nuestros tiempos es el relacionado con las penas.

Nuestro país no ha estado alejado de la cuestión y periódicamente cuando algún caso especialmente dramático ocupa las portadas de los diarios o cuando la corrupción administrativa supera los niveles tolerables, la sociedad clama por endurecer las penas y no pocos legisladores llevan ese clamor ciudadano al Congreso, incluso hace no poco tiempo se habló de pena de muerte y castración.

Aquí se evidencia la ausencia total de una política criminal en el Ecuador. La sociedad busca seguridad donde no la va a obtener. Con el endurecimiento de las penas no hay seguridad alguna pues, aumentando el tiempo que va a permanecer en prisión un individuo, vamos a lograr que alguien que por su edad no sea de tanta peligrosidad como lo fue inicialmente, ocupe recursos que podrían ser destinados a otros individuos con vida criminal reciente y por ende más amenazantes para la comunidad.

Es un hecho que la pena de prisión no resocializa, que sus efectos simbólicos disuasivos son mínimos y que lo único que logra es desviar definitivamente a personas que podrían ser recuperadas del mundo de la delincuencia, con el consiguiente costo económico para el Estado. Su generalización irresponsable ha logrado hacinamiento y altos niveles de reincidencia. Las nuevas tendencias nos obligan a replantear penas alter-

¹⁵ Sobre este tema ver: Goleman Daniel. *Inteligencia Emocional*. Editorial Kairos. Barcelona. 19a Edición, 1997.

nativas a la prisión como trabajos comunitarios (con la discusión constitucional que podría generar), penas pecuniarias y por sobre todas las cosas desarrollar sin temor el **Derecho de Intervención** (*interventionsrecht*). “Bajo esta expresión quedan comprendidos aquellos instrumentos que pueden responder mejor que el derecho penal a la demanda actual y futura de solución de problemas. Estos instrumentos están aún en gestación y han de ser desarrollados, incluso teóricamente.

En cualquier caso, deben tener las siguientes propiedades: Aptitud para solucionar el problema antes de que se produzcan los daños (capacidad de prevención); disponibilidad no sólo sobre los medios de actuación o su uso, sino también sobre los de control y dirección; cooperación de demarcaciones hasta ahora bastante separadas; Derecho administrativo, infracciones administrativas, Derecho de responsabilidad por daños derivados de hechos ilícitos, Derecho sanitario, Derecho de medicamentos, Derecho fiscal, Derecho del trabajo, cuyas garantías son aplicables a las posibilidades de actuación derivadas de este Derecho de intervención”¹⁶.

En suma debemos desarrollar una **prevención general positiva** que nos lleve a diseñar estrategias multidisciplinarias que nos permitan controlar la violencia social en sus orígenes.

4. LAS NUEVAS FIGURAS DELICTIVAS

Una vez que hemos pasado revista a algunos de los problemas que afronta actualmente la dogmática penal, pasaremos a considerar algunas de las nuevas figuras delictivas.

4.1. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.- El catálogo de infracciones debe modificarse conforme varían las exigencias sociales y de acuerdo a una política criminal previamente elaborada. Ahora bien, para proceder a la tipificación de conductas debemos recurrir previamente a la aplicación irrestricta del principio de proporcionalidad y sus subprincipios de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto.

En efecto, según el principio de proporcionalidad: “Cualquier intervención del legislador o de la administración sobre los derechos del ciudadano ha de tener como finalidad aumentar el bienestar común”¹⁷.

El subprincipio de Idoneidad, establece que: “La tipificación de la conducta resulta inadecuada cuando de ella no se va a obtener protección alguna del bien jurídico o, más aún, cuando su tipificación va a ocasionar más daño que beneficios”¹⁸.

El subprincipio de necesidad de la medida restrictiva: “...implica que el legislador está

¹⁶ Hassener Winfried, *Perspectivas del Derecho Penal Futuro*, Revista Penal Nro. 1 obra citada, Pág. 40.

¹⁷ Arroyo Zapatero Luis, *Derecho Penal Económico y Constitución*, Revista Penal Nro. 1 Obra citada, Pág. 4.

¹⁸ *Ibid.*, Pág. 4.

obligado a elegir de entre las diversas medidas que tiene a su alcance para lograr un determinado fin, la menos gravosa para el ciudadano”¹⁹.

El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto “requiere que los medios empleados guarden relación con el fin perseguido, incluso aunque se trate de un medio idóneo o necesario.

El carácter fragmentario del derecho penal es una directriz de política criminal derivada de este principio según la cual no han de sancionarse todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos. Se trata de un principio que se dirige al legislador en el momento de formular la descripción típica y, seguidamente, al juez, quien invocándolo puede apartarse de una interpretación formal del tipo, considerando atípicas un determinado género de conductas que sólo lesionan de modo insignificante al bien jurídico protegido”²⁰.

4.1. ¿UN CODIGO O LEYES PENALES SATELITALES?.- Si bien los temas están sobre la mesa de discusión y es obvio que el legislador ecuatoriano ha tenido una actitud más que negligente en modernizar la normativa penal de acuerdo con las exigencias de nuestra época; el primer punto a resolver es si la protección de estos bienes jurídicos y la criminalización de las conductas que los lesionen, debe hacerse en un solo cuerpo legal o en varios.

En mi opinión no es conveniente dispersar las normas penales. La existencia de normas penales en distintas leyes genera inseguridad, desconocimiento, error y, aunque parezca curioso, repetición de tipos e incluso anulación de disposiciones por incompatibilidad.

La opinión contraria, esgrimiría en su favor el argumento de la especialidad de los bienes jurídicos protegidos y el inmanejable volumen que alcanzaría un Código Penal que integre todos los tipos existentes. En lo que respecta a lo último, el Código Civil es una muestra de que se pueden manejar códigos voluminosos; y en lo que a la especialidad se refiere, creo que la compilación de preceptos en un solo cuerpo no significa, en absoluto simplificar su tratamiento normativo o doctrinario sino que, por el contrario, evita que a propósito de dar un ordenamiento específico a ciertas materias se quebranten las grandes reglas impuestas por la dogmática penal, **desgarantizándose el sistema penal.**

4.2. LA DESPENALIZACION DE CIERTAS CONDUCTAS.- El segundo punto de la cuestión es la descriminalización de conductas por su desuso algunas y otras porque lejos de responder a la intención original del legislador se han desnaturalizado congestionando la administración de justicia penal en asuntos que entran más dentro del ámbito privado,

¹⁹ *Ibid.* Pág. 5.

²⁰ *Ibid.* Pág. 6.

cuyo tratamiento debe ser civil. Por ejemplo, los artículos 481 y siguientes del Código Penal que tipifican el duelo y el Art. 368 *Ibidem* tipifica el giro de cheque sin provisión de fondos, que lejos de ser un delito contra la fe pública, en el noventa y nueve por ciento de los casos, refleja un perjuicio patrimonial del beneficiario del cheque, subsanado el cual, el agraviado se considera satisfecho y la administración de justicia se queda con expedientes abandonados.

4.3. LA CREACION DE NUEVOS TIPOS.- El profesor Hassener afirma con todo acierto que el Derecho Penal moderno ha priorizado la criminalización de ciertas conductas relacionadas con el medio ambiente, las drogas, la economía, el tratamiento informático de datos, el terrorismo, la criminalidad organizada²¹. En nuestro continente, se ha extendido la criminalización de delitos relacionados con la corrupción, sin que, hasta el momento se haya precisado epistemológicamente este concepto.

Entrando en materia, la sociedad contemporánea considera que nuevos bienes deben ser objeto de protección jurídica. En relación con el medio ambiente, es necesario que el legislador ecuatoriano modernice viejas infracciones como la destrucción de bosques y se plantee la conservación del hábitat como un interés nacional. Hay necesidad de tipificar ciertas conductas como delictivas: El vertimiento de desechos tóxicos en ríos, la contaminación atmosférica, la deforestación en áreas protegidas o restringidas, la caza de especies en vías de extinción; etc.

En materia de drogas el asunto es más complejo. Tenemos una ley absurda y antitécnica que viola las garantías constitucionales. Temas como la dosis de aprovisionamiento; la gradación de las penas en función de la cantidad de droga incautada; la sustitución de la pena de prisión por medidas alternativas; la proporcionalidad y racionalidad de las medidas cautelares de carácter real de acuerdo a la gravedad de la infracción y al grado de participación del indiciado; y, el respeto al derecho de propiedad del sindicado mientras no haya sido condenado de manera definitiva, evitando la entrega provisional de sus bienes a terceros; son temas de necesario replanteo legislativo.

En cuanto a la protección jurídica de la economía y sus agentes, son necesarios tipos que describan conductas como la legitimación de capitales de origen ilícito; la administración fraudulenta de sociedades; los monopolios; el fraude bursátil; el uso de información privilegiada en operaciones de banca y bolsa; la insubordinación económica; la imposición de acuerdos lesivos o abusivos a los socios de una persona jurídica; la piratería y el espionaje industrial; la propagación de noticias o datos falsos con el fin de desestabilizar la economía o desvalorizar una sociedad; y, la defraudación tributaria incorporada de una vez por todas al Código Penal.

En un mundo globalizado, el problema y el efecto de los delitos informáticos es cada

²¹ Hassemer Winfried. *Obra citada*. Pág. 37.

vez más grave, deben penalizarse: la violación del correo electrónico, la pornografía infantil a través de la red, la piratería del software; la sustracción de información; el acceso no autorizado a bancos de datos privados; etc.

En lo que se relaciona a las conductas tradicionalmente tipificadas como los delitos sexuales, el abuso de menores, y los delitos contra la propiedad, nuestro legislador debe replantearse el problema a la luz de la filosofía penal contemporánea que habla de la libertad sexual; de la protección física, psicológica y social del infante y del menor; y, de la necesidad de clarificar conceptualmente donde terminan, para el tratamiento exclusivo del derecho privado, el incumplimiento contractual y sus correspondientes consecuencias de reparación civil y donde empieza la relevancia de este incumplimiento para el derecho penal. No todo incumplimiento de contrato es una estafa (abuso de confianza), pero el legislador debe fijar los límites.

De igual manera en lo relacionado con los delitos contra la administración pública, deben delimitarse claramente las competencias entre el derecho administrativo y el derecho penal de tal forma que principios propios del derecho administrativo como la presunción de legalidad del acto administrativo y la facultad discrecional de la administración no se desnaturalicen en medio de apresuradas y limitadas interpretaciones del juez penal.

5. EL FUTURO

Para terminar, debo manifestar que se quedan en el tintero muchos temas, tanto relacionados con la dogmática penal cuanto relacionados con la casuística penal. En todo caso, espero que este trabajo dé una idea clara de hacia donde va el derecho penal, que, como hemos visto no se ha quedado estático a pesar del inmovilismo de sus normas en países como el Ecuador.

El derecho penal es como todo producto humano, perfectible. Si exigimos de él más de lo que como ciencia nos puede dar, fracasará. Pero, si le damos su verdadera dimensión y entendemos que la solución al problema de la delincuencia es múltiple y va más allá de la criminalización de conductas, entonces, demostrará que es un instrumento eficaz para mantener la seguridad ciudadana.

LA LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACION EN EL ECUADOR¹

DR. JAIME VINTIMILLA SALDAÑA²

Sumario: Introducción. Antecedentes institucionales y legales de los medios alternativos. Análisis de la ley. Experiencias. Sector privado. Comunidad. Tendencias. Desafíos.

INTRODUCCIÓN

En la estructura social y en el Estado se evidencia una crisis que corroe a todos los aspectos, de allí que el manejo tradicional del conflicto a través del proceso se ha contagiado de la misma, contribuyendo a la gestación de una mala respuesta para atender las necesidades de justicia que el ciudadano requiere. Este hecho ha repercutido en la congestión y la falta de funcionalidad de los organismos y sistemas que manejan los problemas así como en el aislamiento de la mayoría de los actores inmersos para participar activamente en el proceso de solución de los mismos.

Estos antecedentes han fomentado desconfianza y recelo entre los usuarios de los órganos judiciales y se ha observado el apareamiento de posiciones como la evasión del conflicto o su procesamiento a través de la violencia o incluso la búsqueda de justicia por mano propia. Existe, entonces, la percepción de que la justicia está desprestigiada, lo cual genera una necesidad ineludible de hacer algo para reorientarla en beneficio de todos los ecuatorianos.

Frente a ello, los Medios Alternativos de Solución de Conflictos -MASC- se presentan como una real posibilidad para que los ciudadanos puedan manejar los conflictos desde una perspectiva más interactiva, al ser ellos los protagonistas tanto del conflicto como de su adecuado abordaje y solución³.

La realidad nacional no se ha escapado a este fenómeno y se observa la ejecución de actividades encaminadas a la difusión, desarrollo y construcción legislativa sobre estos prometedores métodos extraprocerales que vienen a constituirse en una gran oportuni-

¹ Artículo presentado en el II Congreso Internacional de Abogacía Preventiva realizado en Buenos Aires entre el 27 y 29 de agosto de 1998

² Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Profesor de las Cátedras de Historia del Derecho y Derecho Indiano en la Facultad de Derecho de la PUCE. Abogado mediador y coordinador de Programas de medios alternativos de solución de conflictos en CIDES.

³ Sobre la naturaleza de los MASC como opciones para manejar y resolver conflictos se han esgrimido varias tesis, así algunos, como Francesco Carnelutti, señalan que se trata de equivalentes del proceso civil; otros como Prieto Castro consideran que son procedimientos sustitutivos del juicio público. El profesor argentino Osvaldo Gozaini indica que sin perjuicio de estas posiciones, hay fundadas tercerías que las refieren como auxiliares de la justicia, o personificando figuras propias de la autocomposición y la autodefensa

dad para que todas las personas puedan acceder a la justicia de una manera más satisfactoria e incluso a bajo costo.

ANTECEDENTES INSTITUCIONALES Y LEGALES DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS

Antes de analizar las disposiciones más sobresalientes de la ley es oportuno explicar que ciertos mecanismos similares ya fueron antaño utilizados, así los jueces de paz, los árbitros y la misma conciliación, siendo actualmente conceptos renovados y adaptados a la nueva realidad. De igual modo, no podemos dejar de lado aquellos mecanismos tradicionales que se han usado y se utilizan en comunidades indias⁴.

De otro lado, parecería que antes de la expedición de la Ley de Arbitraje y Mediación en 1997, y creo que incluso actualmente, se mantenía implícita la convicción de que los medios alternativos para la solución no procesal de conflictos tenían un carácter más bien marginal ante la concepción de que el proceso era la única puerta de salida⁵. Pienso que esta situación obedece al hecho de que tanto la conciliación como el mismo arbitraje han sido considerados como procesos judiciales, aunque posteriormente la conciliación se ha transformado en una diligencia procesal dentro de un juicio y el arbitraje en un instituto independiente⁶.

Es importante explicar que en 1991 y en materia laboral colectiva se introduce el concepto de la Dirección de Mediación Laboral que será el órgano encargado de atender primeramente el pliego de peticiones, para luego en caso de imposibilidad de solución, el conflicto se traslade al tribunal de Conciliación y Arbitraje⁷. En materia de conflictos individuales de trabajo se tiene la posibilidad de la etapa conciliatoria dentro de un juicio verbal sumario.

Posteriormente, en la reforma constitucional de 1996, se acepta primeramente el principio judicial de reconocimiento de los Medios Alternativos de Solución de Conflictos bajo el siguiente enunciado: "Se reconoce el sistema arbitral, la negociación y otros procedimientos alternativos para la solución de las controversias" (Art. 118, inciso tercero).

⁴ Creemos que los Medios alternativos para la solución de conflictos se han presentado en el Ecuador en tres etapas históricas: 1. Prehispánica, 2. Colonial y 3. Republicana. Para mayor información se puede consultar el trabajo conjunto realizado por Elizabeth García y Jaime Vintimilla sobre los Medios Alternativos de solución de conflictos en el Ecuador.

⁵ Wray, Alberto, *Medios Alternativos al proceso en la solución de conflictos*, CIDES, Corporación Editora Nacional, Quito, 1994.

⁶ El arbitraje aparecía considerado en dos leyes diversas, una adjetiva como es el código de procedimiento civil y otra especial como la ley de arbitraje comercial.

⁷ El pliego de peticiones prende el conflicto colectivo y se refiere a las aspiraciones o deseos que no se encuentran en norma alguna, es decir, son conflictos de intereses o sencillamente económicos que no deben confundirse con los conflictos de derecho. Actualmente el Tribunal de Conciliación y Arbitraje atiende los dos tipos de conflictos.

De igual modo, se crea la Defensoría del Pueblo, siendo la institución que representa la magistratura de la persuasión. Al respecto, pienso que la mencionada institución pertenece a la esfera de estos medios alternativos de solución de conflictos, pues hace más expedito el principio de igualdad en las relaciones jurídico-sociales entre los diversos actores de un Estado y de éste frente a aquellos⁸.

Igualmente la Asamblea Nacional Constituyente, recientemente conformada, ratificó el principio judicial de reconocimiento constitucional de los medios alternos de solución de controversias⁹, así como la creación de los jueces de paz, quienes serán los encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales.

No obstante, tampoco habría que olvidar el hecho de la presencia de la transacción en nuestra legislación concebida como un contrato y además como una de las formas de extinguir las obligaciones. Se podría decir que la transacción es el resultado de un procedimiento de negociación directa, procedimiento que ha sido frecuentemente utilizado por los profesionales del derecho. La transacción es una figura definida en el código civil ecuatoriano como un contrato en el que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o prevén un pleito eventual (Artículo 2372 Código Civil).

ANÁLISIS DE LA LEY

El 4 de septiembre de 1997 entró en vigencia la nueva Ley de Arbitraje y Mediación, siendo una ley que trae una serie de innovaciones y posibilidades ciertas para un mejoramiento ostensible del concepto de justicia¹⁰. El cuerpo normativo tiene el carácter de especial con la disposición expresa que prevalecerá sobre cualquier otra ley en caso de oposición.

Por otra parte, la Ley en mención presenta tres capítulos ordenados: Arbitraje, Mediación y Mediación Comunitaria, además deroga la anticuada ley de arbitraje comercial de 1963 así como la sección XXX del título II del Libro II del código de procedimiento civil que versaba sobre el juicio de arbitraje, institución que tuvo poca utilidad práctica, pues realmente no se han ventilado casos bajo esta modalidad.

En lo relativo al **arbitraje**, la nueva ley lo presenta como una verdadera oportunidad

⁸ En la doctrina constitucional se explica que una atribución que contribuye a facilitar la solución de las quejas que llegan a conocimiento del Defensor es la de actuar como mediador o conciliador entre la administración y el perjudicado. En la legislación ecuatoriana se dispone dentro de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo esta función mediadora en los conflictos que tienen personas jurídicas y organizaciones populares con la administración pública, siempre que sean sometidos a su consideración por dichas instituciones y a discreción del Defensor del Pueblo, cuando considere procedente y necesario.

⁹ El artículo 191, inciso tercero de la Constitución reformada indica el reconocimiento del arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley.

¹⁰ La ley fue publicada en el registro oficial 145 de 14 de septiembre de 1997.

para manejar los conflictos profesionalmente y a un menor costo de tiempo y dinero.

En primera instancia lo define como aquel mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter, de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras, para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias¹¹.

Es decir, el arbitraje puede ser administrado, orgánico o institucional y además independiente o *ad hoc*. El administrado se desarrolla con sujeción a la presente Ley y a las normas y procedimientos expedidos por un Centro de Arbitraje, es decir, las partes acuerdan someter sus diferencias frente a un órgano especializado, en este caso, los centros de arbitraje, que deberán cumplir con algunos requisitos como el Registro en la Federación de Cámaras de Comercio del Ecuador, contar con un reglamento conforme a la ley¹², tener una sede dotada de elementos administrativos y técnicos necesarios para servir de apoyo a los juicios arbitrales y para brindar capacitación a los árbitros, secretarios y mediadores que se designen conforme a la ley.

Por su parte, el arbitraje independiente opera cuando se realiza conforme a lo que las partes pactan con arreglo a esta ley, es decir, las partes pueden acordar su propio procedimiento y escoger los árbitros y no necesariamente someterse a los reglamentos de los Centros de Arbitraje. Como se observa, las partes están revestidas de libertad y voluntad para nombrar a sus propios árbitros y regular su propio procedimiento en el convenio arbitral¹³.

11 El convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido (presentes) o que puedan surgir (futuras) entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual siempre que sean asuntos susceptibles de transacción. El convenio arbitral es autónomo y la nulidad del contrato no afectará la vigencia de dicho convenio así mismo se entenderá que existe convenio no sólo cuando el acuerdo figure en un único documento firmado por las partes, sino también cuando resulte de intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación escrito que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al Arbitraje, o sea, necesariamente deberá constar por escrito. Algo muy interesante de la ley es que unifica los conceptos de cláusula compromisoria o pacto preliminar y el de compromiso o formalización de cláusula en la actual figura de convenio arbitral.

12 Según el artículo 40 de la ley de Arbitraje y Mediación todo Centro de Arbitraje tendrá su propio reglamento que deberá regular al menos, los siguientes asuntos: a) La manera de formular las listas de árbitros, secretarios y mediadores, las que tendrán una vigencia no superior a dos años, los requisitos que deben reunir las personas que las integran, y las causas de exclusión de ellas; b) Tarifas de honorarios para árbitros, secretarios y mediadores y la forma de pago de éstas; c) Tarifas para gastos administrativos y la forma de pago de éstas; d) Forma de designar al Director de centro, sus funciones y facultades; y, e) Código de ética para los árbitros, secretarios y mediadores.

13 El artículo 38 de la ley dispone que el arbitraje se sujetará a las normas de procedimiento señaladas en este cuerpo legislativo, al procedimiento establecido en los respectivos centros de arbitraje, al determinado en el convenio arbitral o sencillamente al que las partes escojan, sin perjuicio de las normas supletorias que sean aplicables. Las normas supletorias aparecen en el artículo 37 y operan únicamente para el caso de arbitraje en derecho.

Adicionalmente la norma realiza la distinción entre arbitraje en derecho y arbitraje en equidad, siendo las partes quienes deberían escoger la forma del laudo arbitral. Las características del primero exigen tanto la calidad de abogado que deben reunir los árbitros como su sujeción a la ley, los principios universales del derecho, la jurisprudencia y la doctrina para emitir un laudo. En el caso del arbitraje en equidad, los árbitros no tienen que ser necesariamente abogados, debiendo emitir su laudo conforme a su leal saber y entender, sin desmerecer a los principios de la sana crítica. Obsérvese que el artículo tres de la ley estatuye la presunción del arbitraje en equidad, pues si las partes no indican cómo deben decidir los árbitros, el laudo será forzosamente en equidad¹⁴.

En otro aspecto, podrán someterse al arbitraje tanto las personas naturales como las jurídicas que tengan capacidad para transigir, incluyendo a las diferentes entidades que conforman el sector público¹⁵.

Una innovación interesante estriba en el hecho que, conforme a la nueva ley, los árbitros podrán dictar medidas cautelares o preventivas basándose en el Código de Procedimiento Civil o en la discrecionalidad del árbitro, siempre y cuando para cada caso se aseguren los bienes materia del proceso o sencillamente para garantizar el resultado del mismo, así como el hecho que las partes estipularen expresamente en el convenio arbitral su deseo para la ejecución de estas medidas a cargo de los árbitros. En caso de silencio en el convenio arbitral, los árbitros deberán acudir a la justicia ordinaria para que se ejecuten las medidas cautelares¹⁶.

El procedimiento arbitral se basa en un sistema de audiencias (mediación, sustanciación, mejor proveer, estrados y conocimiento del laudo), teniendo una duración de ciento cincuenta días, contados desde la audiencia de sustanciación y declarada la competencia del Tribunal, con la posibilidad de una única prórroga por un período igual, ya por acuerdo expreso de las partes, ya porque el tribunal lo declare de oficio y en casos estrictamente necesarios.

Los laudos arbitrales son inapelables, aunque procede el recurso de nulidad en ciertos casos específicamente regulados en la misma ley¹⁷. Estos laudos en caso de incumplimiento se ejecutarán con el apoyo del juez ordinario, siguiendo la vía de apremio, pues se consideran sentencias de última instancia.

14 El laudo en conciencia no significa fallo arbitrario y puede incluso basarse en normas legales.

15 El convenio arbitral deberá contener solemnidades adicionales cuando una de las partes (o las dos) involucradas sea una entidad del sector público. Para mayor información remitirse al artículo 4 de la Ley, inciso segundo y siguientes.

16 El artículo nueve, inciso final de la ley textualmente dice: " Si nada se estableciere en el convenio arbitral acerca de la ejecución de las medidas cautelares, cualquiera de las partes podrá solicitar a los jueces ordinarios que ordenaren la ejecución de estas medidas, sujetándose a lo establecido en el párrafo dos y tres de este capítulo, sin que esto signifique renuncia al convenio arbitral".

17 Los artículos 30 y 31 de la Ley versan sobre la inapelabilidad de los laudos y sobre la nulidad de los mismos respectivamente.

Finalmente la ley dispone que podrán organizar Centros de Arbitraje solo las cámaras de la producción, asociaciones, agremiaciones, fundaciones e instituciones sin fines de lucro. Cabría recordar que en temas comerciales, la aplicación del arbitraje comercial en base a la antigua ley ha sido básica y permanentemente desarrollada por la Cámaras de Comercio, especialmente las de Quito y Guayaquil a través de sus centros de conciliación y arbitraje, hoy denominados centros de arbitraje y mediación. La ley seguramente apoyará tanto la descentralización como la ampliación de casos atendidos vía Arbitraje.

Igualmente se reconoce el arbitraje internacional como un mecanismo de solución de conflictos, con lo cual cualquier persona podrá perfectamente someterse a arbitraje internacional en suelo ecuatoriano¹⁸.

En lo referente a la **mediación**, es interesante considerar que es la primera vez que se considera a este mecanismo de manera autónoma, es decir, sin relación al proceso judicial. Al respecto, se debe destacar que en nuestro país ha existido la conciliación procesal dentro de un juicio, especialmente en los juicios denominados tipo: ordinarios, ejecutivos y verbal sumarios, aunque ha existido en el siglo pasado el juicio de conciliación.

En la ley, en materia de mediación se hace una división muy práctica: la mediación comunitaria, es decir, aquella que es aplicada en comunidades y que presenta rasgos distintivos, y la mediación en general (en sentido amplio), que es utilizada en espacios diferentes a los comunitarios e incluso en la misma función judicial.

La legislación actual igualmente ha preferido no mantener la diferencia conceptual y procedimental existente entre la mediación y la conciliación, por ello se explica que dichos conceptos son sinónimos, así al artículo 55 de la ley explica dos aspectos: 1) Califica a la conciliación extrajudicial como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos y 2) Se entenderán a la mediación y la conciliación extrajudicial como sinónimos para efectos de la aplicación de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Dentro del título segundo el artículo 43 de la Ley define a la mediación como aquel procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que versa sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que pone fin al litigio.

La mediación presenta tres principios fundamentales, a saber: 1) La confidencialidad,

¹⁸ El inciso segundo del artículo 1505 del código civil y su correspondiente interpretación señalaba que ni el Estado ni persona alguna podía someterse a arbitraje internacional en el Ecuador, por considerarse esto como jurisdicción extraña.

aunque las partes de mutuo acuerdo pueden renunciar a ella¹⁹. 2) La voluntariedad, es decir, únicamente las partes manejan este procedimiento libremente facilitados por un tercero hasta que se sientan cómodos, pudiendo dejar de usarlo cuando a bien tuvieren²⁰. 3) La neutralidad, pues el mediador no debe y no puede inclinarse a favor de ninguna de las personas que prueban la mediación²¹.

Un elemento positivo es el hecho que en caso de ser efectiva la mediación se pondrá fin al conflicto de manera extrajudicial gracias a la firma de un acta de mediación, que será de forzoso cumplimiento para las partes. Obsérvese que dicha acta presenta el efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación. Así mismo, el acta en la que consta la firma del mediador y las partes se presume auténtica, eliminando de este modo, la necesidad de la homologación posterior ante autoridad alguna²².

Es importante indicar que la mediación puede realizarse ante un centro de mediación de conflictos o ante un mediador independiente debidamente calificado. Al respecto, la ley es clara cuando indica que para estar habilitado para actuar como mediador independiente o de un centro, deberá contarse con la autorización escrita de un centro de mediación. Esta autorización, por su lado, deberá fundamentarse en los cursos académicos o pasantías que haya recibido el aspirante a mediador.

La calificación del mediador es vital, pues tanto el centro de mediación como el mediador independiente tendrán la prerrogativa de expedir copias del acta de mediación, es decir, emitirán copias certificadas de los acuerdos sean totales, sean parciales o de imposibilidad de acuerdo.

De igual modo, los centros de mediación que se establecieren deberán contar con una

19 El artículo 50 de la ley dispone lo siguiente: "La mediación tiene carácter confidencial. Los que en ella participan deberán mantener la debida reserva. Las fórmulas de acuerdo que se propongan o ventilen no incidirán en el proceso arbitral o judicial subsecuente, si tuviere lugar. Las partes pueden, de común acuerdo, renunciar a la confidencialidad".

20 En caso de llegar a un acuerdo plasmado en un acta de mediación, las partes se obligan a cumplir con las obligaciones adquiridas voluntariamente en dicha acta.

21 La ley intenta que la neutralidad sea en dos frentes: 1) En las sesiones de mediación, aunque ha sido práctica de los mediadores del CIDES recomendar posibles soluciones en caso de dificultades de arribar a acuerdos claros. 2) Después de las sesiones o audiencias de mediación en el sentido que el mediador queda inhabilitado para intervenir en cualquier proceso judicial o arbitral relacionado con el conflicto objeto de la mediación, ya sea como árbitro, abogado, asesor, apoderado o testigo de alguna de las partes. Además por ningún motivo podrá ser llamado a declarar en juicio sobre el conflicto objeto de la mediación.

22 Si el acuerdo fuere parcial, las partes podrán discutir en juicio únicamente las diferencias que no han sido parte del acuerdo. En los asuntos de menores y alimentos, el acuerdo a que se llegue mediante un procedimiento de mediación, será susceptible de revisión por las partes, conforme con los principios generales contenidos en las normas del código de menores y otras leyes relativas a los fallos en estas materias.

sede dotada de elementos administrativos y técnicos necesarios para servir de apoyo para las audiencias y deberán presentar un reglamento interno a más de registrarse en el Consejo Nacional de la Judicatura²³.

Por otra parte, la ley dispone de tres casos para acceder a la mediación: a) Existencia de un convenio entre las partes de someterse a la mediación. En este caso, el juez no podrá conocer demanda alguna que verse sobre el conflicto materia del convenio, a menos que exista acta de imposibilidad de acuerdo o la renuncia expresa de las dos partes al convenio²⁴. b) Por solicitud de las partes o una de ellas²⁵. c) Por derivación o remisión procesal que realice un juez, ya sea de oficio, ya sea a petición expresa de parte, en cualquier estado de la causa, siempre que las partes lo acepten de consumo²⁶.

De igual forma, debe explicarse que la audiencia de mediación suple la diligencia conciliatoria en los juicios tipo, esto es, en caso de mediación frustrada, el juez no deberá convocar a la audiencia o junta de conciliación, pues valdrá el acta de imposibilidad de acuerdo, fortaleciendo el principio de celeridad procesal y evitando la falsa percepción que podrían presentar los usuarios en el sentido de haber perdido su tiempo en un procedimiento ineficaz.

Finalmente la ley introduce un aspecto muy práctico, que seguramente redundará en beneficio de la mediación, pues por ley los jueces deberían estar presentes en las audiencias y juntas de conciliación tratando de avenir a las partes, lamentablemente por carencia de preparación en técnicas conciliatorias, por un exagerado número de causas que deben despachar, por temor a las partes, los jueces no han cumplido con esta disposición. De allí, que la ley dispone que los jueces ordinarios no podrán ser acusados de prevaricato, recusados, ni sujetos a queja por el hecho de haber propuesto fórmulas de arreglo a las partes durante las audiencias o juntas de conciliación²⁷.

23 Los centros que desarrollen actividades de capacitación para mediadores deberán contar además con el aval académico de una institución universitaria. De igual modo, hasta que el Consejo Nacional de la Judicatura se integre, cumplirá sus funciones de registro las Cortes Superiores, aunque en la práctica no han registrado ningún centro fundamentados en la falta de Reglamento de la Ley.

24 Se entenderá que la renuncia existe cuando presentada una demanda ante un órgano judicial el demandado no opone excepción de existencia de un convenio de mediación.

25 La solicitud de mediación, conforme los dispone el artículo 45, se consignará por escrito y deberá contener la designación de las partes, su dirección domiciliaria, sus números telefónicos si fuera posible y una breve determinación de la naturaleza del conflicto. De igual modo, podrán someterse a la mediación, sin restricción alguna, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, legalmente capaces para transigir. Por su parte, el Estado o las instituciones del sector público podrán someterse a mediación, a través del personal facultado para contratar a nombre de la institución respectiva, siendo posible delegar esta facultad mediante poder.

26 Si dentro del término de quince días contados desde la recepción por parte del Centro de la notificación del Juez, no se presentare el acta que contenga el acuerdo, continuará la tramitación de la causa, a menos que las partes comuniquen por escrito al Juez su decisión de ampliar dicho término. El artículo 51 expresa lo siguiente: "Si alguna de las partes no comparece a la audiencia de mediación a la que fuere convocada, se señalará fecha para una nueva audiencia. Si en la segunda oportunidad alguna de las partes no comparece, el mediador expedirá la constancia de imposibilidad de mediación."

27 En la legislación procesal ecuatoriana se denomina audiencia de conciliación a la diligencia de avenimiento que se realiza en el juicio verbal sumario, en tanto que se denomina junta de conciliación a la diligencia que se realiza en los juicios ordinario y ejecutivo.

Por su parte, la **mediación comunitaria** tiene en cuenta las condiciones socio-económicas, culturales y antropológicas de las comunidades (indígenas, negras, organizaciones barriales y en general las comunitarias) además les permite establecer centros de mediación para sus miembros. Le reconoce características especiales y le permite su aplicabilidad bajo el principio de gratuidad.

Los acuerdos logrados vía mediación comunitaria también tendrán el efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, es decir, serán inamovibles. La ley además regula la capacitación de los mediadores comunitarios de acuerdo a sus características socio-económicas, culturales y antropológicas²⁸.

Como comentario adicional deberé indicar que lamentablemente hasta el momento no se ha expedido el reglamento de la Ley de Arbitraje y Mediación y por ello, los entes provisionales encargados de registrar a los centros de mediación, esto es, las cortes superiores, no han aplicado la ley, aunque la Federación de Cámaras de Comercio si ha procedido al registro de los Centros de Arbitraje.

EXPERIENCIAS ²⁹

Creemos que aún no se puede hablar de una experiencia legal basada en la aplicación de la Ley de Arbitraje y Mediación, aunque algunas leyes se remiten a su alcance así la nueva Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Igualmente en la contratación privada (bancaria) se empiezan a utilizar los convenios de mediación como una innovación profesional.

SECTOR PRIVADO

Si se considera que este sector se basa en la iniciativa privada, varias organizaciones especialmente no gubernamentales, han desarrollado los MASC en el Ecuador, los han difundido, analizado y hasta logrado su reconocimiento constitucional y su regulación legal.

Actualmente existen varios servicios ofrecidos en medios alternativos de solución de conflictos que no estaban específicamente regulados por la legislación hasta 1997, en el último par de años se ha comenzado a ofrecer el servicio en centros de mediación en asuntos de orden privado básicamente, con medios extrajudiciales que tienen por obje-

²⁸ Para una información más profunda ver el artículo "La mediación Comunitaria en el Ecuador" de Jaime Vintimilla Saldaña presentada en el II Congreso Internacional de Abogacía Preventiva realizado en Buenos Aires entre el 27 y 29 de agosto de 1998.

²⁹ Esta última parte es tomada del artículo escrito por Elizabeth García y Jaime Vintimilla intulado "Los Medios Alternativos de Solución de Conflictos en el Ecuador", aclarando que se han realizado pequeñas precisiones.

tivo concientizar a los actores civiles para que acudan al proceso judicial única y exclusivamente en aquellos casos que no tienen otra posibilidad.

COMUNIDAD

Específicamente en comunidades urbanas y rurales desde 1992 se han impulsado los medios alternativos de solución de conflictos dentro del programa ejecutado por el Centro sobre Derecho y Sociedad -CIDES-. Para ello, se ha estudiado la aplicabilidad de la mediación comunitaria, desarrollando modelos de capacitación y seguimiento para mediadores comunitarios, siempre a través de procesos participativos, esto ha permitido la conformación de equipos de mediadores y en otros casos inclusive el funcionamiento de centros de mediación que atienden en los sectores populares y comunitarios donde están asentados. El trabajo en comunidades ha implicado investigación, reflexión, análisis, capacitación, sensibilización y puesta en marcha de procesos de diálogo, concertación, intercambio cultural y acción con las diferentes organizaciones sociales y comunitarias.

TENDENCIAS

En la realidad ecuatoriana se observa un proceso de institucionalización de los MASC, cuyas técnicas están cumpliendo un importante papel en el desarrollo de una cultura nacional de diálogo, esta tendencia se evidencia en la buena acogida que la sociedad ecuatoriana le está dando.

En círculos académicos y profesionales existe la tendencia a incorporar estos conceptos en la formación universitaria y de aplicarlos en el manejo de sus conflictos. Específicamente, en la formación legal se tiende a superar la formación de abogados para la litis por la formación para la negociación y el diálogo.

En el sistema judicial, el proceso de modernización de la administración de justicia en el Ecuador, tiene como objetivo central recuperar la credibilidad en el sistema, a través del reconocimiento de las necesidades e intereses de justicia de la ciudadanía. Para ello, planifica brindar soluciones funcionales que respondan adecuadamente a este proceso, entre ellas, el uso de medios alternativos de solución de conflictos. Un primer paso ha sido la introducción de la oralidad en los procesos y la creación de una unidad coordinadora para ejecutar un plan piloto para la creación de oficinas de mediación adscritas a la función judicial.

Paralelamente los MASC se presentan muy favorables para cooperar en el fortalecimiento y participación ciudadana, de modo especial, en la consolidación del papel de representación de las organizaciones comunitarias.

Actualmente se han conformado redes y asociaciones de personas y organizaciones in-

volucradas con MASC y se advierte una tendencia de formación de centros de mediación y arbitraje en varias ciudades del Ecuador, especialmente en Quito, Guayaquil, Cuenca e Ibarra.

DESAFIOS

Los principales desafíos de los MASC en el Ecuador se relacionan con concientizar a los ciudadanos sobre sus ventajas y beneficios para que acudan al sistema judicial solamente en casos indispensables, transformando así los usuarios en verdaderos artífices de la solución de sus divergencias.

Este reto va ligado a la importancia de ampliar la práctica de la mediación comunitaria por su utilidad y eficacia para que su apropiación en la vida cotidiana por parte de los integrantes de las diversas comunidades y sectores sociales elimine el temor reverencial existente hacia la tradicional administración procesal, logrando que las partes en conflicto ganen confianza en el sistema, solidaridad en su convivencia, celeridad en la solución y ahorro económico. Por otro lado, este sistema ya comprobado en algunas comunidades logrará también en otras, proponer soluciones tanto a problemas exclusivamente legales como a confrontaciones socio-culturales donde diferencias ambientales, de género, de participación, de poder comunitario y local, entre otras, son reconocidas en el proceso.

Por lo tanto, el desafío estriba en que los métodos alternos de solución de conflictos de manera real faciliten la recuperación de la credibilidad de la justicia y mejoren su acceso y por su supuesto se espera que en la debida aplicación de la ley se logre la obligatoriedad del cumplimiento de lo convenido, así como el respeto y reconocimiento a la identidad cultural, étnica y de género de los diversos actores y de los bienes en conflictos.

Finalmente, consideramos que luego de darle un breve tiempo para evaluar su efectividad, la actual Ley de Arbitraje y Mediación debe ser revisada, sobre todo para ampliar su contenido a otros métodos alternos de solución de conflictos, que no se agotan en el arbitraje y la mediación.

ETICA DE LA ABOGACIA

DR. JUAN FALCONI PUIG ¹

Alguien se refirió a la Abogacía como una especie de sacerdocio de la justicia, pues en efecto para que prevalezca ésta, se justifica la existencia del Abogado y necesario es señalar que en nuestro país uno de los problemas estriba en que, salvo alguna excepción, nuestras Facultades de Jurisprudencia, no tienen en sus programas académicos una materia de Deontología Jurídica y Ética de la Abogacía, tema tratado en todas partes desde principios de siglo y en muchas jornadas de Derecho. Tal vez por esto hay colegas que no tienen completamente claro que nuestro papel no se limita sólo a ganar un juicio, tenga o no la razón nuestro defendido.

Quiero, entonces, hacer unas breves reflexiones respecto de nuestra misión como abogados, con las esperanzas de que sean tomadas como sana recomendación, no para quienes vienen ejerciendo con amplios conocimientos y mas experiencia que nosotros, sino para quienes nos siguen.

Ese ilustre profesor uruguayo, Carlos Vaz Ferreyra, decía que sí se admitiera que el abogado no debe tener escrúpulos, según esa teoría bastante corriente por parte de algunos abogados de exagerar el derecho de su parte y procurar ocultar y confundir el derecho de la parte contraria, estaríamos frente a una profesión que requiere para su ejercicio de una cierta dosis de inmoralidad y, en la práctica, lo que empieza así, no se sabe donde termina.

Difícil profesión, es cierto, que nos brinda permanentemente casos dolorosos para los que no siempre se puede encontrar una solución perfecta, debiendo llegarse, en algunas ocasiones, a la menos mala. Pero no podemos pensar que, como no se puede ser completamente moral en todos los casos, sea ese un aspecto del que no debemos preocuparnos, pues aún admitiendo que esta profesión tenga algo de esa inmoralidad intrínseca que se le atribuye, serán los sólidos principios éticos los que nos permitirán llegar al convencimiento de que nuestro proceder corresponde a la realidad y por ende, es la conducta adecuada.

Ya Tolstoy decía que el mal depende de la manera como está organizada la justicia, al no tener los hombres involucrados en ella relaciones directas sino por medio de expedientes, escritos, narraciones, referencias y documentos. Y ciertamente éste es uno de

1 Doctor en Jurisprudencia por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, profesor de la Cátedra de Derecho Procesal Civil de la misma Universidad. Editorialista del diario El Comercio y de El Universo.

Pero también es cierto que nuestra principal misión es defender en juicio. de ahí que Jiménez de Aúa sostiene que el abogado debe saber derecho, pero principalmente debe ser un hombre recto: pues sin respeto por la moral la versación jurídica es inútil y muchas veces hasta nociva. De ahí que Angel Osorio, en su VII Postulado de la Abogacía dice: "pon la moral por encima de las leyes".

Es penoso y lamentable ver como en la actualidad está desprestigiada nuestra profesión, mientras que en épocas pasadas tuvo tan alta jerarquía, que se llegó a conferir a los abogados, el rango de nobles y caballeros. Tal fue la autoridad moral y científica de algunos juristas romanos que sus opiniones tenían fuerza generalmente obligatoria, como si se tratase de la jurisprudencia de nuestros días.

Los abogados debemos permanentemente tomar importantes decisiones de conciencia que se proyectan después hacia afuera en nuestra conducta para con los demás, y es ahí donde entra el Derecho como un proceso interhumano para valorar la conducta y establecer la importancia de las acciones u omisiones que afectan a la convivencia jurídicamente organizada. Esta es, en síntesis, nuestra visión de la abogacía.

INFORME FINAL DE LABORES DE LA ASOCIACIÓN ESCUELA DE DERECHO 1998

LCDO. FREDDY CARRION INTRIAGO'

Sumario: Area Académica. Actividades Generales. Diálogo con los Presidentes de cada curso. Primeras jornadas de evaluación docente. Comisión del nuevo pensum. III Concurso Interamericano de Derechos Humanos. Reconocimientos académicos. Fondo bibliográfico. Seminarios. "El 5 de febrero, un año después". Propiedad intelectual. Imprescriptibilidad de los delitos de peculado. ALADE. Corrupción. Medio Ambiente. Publicaciones e informativos. "La Gaceta de la A.E.D." 1era. Agenda cuaderno de la A.E.D. Agenda telefónica de la A.E.D. Instructivo general de información. Area de servicio social y difusión legal. Campaña de Navidad. Damnificados del litoral ecuatoriano. Visitas de Navidad. Difusión Legal. "Hablemos de Leyes". "Difunde". Area cultural y deportiva. Miércoles de la PUCE. Obra teatral. Egresamiento. Inauguración de los deportes. Servicios al estudiante. Consulta estudiantil. Matrículas. Taller de elaboración de tesis doctoral. Talleres sobre la estructuración del nuevo pensum. Adecuaciones físicas. Remodelación de la A.E.D. Otras actividades. 25 de Junio: Conmemoración del Cincuentenario de Fundación de la Asociación Escuela de Derecho. Congreso Nacional de Escuelas de Derecho del Ecuador ANEDE.

Al iniciar nuestra gestión al frente de la Asociación Escuela de Derecho, nos propusimos llevar adelante una serie de reformas que tiendan a rediseñar la función que debe desempeñar nuestra organización estudiantil en el contexto social universitario.

Esta reforma no solamente abarcó su aspecto físico en cuanto a la remodelación del local, sino también, fue dirigida a fortalecer su estructura interna con una nueva asignación de funciones y atribuciones y, un replanteo institucional en lo que a defensa y promoción de los derechos estudiantiles se refiere.

El trabajo no resultó fácil. No solamente nos tocó luchar para que nuestras ideas se plasmaren en obras, sino también, para combatir el escepticismo y la apatía que existe

1 Presidente de la Asociación Escuela de Derecho PUCE 1998

Presidente de la Asociación Nacional de Escuelas de Derecho del Ecuador ANEDE 1999

en la generalidad de los estudiantes con relación a la participación política en la universidad; aquella que no se reduce simplemente a intervenir en campaña electoral, sino que ante todo, exige un compromiso de trabajo, para hacer realidad las propuestas de campaña y no caer en ofertas demagógicas. Sobre este campo nuestra acción fue mayor y, la mejor manera de incentivar a nuestros estudiantes en la participación y gestión política, fue sin duda, cumpliendo con las ofertas de campaña.

Bajo esta filosofía de trabajo, en la medida en que se cumplían las tareas propuestas, nuestro objetivo único: *"fortalecer a la Asociación Escuela de Derecho en la defensa y promoción de los derechos estudiantiles, convirtiéndola en un organismo serio, gestor de proyectos académicos y sociales, con un trabajo definido de servicio comunitario, dirigido a las personas de escasos recursos económicos"*; lo veíamos realizar. Así lo confirman las distintas actividades realizadas, que pongo a consideración de los estudiantes en el presente informe de labores, a fin de que sean evaluadas, y en función de los objetivos planteados, juzgadas.

I. AREA ACADEMICA

I.1. ACTIVIDADES GENERALES

I.1.1. DIALOGO CON LOS PRESIDENTES DE CADA CURSO.- El diálogo directo con cada uno de los presidentes o delegados de cada curso fue, una de las formas más efectivas de ejercer la representación estudiantil. Así, reunimos al Directorio Ampliado de la A.E.D. en más de tres ocasiones y con la presencia de todos los presidentes y/o delegados de los cursos, se discutieron aquellos problemas académicos de trascendental importancia para la facultad que necesitaban del aporte y concurso de todos nosotros, tales como, los cursos de verano, aplicación del 80% en las calificaciones y la consulta estudiantil.

I.1.2. PRIMERAS JORNADAS DE EVALUACION DOCENTE.- Comprometidos con la excelencia académica en todo sentido, se realizó en la tercera semana de enero *"Las primeras jornadas de evaluación docente de la facultad"*, a fin de que los estudiantes podamos contar con datos ciertos que permitan a la facultad medir su rendimiento académico y establecer correctivos necesarios.

Estas evaluaciones contaron con el total apoyo y respaldo de los estudiantes, quienes inclusive, se negaron a llenar los formularios de las evaluaciones hechas por la Universidad y solo admitieron contestar los preparados por la Asociación Escuela de Derecho. Con el procesamiento de datos, se obtuvieron los resultados de los profesores mejores evaluados del viejo y nuevo pensum, y el 29 de junio, se les entregó una mención de

honor, como una forma de estimular su trabajo docente y mejorar la calidad de la educación.

1.1.3. COMISION DEL NUEVO PENSUM.- Ante los graves inconvenientes surgidos en la sistematización y aplicación del nuevo pensum de estudios, previa reunión con todos los estudiantes afectados de sexto, quinto, cuarto, tercero y segundo semestre; se identificaron las causas del problema, pero también, se establecieron posibles alternativas de solución, entre ellas, la más importante por las implicaciones que trajo, fue que, dos estudiantes delegados de la A.E.D., junto con el Presidente, intervengan en cada una de las reuniones de la comisión del nuevo pensum -conformada únicamente por profesores- y puedan señalar los problemas de éste y a la vez, aportar cualquier tipo de solución o alternativas a ellos.

De estas reuniones semanales, que se iniciaron a partir del 17 de abril, tanto los estudiantes comprendimos ciertos desfases justificables, productos de la natural sistematización del pensum, como las autoridades de la Facultad, comprendieron nuestro punto de vista y lo tomaron en cuenta. De este diálogo se consiguieron cambios sustanciales, vale citar por ejemplo: dejó de ser requisito para las materias de perfil, Derecho Sucesorio y Derecho Internacional Privado, para Filosofía e Historia del Derecho, dejó de ser requisito Negocios Jurídicos; se permitió para el nuevo pensum la apertura de cursos de verano en materias electivas instrumentales; las pasantías y ayudantías de cátedra pasaron a ser materias extracurriculares, no incluidas en el límite máximo de créditos de cada semestre; entre otras.

1.1.4. III CONCURSO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.- Del 2 al 13 de marzo de 1998 se auspició, dando todo el apoyo necesario, la realización del III Concurso Interamericano de Derechos Humanos en su fase eliminatoria, PUCE; cuyos ganadores participaron en el Concurso Interamericano de Derecho Humanos que se realiza anualmente en Washington Estados Unidos y del cual, para satisfacción de la Universidad, los representantes de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, obtuvieron los primeros lugares.

1.1.5. RECONOCIMIENTOS ACADEMICOS.- De la misma forma que el 13 de abril se hizo un público reconocimiento al Dr. Ricardo Vaca y Alberto Wray, por sus 25 años de labor docente; en cuanto a la promoción de los estudiantes se refiere, el 29 de junio en cambio, se hizo la entrega de una mención de honor a los mejores alumnos de cada nivel, como una forma de impulsar la excelencia académica y reconocer el esfuerzo puesto en aprender.

1.1.6. FONDO BIBLIOGRAFICO.- Para facilitar la consulta e investigación de los

estudiantes, se consiguió de la Universidad, la autorización para hacer uso del fondo bibliográfico de la biblioteca de la Asociación Escuela de Derecho, en la compra de textos jurídicos actuales de notoria importancia, previa selección bibliográfica de parte de los profesores de la facultad. Este fondo que cuenta con aproximadamente 22 millones de sucres, a ser invertidos en la compra de libros, no había sido utilizado en más de un año aproximadamente.

1.2. SEMINARIOS

La formación del criterio jurídico del estudiante de Jurisprudencia no solamente se lo edifica en las clases magistrales, éste es consolidado en los distintos talleres, charlas y seminarios académicos que realiza la Universidad, la facultad o las Asociaciones Escuelas.

1.2.1. "EL 5 DE FEBRERO, UN AÑO DESPUÉS".- Se organizó el video foro: "**El 5 de febrero, un año después**" a fin de analizar, a más del movimiento popular en sí, que terminó con el gobierno de Bucaram, la legalidad de su destitución. Este seminario contó con la participación de los legisladores: Marco Proaño Maya y Napoleón Saltos.

1.2.2. PROPIEDAD INTELECTUAL.- La nueva ley de Propiedad Intelectual concitó también nuestra atención y hacia este tema dirigimos nuestros esfuerzos a fin de comentar el nuevo marco legal vigente, analizando temas como la propiedad intelectual y la biodiversidad o el nuevo rol de la propiedad intelectual en las transacciones comerciales. Participaron en este evento, realizado el 6 y 7 de mayo de 1.998, el Subsecretario de Industrialización, Dr. Antonio Cobo; el Dr. Alejandro Ponce Martínez y el Dr. Roque Albuja, profesores de la Facultad; y el Dr. Fernando Panchón Linero en representación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

1.2.3. IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS DELITOS DE PECULADO.- La nueva carta política añadió nuevos elementos jurídicos al ordenamiento positivo ecuatoriano, uno de ellos fue, la imprescriptibilidad de los delitos de peculado. Frente a esta reforma del sistema penal, llevamos a cabo jornadas de discusión jurídica sobre el tema, analizando si por llegar a sancionar una determinada conducta delictiva, no se perdía de vista la seguridad jurídica que debe primar en todo ordenamiento penal. Contamos con la participación en este evento, que se realizó el 19 de mayo, del Dr. Ramiro Aguilar, el Dr. Enrique Echeverría y el Dr. Guido Fabián Flores, destacados profesionales en la rama del Derecho Penal.

1.2.4. ALADE.- La realización de todo este tipo de seminarios no se limitó

únicamente al ámbito nacional, también participamos del 15 al 17 de junio, en la organización de la **“IV Conferencia Anual de la Asociación Latinoamericana de Derecho y Economía” ALADE**, la que contó con panelistas españoles, argentinos, mexicanos, norteamericanos y ecuatorianos que abordaron temas como las políticas de competencia, Derecho Constitucional, ejecución de contratos, la Función Judicial y solución alternativa de conflictos legales, recursos naturales; y la corrupción.

1.2.5. CORRUPCION.- Al tema de corrupción lo reforzamos con el auspicio a la conferencia magistral del Dr. Fernando Londoño Hoyos sobre “Ética y Política”; exposición que se realizó el 14 de octubre y cuyo tema central estuvo dirigido a la juventud universitaria ecuatoriana, fuerza moral de un país, generadora de cambios, capaz de gobernar e imponer un nuevo rumbo a la nación bajo principios y valores de justicia y equidad.

1.2.6. MEDIO AMBIENTE.- Pero sin duda la mejor conferencia que se organizó *-la primera en su género-*, fue sobre Derecho y Medio Ambiente, y no por el tema exclusivamente, sino por sus expositores, que no eran profesionales ni especialistas en el tema, sino jóvenes estudiantes de nuestra Facultad que pusieron todo su esfuerzo y empeño en transmitir sus conocimientos a sus compañeros, a través de ponencias arduamente preparadas y académicamente disertadas el 14 y 15 de abril de 1.998.

1.3. PUBLICACIONES E INFORMATIVOS

1.3.1. “LA GACETA DE LA A.E.D.”.- Dentro del área académica merece destacarse el hecho de que luego de más de tres años en que la Asociación Escuela de Derecho no publicó ningún tipo de boletín, esta administración tuvo el mérito de editar en un año de gestión, dos periódicos informativos, de doce páginas cada uno, bajo el nombre de **“La Gaceta de la AED”**, en el cual, además de contener información sobre las actividades desplegadas de la Asociación Escuela, se publicaron ensayos académicos y políticos de los estudiantes, que trajeron más de una opinión encontrada al interior de la Facultad.

1.3.2. IERA. AGENDA CUADERNO DE LA A.E.D.- Fue motivo de mucho orgullo para nuestra administración, haber lanzado el **Primer Cuaderno Agenda de la Asociación Escuela de Derecho**, cuya entrega la realizamos en forma gratuita a todos los estudiantes de la facultad. En ella incluimos un extracto de los derechos y deberes estudiantiles consagrados en el estatuto de la A.E.D., así como modelos de solicitudes que facilitaron la presentación de éstas en Secretaría, para el debido trámite de recalificaciones, terceras matrículas y exámenes atrasados de los alumnos.

1.3.3. AGENDA TELEFONICA DE LA A.E.D.- De igual forma, se editó una **Agenda Telefónica de la A.E.D.**, con los nombres, direcciones y números telefónicos de todos los estudiantes de la facultad, y la entregamos en forma gratuita en el mes de noviembre. Esta agenda telefónica al igual que el cuaderno agenda de la A.E.D., se constituyeron en modelos de servicio frente a otras Asociaciones Escuelas de la Universidad, que optaron por imitar nuestro trabajo.

1.3.4. INSTRUCTIVO GENERAL DE INFORMACION.- Ante la falta de una adecuada información a los nuevos estudiantes que ingresan por primera vez a la facultad, sobre la estructura interna de ésta, su composición y autoridades que la regentan; una semana antes de iniciar el semestre académico 1998-1999, esto es el 21 de septiembre de 1.998, entregamos a todos los estudiantes que ingresaron al primer semestre, un instructivo general sobre la estructura del nuevo pensum, la organización interna de la facultad, así como también el nombre de las autoridades de la facultad y el de sus representantes estudiantiles. La eficacia de este servicio se encuentra demostrada en el reconocimiento de los estudiantes del primer semestre.

2. AREA DE SERVICIO SOCIAL Y DIFUSION LEGAL

2.1. CAMPAÑA DE NAVIDAD

2.1.1. DAMNIFICADOS DEL LITORAL ECUATORIANO.- La falta de un proyecto social a largo plazo ha ocasionado que toda actividad destinada a un servicio social, para únicamente de la buena voluntad de los estudiantes antes que del trabajo planificado y organizado de la A.E.D. Esto es evidente cada año en la campaña de Navidad. Sin embargo, pese a esto, se organizó un proyecto de ayuda social, que se inició con los damnificados de la costa que por el fenómeno del Niño padecían incontables sufrimientos. Fue nuestro deber así lo entendimos, aportar con todo el trabajo necesario, en paliar en algo tanto sufrimiento y desgracia. Junto a FEUCE-Q y con la ayuda de Defensa Civil, se recolectaron víveres, vestidos y medicinas y se los destinó a una de las provincias más afectadas del litoral ecuatoriano.

2.1.2. VISITAS DE NAVIDAD.- Luego de ello realizamos, lo que llegó a denominarse, "**visitas de Navidad**". Iniciamos con el Hogar de Ancianos Santa Catalina, con quienes vivimos momentos llenos de mucha emotividad y alegría, al compartir el clásico tamal lojano y al entregarles vestidos, pantalones y chaquetas donados por La Química. Tanta felicidad junta, no he visto jamás dibujarse en el rostro de un anciano niño, lo que justificó nuestra labor.

Nuestro segundo sitio de visita fue la sala de niños enfermos "Señoras de Chile" del

Hospital Eugenio Espejo, donde algunos de estos niños, convalecientes de un sinnúmero de enfermedades se recuperan. La sorpresa y felicidad de estos niños al recibir un pequeño presente, es casi comparable a la alegría de los ancianos.

Para continuar con nuestra ayuda, el hogar de niñas "Consuelo Hermanas del Buen Pastor", fue nuestro siguiente y último destino. En este lugar, cercano a nuestra Universidad, viven niñas abandonadas desprovistas de muchos recursos, que además de dárseles morada se las educa. Aquí también nuestra visita causó alegría y con ellas también compartimos el mensaje de solidaridad de la Navidad, a través de un pequeño agasajo de dulces y pastel.

2.2. DIFUSIÓN LEGAL

2.2.1. "HABLEMOS DE LEYES".- Delineado el sentido social que debe tener toda Asociación Escuela de Derecho del país, bajo una óptica de servicio comunitario, que le permita al estudiante dar lo mejor de sí en beneficio de los sectores más empobrecidos de la población, que por carecer de una instrucción adecuada, son los más propensos al conflicto y a la delincuencia; decidimos respaldar el proyecto radial de difusión legal: "**Hablemos de Leyes**", a fin de plantear los problemas legales que se les presenta, y a la vez, indicarles el camino adecuado a tomar. Así pues, desde el 14 de febrero de 1.998, salió al aire en radio La Luna, "**HABLEMOS DE LEYES**".

Esta idea inicial de difusión legal por radio, ha sido mejorada con un proyecto alternativo de radio teatro, en el que bajo un lenguaje común, sencillo, de fácil comprensión, se intenta recrear historias de la vida real, con sus problemas y dificultades, pero también con sus soluciones, para que sean los mismos afectados quienes resuelvan sus conflictos y eviten tomarse la justicia por mano propia. Este proyecto radial, que pretende convertirse en **el primer programa de difusión legal popular a nivel universitario**, fue presentado al Consejo de Facultad de la Universidad el 30 de noviembre de 1.998 y bajo el apoyo de radio Católica, se ha obtenido su aprobación. Sin embargo, por la finalización de nuestras actividades al frente de la Asociación Escuela de Derecho, no lo hemos podido ejecutar, pero queda a quienes nos sucedan, darle el impulso necesario para despegar.

2.2.2. "DIFUNDE".- Sin duda, el mayor logro de esta Asociación Escuela de Derecho, que demuestra la confianza que podemos tener en la ejecución de proyectos de gran envergadura, y que complementa la difusión legal en radio, es: "**DIFUNDE**".

Es **el primer proyecto estudiantil de difusión legal a nivel nacional** que obtiene de una organización no gubernamental, auspiciada por el Banco Mundial, Projusticia, el

otorgamiento de un préstamo no reembolsable de **10.000 dólares para su ejecución.**

Para todos los que hacemos Asociación Escuela de Derecho, constituye un mérito el haber obtenido el financiamiento para este proyecto, por dos motivos: primero, por ser los pioneros a nivel nacional en este tipo de proyectos de difusión legal comunitaria; y, segundo por la dimensión del proyecto, destinado a dar servicios de educación legal a las personas de escasos recursos económicos de los barrios marginales de la ciudad de Quito, en donde se producen las mayores violaciones a los derechos humanos.

Este proyecto que se ejecutará con un grupo de estudiantes de nuestra facultad, se dirigirá a un barrio suburbano o marginal de la ciudad de Quito (Solanda), para difundir el derecho en temas puntuales del diario convivir de estos barrios, como son, los contratos de trabajo, arrendamientos, violencia intrafamiliar, entre otros. La finalidad de esta difusión radica en capacitar a la comunidad barrial en el conocimiento de sus derechos y de sus obligaciones, a efectos de poder crear una cultura jurídica de respeto al derecho ajeno y de convivencia pacífica y ordenada, en la cual, se traten de impedir los conflictos legales y en el caso de que se produzcan, éstos sean solucionados por ellos mismos.

Tanto o más que los Consultorios Jurídicos Gratuitos, Difunde intenta llegar a convertirse en el enlace directo entre la sociedad y la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, con lo cual, bajo la visión cristiana de ayuda al prójimo, cumpliremos nuestro objetivo de servicio social universitario.

3. AREA CULTURAL Y DEPORTIVA

El aspecto cultural también fue nuestra preocupación, pues el proyecto que la Asociación Escuela de Derecho ejecutó, se basaba en la difusión de los valores artísticos y culturales que tienen nuestros compañeros.

3.1. MIÉRCOLES DE LA PUCE.- A petición de FEUCE-Q se organizó el 21 de enero de 1.998, el Miércoles de la PUCE, con la intervención del Taller de danza española de la Universidad, el grupo musical Los Maestros del Shaolín y el grupo de música Diorama acústico, todos alumnos de la facultad.

3.2. OBRA TEATRAL.- Se auspició la organización de la obra teatral “**Los intereses creados**” de Jacinto Benavente, a cargo del cuarto semestre de la facultad, bajo la Dirección del Dr. Santiago Andrade, el 11 de julio de 1.998. Este evento se ha convertido en toda una tradición en nuestra facultad, por lo que todo apoyo y respaldo que se le de, constituye la mejor forma de cultivar los dotes teatrales de nuestros compañeros.

De igual forma, el auspicio de la Asociación Escuela de Derecho se hizo presente en el “I Encuentro escénico de la PUCE”, llevado a cabo el 24 de abril, en el que participó nuestra facultad con la obra de teatro “Las Alegres Casadas de Windsor”.

3.3. EGRESAMIENTO.- Al final del semestre académico, esto es, el 6 de febrero y el 10 de julio, organizamos la despedida de los alumnos de décimo nivel o el acto de egresamiento. Para ello contamos con la presencia de algunos de los profesores más queridos por éstos, quienes además, les invistieron con la toga y el birrete de egresados. Constituyó el mejor motivo para demostrarles nuestro aprecio, que se confunde con nostalgia al verles salir de la Universidad como profesionales.

3.4. INAUGURACION DE LOS DEPORTES.- En el campo deportivo, nos cabe el mérito de haber organizado la Primera Inauguración de un Campeonato Interno de Deportes, que contó con la participación masiva de los estudiantes. En él se eligió a la madrina de deportes y se premió al mejor equipo uniformado

4. SERVICIOS AL ESTUDIANTE

4.1. CONSULTA ESTUDIANTIL.- El día que asumí la administración de la Asociación Escuela de Derecho, en mi discurso de posesión, acepte el encargo a mi impuesto; uno de ellos era el hacer respetar la Consulta Estudiantil que establecía, la necesidad de reformar el departamento de secretaría y pedir la remoción de su titular. Acudí a la Dirección General de Estudiantes, fui recibido por el Consejo de Facultad, y ante el mismo padre rector me presente en dos ocasiones, con la única finalidad de exponer los resultados de la mencionada consulta estudiantil y ejecutarla.

Luego de intensas conversaciones y gracias a la apertura dada por nuestras autoridades, tomando en cuenta los límites propios de una consulta estudiantil, logramos que ésta se convirtiera en el mecanismo adecuado para que nuestras autoridades corrigieran ciertas deficiencias y errores; cambios éstos que, involucraron la actitud misma de la señora secretaria, quien demostró una mayor apertura y afán de servicio al estudiante.

4.2. MATRICULAS.- Bajo una constante visión de defensa de los derechos estudiantiles, comprendimos que antes que cualquier actividad que desarrolle la Asociación Escuela de Derecho, lo más importante para el estudiante, es no tener ningún tipo de inconveniente en el proceso de matrículas. Como pocas veces se ha dado, intervenimos directamente en el proceso de matriculación junto con los auxiliares de secretaría, ingresando hojas de crédito, revisando cardes, solucionando cruces de horarios o de materias, en fin, prestando nuestra colaboración en lo necesario.

4.3. TALLER DE ELABORACION DE TESIS DOCTORAL.- Las dificultades que enfrentan los estudiantes de los últimos niveles de la facultad que se encuentran próximos a egresar, con respecto a su plan de tesis doctoral, también fue causa de nuestro interés, es así que, con el apoyo de la unidad académica de la facultad, se organizó el 5 de mayo, la conferencia sobre “Cómo elaborar los planes de tesis Doctorales”. Hoy para beneficio de todos ellos y satisfacción nuestra, la Facultad ha implementado como materia optativa, “Taller de tesis”.

4.4. TALLERES SOBRE LA ESTRUCTURA DEL NUEVO PENSUM.- Si aquello resultaba un problema para los estudiantes de décimo nivel, el esquema del nuevo pensum en cambio, presenta dificultades para los alumnos de éste, es por ello que, contando de igual forma con la ayuda de nuestras autoridades, se llevó a cabo a partir del 3 de junio, conferencias sobre: “Estructura del Nuevo Pensum”, en tres modalidades distintas, dirigidas a cada uno de los semestres de la reforma.

La ayuda que se prestó en la comprensión del nuevo pensum, a través de estas charlas informativas, nos permitió reducir, de alguna manera, efectos negativos que se derivan de su natural implementación.

5. ADECUACIONES FÍSICAS

5.1. REMODELACION DE LA A.E.D.- Los servicios al estudiante no se limitaron únicamente a lo académico o de matrículas, también se extendieron a lo físico, a la remodelación de la oficina de la Asociación Escuela de Derecho, que presentaba un grave deterioro debido al funcionamiento de algunas máquinas copiadoras, que ocupaban las partes del local, haciendo imposible cualquier tipo de reunión del directorio o entrevistas con los estudiantes.

Hoy, la Asociación Escuela de Derecho cuenta con un moderno local para realizar su trabajo; con una sala de reuniones para las sesiones periódicas del directorio a la que, le hemos denominado, respetando las actas de la A.E.D. de 1983, “Hernán Malo”; además cuenta con una oficina para el Presidente o Vicepresidente y una sala de star para el descanso o relajamiento de sus estudiantes.

Pero el equipamiento de nuestra oficina, no hubiera estado completo sin estar enlazados al servicio de Internet y correo electrónico, como se encuentra actualmente. En último lugar, un archivero y un mostrador para las publicaciones de la Asociación Escuela, completa la adecuación integral de nuestra oficina.

6. OTRAS ACTIVIDADES

6.1. 25 DE JUNIO: CONMEMORACION DEL CINCUENTENARIO DE FUNDACION DE LA ASOCIACION ESCUELA DE DERECHO.- Celebrar cincuenta años de vida institucional al frente de los estudiantes, en la promoción y defensa de sus derechos, es un evento que merece conmemorarse con la participación de todos los que han hecho posible su existencia, aquellos que durante estos cincuenta años han edificado el edificio de la Asociación Escuela de Derecho que hoy heredamos; esas personas son, los Presidentes de la A.E.D., a quienes les debemos un justo reconocimiento por el esfuerzo empeñado en servir a los estudiantes.

A la conmemoración del Cincuentenario de Fundación de la Asociación Escuela de Derecho, asistieron: el Dr. Francisco Paredes, nuestro primer presidente de la A.E.D., el Dr. Rafael Borja Peña, el Dr. Jorge Salvador Lara, el Dr. Antonio Cobo, el Dr. René De la Torre, el Dr. Jaime Villafuerte, el Dr. Jorge Salvador López, el Dr. Hernán Chiriboga, el Dr. Edgar Rivadeneira, el Dr. Pedro Velasco, el Dr. Fabián Romero, el Dr. Miguel Falconí, el Dr. Carlos Helou, el Dr. Oscar Terán, el Dr. Hugo Salvador, el Dr. Carlos Larreátegui, el Dr. Rodrigo Jijón, el Dr. Juan Chávez, el Dr. Doubosky Márquez, el Dr. Andrés Páez, el Dr. Pablo Egas, el Dr. Fernando Sansur, el Dr. Alvaro Galindo y el Dr. Pablo Zambrano.

La impresión que nos dejó esta imagen, ver nuestro pasado reunido en un solo acto, desde el primer Presidente de la Asociación Escuela hasta el último, ha sido causa de motivación para recopilar la historia de estos cincuenta años de vida de nuestra Asociación Escuela de Derecho. "Identidad", será su nombre, pues pretende buscar a través de la historia, la esencia misma del estudiante de derecho de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Quiera Dios, que los testimonios y la historia misma que recogerán estas memorias, puedan despertar en el universitario de hoy, el germen combativo por romper esquemas de conformismo, corrupción, injusticia e inequidad social, que sólo él puede conseguir con su decisión.

6.2. CONGRESO NACIONAL DE ESCUELAS DE DERECHO DEL ECUADOR ANEDE.- La interrelación con facultades de derecho de otras universidades, constituyó uno de los ejes centrales de esta administración, pues, creemos que la participación política y jurídica de un estudiante de derecho en aquellos temas de trascendental importancia para la sociedad, debe proyectarse a nivel nacional, para lo cual, indudablemente, se debe contar con el apoyo de cada una de las Asociaciones Escuelas de Derecho de las distintas universidades del país.

De esta manera el 23 y 24 de octubre de 1998, con el apoyo incondicional de la Fundación Ecuatoriana de Estudios Sociales FESO, las Asociaciones Escuelas de Derecho de las Universidades Católica Santiago de Guayaquil, Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil, Estatal de Guayaquil, Universidad del Azuay, Estatal de Cuenca, Laica Eloy Alfaro de Manta, Universidad Central del Ecuador, Universidad Internacional SEK y la Pontificia Universidad Católica del Ecuador como anfitriona; nos reunimos en el **Congreso Anual de la Asociación Nacional de Escuelas de Derecho del Ecuador A.N.E.D.E.**, con la única finalidad de rehabilitar a este organismo colegiado de universitarios que por más de un lustro se encontraba acéfalo.

Hoy gracias al trabajo desplegado por el equipo de la A.E.D. de la PUCE, la Asociación Nacional de Escuelas de Derecho del Ecuador, ANEDE, cuenta con estatutos reformados y actualizados, un plan de trabajo a ejecutarse y una directiva nacional, presidida por quien hoy redacta este informe.

Enumerar todas las actividades realizadas en este año de gestión, implicaría utilizar un espacio mayor al presente; por lo que, al terminar este informe y con él, mi periodo al frente de la Asociación Escuela de Derecho, quiero dejar expresa constancia de mi gratitud, en primer lugar, a mis padres, cuyo apoyo moral fue baluarte indiscutible para que el trabajo descrito se vea hoy realizado; a la Sra. Marcia Orrego de Zurita, por sus palabras constantes de aliento y motivación; pero principalmente, a los estudiantes por la confianza en mi depositada, el 14 de noviembre de 1997.

Queda mucho por hacer; un año es demasiado corto como para poder ejecutar, todos aquellos planes y programas de trabajo con los que iniciamos nuestra administración; sin embargo, mucho se ha hecho, o de lo poco realizado, han sobresalido importantes obras, lo que nos permite decir: "Deber cumplido, compañeros".

INDICE POR AUTORES

Revistas Ruptura No. 1 a Ruptura No. 40



A

- Acosta Velasco, Alberto*
- *Misión de la Universidad Católica, No. 4, pág. 3*
 - *Actualidad del pensamiento de Santo Tomás de Aquino en materias económicas, No. 14, pág. 19*
- Agogliá, Rodolfo M.*
- *La filosofía del Derecho de Hegel, No. 27, pág. 62*
- Aguilar, Juan Pablo*
- *En torno a los Derechos humanos: La necesidad de una transformación social, No. 24, pág. 79*
 - *Derecho, cambio social y enseñanza del Derecho, No. 29, pág. 83*
- Aguinaga A., Carlos J.*
- *La Investigación Jurídica, Necesidad Vital, No. 31, pág. 181*
- Aguirre, Manuel A.*
- *Marx frente a América Latina: Los casos de México y Simón Bolívar, No. 27, pág. 163*
- Aguirre R., Juan F.*
- *Los Derechos Humanos y su evolución, No. 27, pág. 150*
- Albán Alencastro, Juan Pablo*
- *La Constitución ante los derechos intelectuales, No. 39, pág. 193*
- Albán Gómez, Ernesto*
- *Dos comentarios a la Jurisprudencia Penal, No. 23, pág. 3*
 - *El art. 23 del Código Penal, No. 24, pág. 19*
 - *Criminología y Código Penal Ecuatoriano, No. 25, pág. 47*
 - *Derecho para el Siglo XXI, No. 31, pág. 143*
 - *El debate sobre la prisión preventiva: Fundamentos, problemas, alternativas, No. 34, pág. 103*
 - *Lineamientos para un nuevo Código Penal, No. 36, pág. 83*
- Albuja Izurieta, Roque*
- *Imitación de marcas de fábrica, No. 39, pág. 213*
- Almeida Guzmán, Diego*
- *La retención de impuestos bajo la teoría de las presunciones en el Derecho Tributario, No. 33, pág. 121*
- Almeida Muñoz, Wilson*
- *La canción de la campana, No. 12, pág. 33*

- Almeida Z., Marcelo* • *La liquidación de las Cías. en el Ecuador, No. 27, pág. 141*
- Alvarado, Haydee* • *Proyecto de Ley de Contratación Pública, No. 34, pág. 41*
- Amores, Orlando* • *Caracterización del Derecho de los Recursos Naturales Ecuatorianos, No. 30, pág. 80*
• *Reflexiones de la Legislación Moderna, No. 31, pág. 175*
- Andrade, Carmen* • *Realidad Nacional, No. 23, pág. 112*
- Andrade Tapia, Jorge Oswaldo* • *El País de los Sueños (Cuento), No. 31, pág. 225*
- Andrade Ubidia, Santiago* • *Algunas consideraciones en torno a la Jurisdicción Mercantil y a la Casación en materia mercantil, No. 36, pág. 21*
• *Algunas observaciones a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, No. 37, tomo I, pág. 9*
• *La Tendencia Contemporánea a la Desmaterialización de los Títulos Valores, No. 38, pág. 61*
• *El papel del Poder Judicial en la aplicación del Derecho Ambiental y las acciones de interés público, No. 39, pág. 115*
- Angulo, Vinicio* • *El universitario de Quito, No. 19, pág. 124*
- Araujo Sánchez, Diego* • *Las escuelas radiofónicas, No. 18, pág. 94*
• *Los contratos épicos y barrocos en el Siglo de las Luces, No. 23, pág. 127*
- Arauz O., Marco A.* • *En la Isla, No. 23, pág. 109*
- Arellano, Estuardo S.I.* • *El comunitarismo, No. 18, pág. 60*
- Argudo Ch., Mariana* • *Solución Informal de Conflictos, No. 38, pág. 41*
- Artajo, Martín* • *Mensaje de la canonización de Santa Mariana de Jesús, No. 6, pág. 58*
- Arteaga Negrete, Tomás* • *Un decreto inconstitucional, No. 35, pág. 125*
- Avila Bastidas, Santiago* • *Reingeniería y Derecho, No. 35, pág. 151*

- Avila Santamaría, Ramiro*
- *La Ombudsmanía y los Derechos Humanos, No. 36, pág. 165*
 - *El Sistema Penal Norteamericano, No. 37, tomo II, pág. 141*
- Avilés Chevalier, Ximena*
- *Nuevas tecnologías de reproducción humana y su control legal, No. 36, pág. 183*

B

- Badillo, Juan Carlos*
- *La Modernización del Estado, No. 36, pág. 233*
- Badillo, Manuel*
- *Naturaleza Jurídica del Contrato Administrativo, No. 28, pág. 97*
- Báez, Sara*
- *El Estado y el Derecho, No. 29, pág. 132*
- Baquero de la Calle, J. Antonio*
- *Hacia la especialización en el Derecho práctico, No. 7, pág. 36*
- Barona, Beatriz*
- *Mariana de Jesús y el Ecuador, No. 5, pág. 3*
- Barragán Romero, Gil*
- *El Derecho y el progreso científico contemporáneo, No. 35, pág. 141*
- Barrera V., Alfonso*
- *La nacionalidad y las empresas llamadas multinacionales, No. 25, pág. 28*
- Bayas Cevallos, Alvaro*
- *Comentarios de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, No. 35, pág. 183*
- Bayas Valle, Víctor Hugo*
- *¿Dónde y ante quién debe efectuarse el Matrimonio Civil?, No. 6, pág. 23*
 - *Alimentos necesarios para un hijo ilegítimo, No. 14, pág. 7*
 - *Actio Finium Regundorum, No. 15, pág. 59*
 - *¿Tiene competencia un Juez del Trabajo para inspeccionar en Estados Unidos la contabilidad de uno de los litigantes?, No. 35, pág. 207*
- Benavídez, Gina*
- *Discriminación de la mujer: Problema estructural, No. 27, pág. 157*

- Bermeo R., Rodrigo* • *Uso de marcas de fábrica y libre circulación de productos en el Pacto Andino, No. 38, pág. 73*
- Boada Pérez, Juan* • *Interés de un censo*
- Bonilla Soria, Francisco* • *Reflexiones sobre el liderazgo estudiantil, No. 35, pág. 327*
- Borja, Rodrigo* • *Modernización del Estado, No. 37, tomo II, pág. 109*
- Borrero, Andrés* • *Arbitraje comercial internacional, No. 26, pág. 55*
- Bossano Ribadeneira, Miguel A.* • *Hacia la nueva concepción del Municipalismo, No. 35, pág. 267*
- Bucheli Mera, Rodrigo* • *Proyecto del Código de Procedimiento Penal 1992, presentado por la CSJ, No. 36, pág. 131*
- Buscaglia, Edgardo* • *Desarrollo económico y reformas judiciales en América Latina, No. 40, pág. 5*
- Bustamante Muñoz, Antonio* • *La transformación actual del Estado, No. 4, pág. 8*
- Bustamante Muñoz, René* • *Estudio sobre el concepto de la obligación, parte I, No. 9, pág. 35*
 • *Estudio sobre el concepto de la obligación, parte II, No. 10, pág. 3*
 • *Estudio sobre las formalidades en el Derecho Civil, parte I, No. 11, pág. 2*
 • *Estudio sobre las formalidades en el Derecho Civil, parte II, No. 12, pág. 3*
 • *El Amparo Jurídico del deudor de mutuo y su aplicación a la deuda externa del Tercer Mundo, No. 33, pág. 155*

C

- Cabezas Castillo, Tito* • *La calificación del contrato de "Venta con Reserva de Dominio", No. 30, pág. 17*
 • *Notas para una Historia del Código de Comercio, No. 31, pág. 53*

- Cabezas Castillo, Tito*
- *La calificación del Contrato Mercantil*, No. 32, pág. 63
 - *Derecho Internacional Humanitario y Conflictos Internos*, No. 38, pág. 129
- Cáceres, Pablo*
- *El Consejo Superior de la Judicatura en la formación de la Rama Judicial*, No. 37, tomo II, pág. 85
 - *La esperanza de justicia al final del milenio*, No. 37, tomo II, pág. 121
- Calderón, Juan C.*
- *Poemas de aprendizaje*, No. 26, pág. 101
- Carcova, Carlos M.*
- *Algunos aportes a la teoría crítica del Derecho*, No. 24, pág. 46
- Carpio Mendieta, Patricio*
- *Un instante es suficiente*, No. 30, pág. 95
 - *Bitácora del vuelo permanente*, No. 30, pág. 111
 - *El humano retoño del ébano (Cuento)*, No. 32, pág. 255
 - *La desnuda geografía de la noche (Poesía)*, No. 32, pág. 267
- Carrillo, Patricio*
- *Breve visión de la Encíclica "Matter et Magistra"*, No. 14, pág. 29
- Carrión, Alejandro*
- *La primera rebelión estudiantil*, No. 25, pág. 93
- Carrión Eguiguren, Eduardo*
- *Efectos del acto administrativo*, No. 5, pág. 13
 - *Observaciones al Libro II del Código Civil*, No. 17, pág. 47
 - *Un estudio sobre temas posesorios*, No. 25, pág. 62
- Cartagenova, Carlos A.*
- *Índice alfabético de la revista Ruptura de la AED: números 23 al 30*, No. 31, pág. 275
- Casares C., Fernando*
- *El Proceso Penal en la Edad Media: Sistema Inquisitivo Puro; y, en la Edad Contemporánea: Sistema Inquisitivo Reformado*, No. 31, pág. 99
- Castellanos, Edgar*
- *Prólogo para la nueva América (poesía)*, No. 22, pág. 96
- Castillo A. Diego*
- *Compartamos nuestro sencillo canto*, No. 24,

- pág. 133
- Castillo, José Bolívar • *Latinoamérica: Unión o miseria*, No. 17, pág. 72
- Cevallos Daza, Eliana • *Si te pido (Poesía)*, No. 31, pág. 258
- Cevallos Vásquez, Víctor • *La escisión de compañías de comercio*, No. 36, pág. 13
• *El Consejo Nacional de Valores*, No. 37, tomo I, pág. 81
• *Los Negocios Jurídicos*, No. 38, pág. 49
- Cociós, Efrén • *Negociación Internacional*, No. 37, tomo I, pág. 147
- Cobos, Rodrigo M. • *El Reajuste de Precios en la Nueva Ley de Contratación*, No. 34, pág. 53
- Córdova, Pedro • *El objeto del Derecho Comparado*, No. 36, pág. 209
- Córdova Guerrón, Eduardo • *Las garantías administrativas en el Ecuador*, No. 18, pág. 29
- Cordovez, Fernando • *Vietnam: Ilusión y realidad*, No. 20, pág. 49
- Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, C.L.D. • *Prólogo*, No. 39, pág. 11
- Corral B., Fabián • *La Reestructuración Constitucional*, No. 37, tomo II, pág. 25
- Corral Borrero, Alfredo • *Los salarios y su unificación*, No. 37, tomo I, pág. 141
- Crespo, Carlos Mario • *Algo sobre la cultura de la mujer*, No. 5, pág. 27
- Crespo, Santiago • *Proyecciones del Código de Trabajo. Posibles Reformas*, No. 33, pág. 107
- Crespo Fabara, Rodrigo • *El arbitraje internacional como medio de solución de controversias en el comercio mundial de alimentos: Un caso práctico*, No. 40, pág. 151
- Crespo Plaza, Ricardo • *Consideraciones sobre el Derecho Ambiental*, No.
-

37, tomo II, pág. 187

Crespo Zaldumbide, Ricardo

- *Discurso*, No. 2, pág. 42
- *Instantes de Roma*, No. 6, pág. 61

Cuijpers, Marcel

- *La integración de México TLC: Reestructuración neoliberal y crisis del sistema partido/Estado*, No. 40, pág. 129

Ch

Chávez Muñoz, Gloria María

- *Miel de Luna (Poesía)*, No. 31, pág. 256

Chávez Pareja, Juan

- *Discurso de Posesión*, No. 31, pág. 9
- *Discurso con motivo del homenaje en honor del Sr. Dr. Eduardo Carrión Eguiguren*, No. 31, pág. 13
- *Informe anual de labores cumplidas por la AED en el período 1986-1987*, No. 31, pág. 261

Chávez Z., Patricio

- *La política neoliberal y la crisis de la democracia y los derechos en América Latina*, No. 27, pág. 153

Chiriboga Cordovez, Fernando

- *España y Santiago*, No. 1, pág. 37

Chiriboga, Hernán

- *Alocución a nombre de los universitarios*, No. 18, pág. 44

D

Daste Ponce, Juan

- *El Cristo Cósmico en la evolución de Telihard*, No. 21, pág. 45

Dávila Jaramillo, Pablo

- *Presentación*, No. 39, pág. 9
- *Informe de Actividades AED 96*, No. 39, pág. 241

De Guzmán, Manuel

- *De la legislación de Indias a la moderna legislación del trabajo*, No. 7, pág. 20
- *El multilateralismo: No alineamiento Tercer Mundo*, No. 32, pág. 155

De la Torre, Carlos

- *Discurso*, No. 4, pág. 50
- *La vocación de América Latina en el devenir*, No. 5, pág. 15

De la Torre Benítez, Rosa Elena

- *¿Será el hombre víctima de su propia creación?*

No. 31, pág. 249

Di Donato, Alfonso

- *La sociedad de clases y el Estado*, No. 4, pág. 26
- *Del individualismo al cooperativismo*, No. 8, pág. 31

Donoso Castellón, Arturo

- *Proscripción definitiva a la tortura*, No. 25, pág. 103
- *Nuevos enfoques del sistema penal*, No. 28, pág. 41
- *Lineamientos para la Reforma Penal Ecuatoriana*, No. 29, pág. 101
- *Violencia y penalidad*, No. 30, pág. 22
- *Actualidad y permanencia de los Derechos Humanos Fundamentales*, No. 31, pág. 129
- *El Peculado: Importancia del tipo*, No. 32, pág. 77
- *Las normas actuales sobre los infractores en el Nuevo Código de Menores*, No. 36, pág. 113

Donoso Velasco, Hernán

- *Problema territorial Ecuatoriano Peruano*, No. 38, pág. 147

Donoso Velasco, José Ignacio

- *Dos congresos de alta cultura en Santiago*, No. 10, pág. 51
- *Mar territorial, mar epicontinental y plataforma continental*, No. 11, pág. 14
- *Paulo VI en la ONU*, No. 18, pág. 102
- *Derecho Internacional Humanitario*, No. 23, pág. 88

Dousdebés C. Jorge

- *La Modernización en la Seguridad Social*, No. 37, tomo I, pág. 133

Durán Díaz, Edmundo

- *El actual M. P. y su trascendencia*, No. 27, pág. 25
- *Criminología y bioética: La manipulación genética*, No. 37, tomo I, pág. 41

E

Egas, José María

- *Informe*, No. 11, pág. 63
- *El Año Santo, luz de la Cristiandad*, No. 4, pág. 5
- *Antología poética*, No. 18, pág. 137

Egas, José María (p)

- Egas Reyes, Pablo*
- *Discurso de Posesión de la presidencia de AED, No. 33, pág. 331*
 - *Informe de Labores de AED, No. 33, pág. 335*
- Endara Osejo, Ximena*
- *El papel del Derecho frente a las transformaciones del orden mundial y nacional, No. 37, tomo II, pág. 207*
- Entelman, Ricardo*
- *Algunos aportes a la teoría crítica del Derecho, No. 24, pág. 46*
- Escalante A., Fabián A.*
- *Breve historia del Tribunal de Garantías Constitucionales, No. 29, pág. 107*
 - *Zona económica exclusiva, No. 30, pág. 80*
 - *La Supremacía Constitucional, No. 31, pág. 155*
 - *El Control Constitucional de la Política Cambiaria, No. 32, pág. 171*
- Escobar, Martha*
- *Legislación social post-juliana, No. 23, pág. 116*
- Espinosa M., Eduardo*
- *114 años del Penal García Moreno, No. 32, pág. 233*
- Espinosa Polit, Aurelio*
- *Palabras iniciales, No. 1, pág. 1*
 - *Discurso inaugural, No. 3, pág. 3*
 - *Id., No. 6, pág. 3*
 - *Misión de la Universidad Católica, No. 9, pág. 3*
 - *Discurso inaugural, No. 11, pág. 58*
 - *Palabras iniciales, No. 16, pág. 1*
- Espinosa Polit, Juan*
- *¿Qué pensar del certificado prenupcial obligatorio?, No. 9, pág. 23*
 - *Pío XI: La familia y la educación, No. 12, pág. 45*
- Espinosa Quiroz, Pablo*
- *Editorial, No. 33, pág. 5*
- Espinosa, Simón*
- *La libertad religiosa, No. 18, pág. 110*
- Estrella, José Lautaro*
- *Importancia de la Medicina Legal, No. 13, pág. 16*
- Estupiñán O., Gonzalo*
- *Breve resumen histórico de la Banca en el Ecuador y la intervención del Estado en su funcionamiento, No. 26, pág. 20*
-

F

- F.A.D.E.* • *Análisis técnico-jurídico de la pugna Ejecutivo-Legislativo sobre el alza salarial*, No. 29, pág. 147
- Falconí Pérez, Miguel* • *Armonización y racionalización de los mecanismos de Marcas, Patentes y Registros Sanitarios en el Ecuador y Colombia*, No. 40, pág. 121
- Fazio Fernández, Mariano R.* • *Fundamentos Antropológicos de la Teoría Jurídica Rusoniana*, No. 35, pág. 13
- Fernández, Jaime* • *El hombre como sujeto de derechos y deberes*, No. 33, pág. 225
- Fernández Jilberto, Alex* • *La integración de México TLC: Reestructuración neoliberal y crisis del sistema partido/Estado*, No. 40, pág. 129
- Fierro, Gustavo Adolfo* • *El problema económico-político de la educación ecuatoriana*, No. 14, pág. 25
- Flor, Manuel Elicio* • *Alegato de Casación*, No. 15, pág. 99
- Flor V., Jaime* • *La interpretación literal y la restrictiva en el Código Penal Ecuatoriano*, No. 27, pág. 96
- Flores Jaramillo, Renán* • *Apuntes para un estudio sobre el comunismo y la doctrina católica*, No. 3, pág. 30
• *Causas psicológicas, sexuales y económicas del fracaso matrimonial*, No. 4, pág. 37
• *Notas históricas sobre el terremoto de 1797*, No. 7, pág. 61
• *Un detalle de París*, No. 6, pág. 37
- Frajelas Sánchez, Luis* • *Los estudios gramaticales en la época de Bello*, No. 17, pág. 7
- Franceschi, Gustavo* • *Miseria*, No. 13, pág. 1
- Fuentes Roldán, Alfredo* • *La Declaración Universal de los Derechos Humanos y algunos puntos de la Constitución del Ecuador*, No. 3, pág. 12

G

- Galarza, Galo*
- *Los sonoros crujidos del simple natural crecimiento, No. 24, pág. 124*
 - *El llamado Nuevo Orden Internacional y la herencia colonial del pasado, No. 27, pág. 157*
- Galindo Cardona, Alvaro*
- *Informe de la AED '94, No. 37, pág. 227*
 - *El Convenio Arbitral, No. 40, pág. 165*
- Garcés M., Rodrigo*
- *Las transacciones tributarias y sus sanciones, No. 26, pág. 24*
 - *Leasing o arrendamiento financiero, No. 26, pág. 60*
- García Falconí, José*
- *El Ministerio Público en el Ecuador, No. 39, pág. 101*
- Gaviria Díaz, Carlos*
- *La Tutela como Instrumento de Paz, No. 40, pág. 31*
- Giménez Caballero, Ernesto*
- *Isabel y Bolívar, No. 8, pág. 36*
- González L., Jesús*
- *Visión filosófica del hombre desde la perspectiva de un personalismo in-sistencial frente a las concepciones marxistas y existencialistas, No. 28, pág. 123*
- González Rodríguez, Sergio*
- *La costumbre como fuente de Derecho Público, No. 22, pág. 37*
- Gortaire, José Gustavo*
- *El hermano mejor, No. 30, pág. 117*
 - *Filosofía y Derecho, No. 33, pág. 229*
- Guachamín, Silvia del Pilar*
- *Sentimientos... Sensaciones (Poesía), No. 31, pág. 253*
 - *Contactos en blanco y negro (conmigo, con vos, con papá) (Poesía), No. 32, pág. 261*
- Guachamín Izquierdo, Santiago*
- *Signos registrables y signos no registrables, No. 37, tomo II, pág. 173*
- Guerra Bello, Gustavo*
- *Presentación, No. 40, pág. 1*
- Guerrero Vivanco, Walter*
- *Las nuevas Reformas y Contrarreformas Judiciales, No. 39, pág. 53*

H

- Hernández Rentería, Patricio* • *Derecho y protección del medio ambiente en el Ecuador: Comentario a un mutuo y antiecológico olvido*, No. 37, tomo I, pág. 51
- Hidalgo, Edwin* • *Leyenda Beowulf*, No. 30, pág. 93
- Hidalgo López, Luis* • *La constitución y la educación*, No. 13, pág. 19
- Hurtado Larrea, Osvaldo* • *Julio Tobar Donoso: Víctima expiatoria*, No. 35, pág. 311
• *La Universidad y el desarrollo nacional*, No. 36, pág. 57

I

- Irigoyen, Gonzalo* • *Los Consultorios Jurídicos Gratuitos y el Derecho de las personas*, No. 29, pág. 143
- Iturralde Arteaga, José* • *Homenaje al Dr. Julio Tobar Donoso*, No. 11, pág. 75
- Izquierdo, Emilio* • *El Derecho Internacional Humanitario en la situación actual de Latinoamérica*, No. 28, pág. 85
- Izurieta, Héctor* • *E.M.H.*, No. 25, pág. 124
- Izurieta M., Raúl* • *Las instituciones clasistas*, No. 26, pág. 40

J

- Jaramillo, Francisco* • *La deuda impagable*, No. 19, pág. 123
- Jaramillo D., Fabián* • *Los conflictos colectivos: La prevención, la conciliación y la mediación*, No. 26, pág. 43
- Jaramillo, Manuel* • *Justicia y caridad*, No. 2, pág. 30
- Jervis, Juan Fernando* • *Cómo cortarse las venas con una galleta. Melodrama Absurdo (Cuento)*, No. 32, pág. 239
- Jijón L., Rodrigo* • *Editorial*, No. 25, pág. 1

- Jijón L., Rodrigo* • *Sobre algunas maneras de evitar la sorpresa judicial, No. 37, tomo I, pág. 173*
- Jiménez, Giuseppe* • *Compilación de las actividades cumplidas al seno del Consejo de Facultad, No. 31, pág. 265*
- Jiménez Mosquera, Javier* • *La fuerza de los deseos (Cuento), No. 32, pág. 247*
- Jiménez Salazar, Carlos* • *Naturaleza de la cesión de acciones de las compañías anónimas en nuestro Derecho, No. 33, pág. 177*
 • *Potestad punitiva de la Superintendencia de Compañías, No. 35, pág. 9*

K

- Kimerling, Judith* • *Preservando la desigualdad en la conservación del medio ambiente: Criterio para la auditoría ambiental de los campos petroleros de Texaco en la amazonía, No. 37, tomo I, pág. 59*

L

- Landázuri Soto, Alberto* • *Consultorio jurídico de la JUC, No. 2, pág. 46*
- Larenas L., René* • *El Abolicionismo Penal: Una invitación a reflexionar; No. 32, pág. 225*
- Larrea Dávila, Carlos* • *Derecho Penal Internacional y Cooperación Internacional, No. 38, pág. 109*
- Larrea Holguín, Juan* • *Divergente de dos ciudades, No. 1, pág. 19*
 • *Mensaje de Pio XII: Traducción, No. 3, pág. 41*
 • *El intervencionismo estatal, No. 9, pág. 28*
 • *Unidad e indisolubilidad del matrimonio, No. 10, pág. 37*
 • *El matrimonio en el Derecho Internacional, No. 12, pág. 18*
 • *La convención de asilo territorial, No. 14, pág. 22*
 • *Los esponsales, No. 15, pág. 50*
 • *El reconocimiento de los hijos ilegítimos, No. 18, pág. 10*

- Larrea Holguin, Juan*
- *El Código Civil de Portugal, No. 20, pág. 22*
 - *Las entidades autónomas relacionadas con Previsión Social y Salud Pública, No. 21, pág. 3*
 - *Breve explicación de las Reformas al Código Civil, No. 22, pág. 8*
 - *Formas asociativas en el ámbito agrario, No. 25, pág. 8*
 - *Sugerencias para reformar el Derecho de la Familia, No. 33, pág. 9*
- Larrea Peñaherrera, Pedro*
- *La prueba en el Código de Trabajo Ecuatoriano, parte I, No. 10, pág. 24*
 - *La prueba en el Código de Trabajo Ecuatoriano, parte II, No. 11, pág. 22*
- Lázaro, Manuel*
- *Los Derechos humanos y la Integración Mundial, No. 40, pág. 23*
- Leví Coral, Michel*
- *El silencio Administrativo y su aplicación en materia tributaria, No. 35, pág. 253*
- Lobato Bustos, Angel*
- *Aproximación a la Hermenéutica Jurídica, No. 32, pág. 185*
 - *Concurso de Acreedores. solución del concurso, deuda externa Ecuatoriana y posición de la Iglesia Católica, No. 33, pág. 49*
- López, Jessica*
- *Discriminación de la mujer: problema estructural, No. 27, pág. 157*
- Lovato, Juan Isaac*
- *Conferencia de Derecho Constitucional, No. 15, pág. 2*
 - *El Derecho contemporáneo, No. 27, pág. 29*
- Lucero Bolaños, Wilfrido*
- *Régimen Jurídico de la unión de hecho, No. 36, pág. 175*
- Luna Tobar, Alberto*
- *Teresa de Jesús, signo de femineidad, No. 11, pág. 24*
 - *San Juan de la Cruz, angustia, belleza y amor, No. 12, pág. 24*
- Luna Tobar, Alfredo*
- *Informe de Labores, No. 3, pág. 59*
 - *Problemas pendientes en la mala ejecución del Protocolo de Río, No. 9, pág. 54*
-

M

- Macías Hurtado, Miguel* • *La Función Judicial ecuatoriana ante la modernización y el miedo, No. 37, tomo II, pág. 65*
- Maldonado, Lucrecia* • *Apuntes de última hora, No. 25, pág. 111*
- Maldonado Schullo, Pablo* • *La reducción del creciente volumen de la población penitenciaria, No. 36, pág. 121*
- Mancero Samán, Alfredo* • *Estado activo vs. Estado eficiente: La Privatización de las Empresas Públicas, No. 33, pág. 241*
- Marchán, Jaime* • *El proceso, culpa consumada y libertad condicional, No. 21, pág. 51*
• *El valor del mito en la Grecia heroica, No. 22, pág. 83*
- Márquez M., Doubosky* • *Editorial, No. 29, pág. 11*
• *Discurso de posesión, No. 30, pág. 11*
- Márquez M., Rafael* • *El Habeas Corpus, No. 29, pág. 68*
- Martínez, Manuel* • *El Estado y el Derecho, No. 29, pág. 132*
- Melo, Mario* • *La Comparecencia del Menor Trabajador en Juicio Laboral, No. 31, pág. 165*
- Mena Villamar, Claudio* • *El derecho de propiedad y sus limitaciones, No. 3, pág. 27*
• *La buena fe y el error de hecho en el matrimonio civil, No. 6, pág. 27*
- Mera Borja, Francisco* • *El abogado y el jurisconsulto, No 1, pág. 33*
- Merino, Valeria* • *Credibilidad y Desarrollo Económico, No. 37, tomo II, pág. 9*
- Meythaler Baquero, José* • *Ideas Constitucionales del Libertador Simón Bolívar y sus antecedentes del Derecho Romano, No. 32, pág. 165*
- Miranda Rivadeniera, Francisco* • *Paulo VI: Un clamor por la paz, No. 19, pág. 89*

- Molina del Pozo, Carlos*
- *Subsidiariedad y Medio Ambiente en la Unión Europea, No. 38, pág. 159*
- Molina Usbek, Guillermo*
- *Poesía, No. 22, pág. 83*
- Montalvo Samaniego, Mauricio*
- *Discurso en su posesión, No. 28, pág. 109*
 - *Presentación del acto en la inauguración del aula Julio Tobar Donoso, No. 28, pág. 119*
 - *La reestructuración de la ONU y una mayor participación democrática de los países en desarrollo en su seno, No. 35, pág. 291*
 - *Algunas reflexiones sobre la Resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y el problema territorial ecuatoriano-peruano, No. 36, pág. 223*
 - *Exámen general de la situación jurídica interna de las Convenciones Internacionales sobre derechos Humanos en el Ecuador, No. 37, tomo I, pág. 91*
 - *Una aproximación al realismo legal Norteamericano, No. 38, pág. 79*
- Mora Anda, Eduardo*
- *En el cincuentenario de la revolución rusa, No. 20, pág. 35*
 - *Dos meditaciones sobre la nueva era, No. 21, pág. 51*
 - *¿Qué es el Derecho?, No. 22, pág. 43*
- Mora, Alfonso M.*
- *Crítica de la interferencia del Ejecutivo en la Función Legislativa, No. 1, pág. 23*
 - *Crítica a la codificación del Código Civil, No. 3, pág. 25*
- Mora Ortega, Luis*
- *En torno a la revolución: Ernesto Che Guevara, No. 20, pág. 33*
- Mora Reyes, Alfredo*
- *Juicio oral, Recurso de Casación y Recursos de Tercera Instancia, No. 24, pág. 26*
 - *Apuntes para la reforma social, No. 23, pág. 52*
- Moreno de Solines, Ximena*
- *La Mujer frente al Derecho Laboral Ecuatoriano, No. 31, pág. 135*
- Mosquera Palacios, Nydia*
- *Visión general del problema de los menores internos en las instituciones de rehabilitación, No. 37, tomo I, pág. 189*

- Muñoz Sánchez, Gonzalo • *La sentencia en el Proceso Contencioso Administrativo*, No. 33, pág. 137
- Muñoz Reyes, Olga • *Iglesia, Economía y Ética*, No. 33, pág. 287

N

- Narváez Quiñonez, Iván • *Zoológico Negro (Poesía)*, No. 32, pág. 265
- Nicolalde, Marco • *¿Existen dos extremismos ideológicos?*, No. 14, pág. 28
- Ninahualpa Lucano, Luis • *Las corporaciones obreras*, No. 4, pág. 31

O

- Ojeda, Lautaro • *El universitario frente a la problemática del siglo XX*, No. 17, pág. 45
 • *La organización del poder y las clases en lo rural*, No. 18, pág. 86
- Oleas, Gonzalo • *El triunfo de Frei: Esperanza para Latinoamérica*, No. 17, pág. 64
- Oquendo, Diego • *La ilusión del viejo (cuento)*, No. 13, pág. 27
 • *Dos niños regresan (poemas)*, No. 14, pág. 49
- Orbe, Héctor • *La problemática del Derecho de Menores en el Ecuador*, No. 33, pág. 19
- Ordoñez Espinosa, Hugo • *Diecisiete apuntes para la Reforma Constitucional*, No. 37, tomo II, pág. 57
- Orellana, Luis S.I. • *La Cuarta Conferencia de la Asociación Internacional de Universidades*, No. 28, pág. 142
 • *Mensaje a la Universidad de Guayaquil*, No. 19, pág. 122
- Ortega Trujillo, Gustavo • *La escisión de compañías de comercio*, No. 36, pág. 13
 • *Nueva Ley de Compañías: Una necesidad histórica*, No. 37, tomo I, pág. 165
- Ortiz, Benjamín • *Habla el Presidente Interino de la FEUCE*, No. 19, pág. 133

P

- Páez Benalcázar, Andrés*
- *Discurso de posesión como Presidente de AED 1989-1990, No. 34, pág. 11*
 - *Discurso de posesión como Presidente de ANEDE 1990-1991, No. 34, pág. 17*
 - *Discurso al concluir las labores como Presidente de AED 1989-1990, No. 34, pág. 21*
- Páez, J. Roberto*
- *Isabel La Católica, No. 7, pág. 59*
- Páez Fuentes, Carlos*
- *La unificación salarial, No. 36, pág. 217*
- Páez T., Juan Francisco*
- *La Sala Capitular de San Agustín, No. 13, pág. 23*
 - *Exposición al Decano de Derecho, No. 17, pág. 36*
 - *Usufructo de acciones, No. 25, pág. 67*
 - *Eficacia jurídica de las prácticas restrictivas, No. 28, pág. 57*
- Págalos, Jesús*
- *Hacia un nuevo Estado, No. 17, pág. 67*
- Palacios, Patricio*
- *Nuevas soluciones para viejos problemas, No. 14, pág. 35*
- Paredes, Verónica*
- *El método en Derecho, No. 28, pág. 47*
- Paz y Miño, Juan J.*
- *Algunas consideraciones históricas sobre el modelo democrático ecuatoriano, No. 23, pág. 106*
- Pazmiño Valencia, Camilo*
- *El Impuesto al Valor Agregado planteado en la Reforma Tributaria, No. 33, pág. 127*
- Peña Romero, Patricio*
- *Programa Estratégico de Modernización del Estado, No. 35, pág. 99*
- Peralta León, Vicente*
- *Una tarea universitaria, No. 35, pág. 317*
- Pérez Camacho, Efraín*
- *Conferencia sobre Contratación Pública y la Creación de la Corporación ESTADE, No. 34, pág. 31*
 - *La Recepción y Pago de Obra Pública no Contratada y el Principio de Enriquecimiento sin Causa en el Derecho Administrativo Ecuatoriano, No. 34, pág. 81*
 - *Enfoques Contractuales de la Modernización del Estado, No. 35, pág. 85*

- Pérez Guerrero, Alfredo*
- *Ley Orgánica de la Función Judicial, No. 19, pág. 87*
- Pérez Ordóñez, Diego*
- *La renovación de la legislación agraria ecuatoriana, No. 36, pág. 245*
- Pineda Cordero, Benjamín*
- *El Nacimiento de la Prisión, No. 31, pág. 191*
 - *El Derecho en la Sociedad Salvaje, No. 32, pág. 203*
- Pineda Cordero, Bruno*
- *Naturaleza y Ética, No. 33, pág. 321*
- Pineda, Michel*
- *En torno a los Derechos Humanos: La necesidad de una transformación social, No. 24, pág. 79*
- Ponce Borja, Belisario*
- *Alegato, No. 10, pág. 61*
- Ponce Carbo, Alejandro*
- *Manifiesto inédito ante la Corte Suprema, No. 3, pág. 51*
 - *Ibid, No. 10, pág. 85*
 - *¿Puede la Asamblea dictar leyes inconstitucionales?, No. 20, pág. 17*
 - *Apertura y Delación, No. 33, pág. 29*
- Ponce Carbo, Enrique*
- *La teoría de la causa en el Derecho Comparado, No. 8, pág. 21*
- Ponce Enríquez, Camilo*
- *Soberanía, Constitución, Reformas, futuro nacional, No. 2, pág. 23*
 - *La cuestión social y un esquema de los tiempos, parte I, No. 5, pág. 23*
 - *La cuestión social y un esquema de los tiempos, parte II, No. 6, pág. 53*
 - *Conferencia de Derecho Constitucional, No. 15, pág. 18*
- Ponce Martínez, Alejandro*
- *Posesión de los derechos inscritos, No. 17, pág. 51*
 - *Naturaleza jurídica de la partición, No. 19, pág. 32*
 - *La comunidad internacional, No. 20, pág. 43*
 - *Responsabilidad civil: Daños y Perjuicios, No. 27, pág. 124*
 - *Problemas de competencia en razón de las personas, No. 28, pág. 17*
 - *Principios de la Organización Judicial y Procesal Ecuatoriana, No. 31, pág. 57*
 - *Notas sobre la Jurisdicción Legal en lo Civil, No. 32, pág. 31*

- Ponce Martínez, Alejandro*
- *Proyecto de Ley de Contratación Pública, No. 34, pág. 45*
 - *Notas Generales sobre la Jurisdicción Convencional, No. 34, pág. 179*
 - *Sucesión por causa de muerte y derecho de herencia, No. 35, pág. 161*
 - *La Contestación a la demanda, las excepciones y la prueba, No. 37, tomo I, pág. 111*
 - *Algunas Consecuencias de las Reformas Constitucionales sobre la Función Judicial y de la Ley de Casación, No. 38, pág. 25*
- Ponce Miranda, Nefalí*
- *La condenación del dolo futuro, No. 10, pág. 15*
- Ponce Rivadeneira, Alfredo*
- *El control de la natalidad, No. 19, pág. 87*
- Ponce S., Roberto*
- *Tipología de la resistencia legítima, No. 28, pág. 77*
- Ponce Villacís, Alejandro*
- *Justificaciones para el uso de medidas coercitivas en el caso de graves violaciones a los Derechos Humanos, No. 38, pág. 139*
- Poveda, Francisco*
- *Policarpio, No. 26, pág. 95*
 - *Camargo, No. 30, pág. 107*
- Pozo Illingworth, Teodoro*
- *Gratuidad limitada en el Sistema de Justicia, No. 39, pág. 89*
- Proaño, Luis*
- *La universidad Católica en el mundo moderno, No. 21, pág. 33*
- Proaño Maya, Marco*
- *América: Realidad o posibilidad, No. 20, pág. 38*
 - *El derecho de autor: El derecho de la postmodernidad, No. 36, pág. 193*
 - *El Seguro Social: ¿Una injusticia social?, No. 38, pág. 45*
- Puente Hernández, Eduardo*
- *En torno a los Derechos Humanos: la necesidad de una transformación social, No. 24, pág. 79*
 - *Discurso pronunciado por el Sr. Presidente de la AED en la Sesión Solemne por los XXXV años de su fundación, No. 27, pág. 13*
 - *Algunas inconsistencias de la Ley de Cultura, No. 36, pág. 205*

Q

- Quevedo M., Juan* • *El promotor y el accionista de compañías anónimas frente a las exigencias legales, No. 19, pág. 11*
- Quevedo Terán, Patricio* • *Andrés Bello, No. 17, pág. 3*
- Quintero, Rafael* • *Eloy Alfaro y las elecciones olvidadas de 1888 y 1892 para una interpretación, No. 24, pág. 91*

R

- Ramírez Huízar, José Luis* • *La globalización mundial de la economía y la competencia interbloques, No. 40, pág. 59*
- Ramos, Gustavo* • *Conferencia sobre el Proyecto de Ley de Contratación Pública, No. 34, pág. 35*
- Ramos A., Carlos* • *Derecho Constitucional: Reformas a la Constitución vigente, No. 26, pág. 67*
- Real, Byron* • *Sobre el 15 de noviembre 1922, No. 24, pág. 62*
• *Editorial: los 35 años de la AED, No. 27, pág. 9*
- Reig Satorres, José* • *Actividad mercantil en el reino de Quito, (Siglo XVII hasta la Independencia), No. 33, pág. 189*
- Reinoso, Hugo* • *El nuevo Código de Derecho Canónico, No. 30, pág. 25*
- Restrepo Eusse, Iván* • *Las misiones jesuítas en América, No. 10, pág. 47*
- Ríos, Héctor* • *Vigencia y validez de las normas y los organismos internacionales, No. 27, pág. 119*
- Rivadeneira, Ernesto* • *El tipo de muerte por desaparecimiento, No. 5, pág. 5*
• *La historia como método de la acción, No. 7, pág. 50*
- Rivas, José Eduvigés* • *Modernización del Estado y Globalización. Privatización o desmantelamiento, No. 40, pág. 75*

- Riofrío Villagómez, Eduardo*
- *La deuda externa y posibilidad de arreglar la garantía al ferrocarril, No. 2, pág. 12*
 - *El impuesto y la conciencia, No. 18, pág. 26*
- Robalino, Isabel*
- *La Personalidad Jurídica de las Asociaciones de Trabajadores, No. 28, pág. 51*
- Robalino Orellana, Xavier*
- *El Derecho Tributario Internacional y el ordenamiento jurídico ecuatoriano, No. 40, pág. 71*
- Rodas, Liborio*
- *El divorcio imperfecto, No. 12, pág. 22*
- Romero González, José*
- *La crisis de la autoridad, No. 2, pág. 5*
 - *Nuestro humanismo cristiano, No. 3, pág. 8*
- Romero Gross, Manuel*
- *El vínculo de la obligación jurídica en el Derecho Romano, No. 33, pág. 147*
 - *El Instituto Ecuatoriano de Derecho Romano, No. 33, pág. 169*
- Rodríguez Castelo, Edmundo*
- *"Serás tu dueño y tu señor" (cuento), No. 14, pág. 37*
- Rodríguez, Marco A.*
- *Pedro Mir: Un viaje a la muchedumbre, No. 24, pág. 119*

S

- Sacoto de Merlyn, Pilar*
- *Incidencia de los Derechos Humanos en Criminología y sus relaciones con el Derecho Penal, No. 36, pág. 153*
- Sagredo W., Ezequiel*
- *El lenguaje jurídico y la ideología dominante, No. 23, pág. 83*
- Salcedo Thieten, Alejandro*
- *La integración de los mercados de capitales, No. 40, pág. 111*
- Salazar Alvarado, Francisco*
- *La familia: Su constitución y grandeza, No. 5, pág. 25*
 - *Las organizaciones internacionales y los derechos humanos, parte I, No. 6, pág. 39*
 - *Las organizaciones internacionales y los derechos humanos, parte II, No. 7, pág. 45*
 - *Discurso, No. 11, pág. 37*

- Salgado P. Hernán
- Estructuración jurídica del Estado Liberal, No. 26, pág. 11
 - En el Bicentenario del Nacimiento de Vicente Rocafuerte.- El pensamiento político de Rocafuerte, No. 27, pág. 179
 - En el Centenario de la Constitución de 1883-1884 No. 28, pág. 71
 - La Constitución de 1929 del Estado y el reordenamiento jurídico, No. 29, pág. 44
 - La amnistía y la doctrina, No. 30, pág. 36
 - La Constitución Quiteña: Un antecedente honroso, No. 32, pág. 21
 - El Estado y las Instituciones según De Gaulle, No. 35, pág. 49
 - El Control de la constitucionalidad en el Ecuador, el Tribunal de Garantías Constitucionales y las Reformas de 1992. No. 36, pág. 69
 - El Modelo Kelseniano de Control Constitucional, No. 38, pág. 11
- Salvador C. Iñigo
- Julio Tobar Donoso: Testigo de su fe, No. 25, pág. 106
 - El Ecuador y el D.I. del espacio extraterrestre, No. 26, pág. 72
 - Presencia de Julio Tobar Donoso en la Universidad Católica, No. 28, pág. 115
- Salvador Lara, Jorge
- Simbolismo y contenido de la aparición guadalupana, No. 3, pág. 46
 - Reflexiones sobre la vida del Gral. Francisco de Miranda, No. 5, pág. 29
 - Discurso, No. 6, pág. 27
 - Pedro Albizu Campos: Héroe y mártir de la libertad de Puerto Rico, No. 6, pág. 45
 - El buen burgués, No. 18, pág. 61
- Samaniego Salazar, Eduardo
- Estudio de la Jurisprudencia en un caso civil, No. 13, pág. 6
- Sánchez Astudillo, Miguel
- Cuatro palabras sobre Shakespeare, No. 16, pág. 5
- Sánchez Coronel, René
- La función del jurista en un país en vías de desarrollo, No. 19, pág. 6
-

- Sánchez Hidalgo, Franco
- *Reflexiones sobre la Ley Orgánica de la Función Judicial*, No. 37, tomo II, pág. 73
 - *El Recurso del Amparo*, No. 39, pág. 23
- Sánchez Murillo, Clemente
- *El ocaso de un poeta*, No. 5, pág. 41
- Sánchez Parga, José
- *El orden policial en el orden democrático*, No. 36, pág. 145
 - *Una Democracia delegativa no es una Democracia*, No. 37, tomo II, pág. 99
- Sandoval, Orlando
- *Marx superado*, No. 22, pág. 71
- Sansur Ode, Fernando
- *Actividades AED*, No. 36, pág. 281
- Segundo, Luis P.
- *La política, el cambio social y la universidad*, No. 18, pág. 147
- Serrano P., Vladimir
- *Los problemas legales de los parques nacionales*, No. 33, pág. 309
- Silva, Byron
- *Una crítica a la Carta de la ONU*, No. 33, pág. 295
- Silva Naranjo, Mónica
- *Una visita a los Consultorios Jurídicos*, No. 31, pág. 219
 - *Algunas consideraciones sobre el Nuevo Derecho del Ambiente*, No. 32, pág. 179
- Simon Campaña, Farith
- *El Servicio Judicial de Menores: ¿Administración de Justicia?*, No. 38, pág. 187
- Sojo, José S.I.
- *La violencia*, No. 28, pág. 139
- Solines Coronel, Carlos
- *La realidad estructural y el cambio integral que requiere el Ecuador*, No. 22, pág. 57
- Soria, Vicente
- *El delito del falso testimonio y el perjurio*, No. 11, pág. 43
- Suárez Morales, Jaime
- *El pacto de Bogotá*, No. 6, pág. 35
- Suárez Morales, Rodrigo
- *¿Puede cometer delito el Estado?*, No. 2, pág. 9
- Suárez, Rolando
- *La deuda impagable*, No. 29, pág. 123
-

T

- Terán Dutari, Julio S.J.*
- *El hombre latinoamericano frente al europeo, No. 33, pág. 215*
 - *La Federación Internacional de Universidades Católicas, No. 40, pág. 171*
- Tinajero Villamar, Francisco*
- *La reserva de Ley en el Orden Tributario, No. 28, pág. 63*
 - *La Competencia Legislativa, No. 29, pág. 57*
 - *La Justicia Administrativa, No. 30, pág. 45*
 - *Estudio Jurídico, No. 31, pág. 17*
 - *El Contencioso Administrativo en el Ecuador, No. 34, pág. 61*
- Tobar Carrión, Bernardo*
- *El objeto del Derecho de Autor, No. 39, pág. 225*
- Tobar Donoso, Julio*
- *El Sufragio en el Ecuador, No. 1, pág. 9*
 - *Las personas eclesiásticas en el Ecuador, No. 8, pág. 12*
 - *Derechos y deberes de los patronos y trabajadores del campo, No. 9, pág. 9*
 - *Alegato, No. 10, pág. 68*
 - *Pío XI y los Concordatos, No. 12, pág. 34*
 - *El Dr. N. Clemente Ponce. Homenaje en el Centenario de su nacimiento. No. 19, pág. 38*
- Tobar García, Francisco*
- *Sangre nueva, No. 5, pág. 41*
 - *Universidad y nacionalismo en la Literatura, No. 18, pág. 133*
 - *Teatro (Ensayo), No. 22, pág. 109*
- Tobar Rivadeneira, Luis*
- *Las personas jurídicas en el Ecuador, No. 11, pág. 49*
 - *El principio de la subsidiaridad, No. 17, pág. 58*
 - *Retorno al Régimen de Derecho, No. 18, pág. 74*
 - *El proyecto de Constitución Política, No. 19, pág. 24*
- Torres, Ulpiano*
- *De las obligaciones con cláusula penal, No. 4, pág. 15*
- Torres G., Ramón*
- *Discurso del Presidente de la A.L.D., No. 29, pág. 17*
 - *Discurso de la posesión de la FEUCE 85-86,*

- Torres González, Oswaldo*
- No. 29, pág. 25
 - *Principios de Derecho Tributario*, No. 32, pág. 93
 - *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*, No. 34, pág. 131
 - *Consideraciones Constitucionales sobre la Refoma Estructural del Sistema Tributario Ecuatoriano*, No. 34, pág. 149
- Torres Torres, Luis Fernando*
- *Presentación*, No. 28, pág. 9
 - *Las Opciones Políticas*, No. 28, pág. 143
 - *Democracia y Estado de Derecho*, No. 35, pág. 35
 - *Ley Orgánica de Régimen Seccional*, No. 37, tomo II, pág. 201
 - *La Jurisdicción Constitucional en 1996*, No. 39, pág. 15
- Trocconi, Luis*
- *Casos de Jurisdicción Voluntaria*, No. 28, pág. 37
 - *Editorial*, No. 29, pág. 11
 - *Intervención en el Encuentro realizado en la D.P. con el tema: Reformas al Código Penal y la Cadena Perpetua*, No. 29, pág. 30
 - *Discurso de Bienvenida al Peopósito General de los Jesuitas*, No. 30, pág. 13
- Troya Cevallos, Alfonso*
- *¿Puede el impuesto a las herencias absolver el valor de la asignatura?*, No. 3, pág. 22
- Troya Jaramillo, José Vicente*
- *Impugnación de las decisiones administrativas en materia tributaria, en vía administrativa y jurisdiccional*, No. 23, pág. 67
 - *Puertos francos, zonas francas y depósitos francos*, No. 24, pág. 6
 - *Discurso en la sección solemne por los XXXV años de la A.E.D.*, No. 27, pág. 15
 - *El Derecho Internacional Tributario*, No. 32, pág. 101
 - *La actividad financiera*, No. 33, pág. 257
 - *La relación Jurídico Tributaria*, No. 35, pág. 215
 - *El Recurso de la Casación en materia tributaria*, No. 36, pág. 33
- Troya Villacorta, Roberto*
- *Discurso de campaña para la presidencia de AED*, No. 32, pág. 9
 - *Discurso de posesión*, No. 32, pág. 11
 - *Discurso por los 40 años de AED*, No. 32, pág. 15
 - *Discurso de clausura sobre Política Internacional*

- Troya Villacorta, Roberto*
- organizado por AED, No. 32, pág. 17*
 - Informe de Actividades de la AED 1987-1988, No. 32, pág. 285*
 - Hacia una Legislación Ambiental en el Ecuador, No. 38, pág. 177*
- Trujillo V., Julio César*
- Las fuentes del Derecho Ecuatoriano del Trabajo, No. 18, pág. 34*
 - Limitaciones reales a la libertad sindical, No. 23, pág. 38*
 - La Amnistía, No. 30, pág. 60*
 - El Derecho del Trabajo, No. 32, pág. 49*
 - La Aproximación de las Legislaciones Laborales en el Grupo Andino, No. 33, pág. 83*
 - La Sustanciación de los Juicios, No. 34, pág. 165*
 - Las Reformas Constitucionales y el Derecho del Trabajo, No. 39, pág. 143*

U

- Uribe, Armando*
- Patrimonio de Bello, No. 17, pág. 13*

V

- Vaca Andrade, Ricardo*
- Características de los sistemas procesales, No. 30, pág. 68*
 - La acción en el Derecho Procesal Penal, No. 32, pág. 67*
 - El Derecho Penal en el contorno social: Dos actitudes radicalmente distintas, No. 34, pág. 119*
 - Comentarios al Proyecto de Código de Procedimiento Penal, No. 36, pág. 95*
 - La Casación Penal en el Ecuador, No. 37, tomo II, pág. 151*
 - Breves comentarios al Proyecto de Ley para sancionar el delito de lavado de dinero proveniente del narcotráfico en el sistema financiero nacional, No. 40, pág. 47*
- Vaca Moreno, Lucía*
- El Defensor del Pueblo, No. 39, pág. 39*
- Valencia Rodríguez, Luis*
- La fuerza en las relaciones internacionales, No. 20, pág. 6*

- Vargas, José María
- *La Universidad de Santo Tomás*, No. 9, pág. 59
 - *Ojeada general sobre el arte religioso ecuatoriano*, No. 11, pág. 35
 - *La cerámica quiteña*, No. 18, pág. 128
 - *El artista Joaquín Pinto*, No. 26, pág. 81
- Vargas Zúñiga, Marco
- *Perfil Criminológico de un Narcotraficante Extranjero*, No. 31, pág. 203
 - *Perfil Criminológico del Reo de Asesinato Jaime Enrique Heredia Páez "El Greco"*, No. 32, pág. 215
- Vasco, José Guillermo
- *El cambio de estructuras*, No. 20, pág. 58
- Vásconez, Ernesto
- *Legislación social post-juliana*, No. 23, pág. 116
- Vega Moreno, Néstor
- *Expectativas a un Mercado Común Latinoamericano para el año 2000*, No. 31, pág. 149
- Vela Monsalve, Carlos
- *La terminación del contrato de trabajo*, No. 10, pág. 17
- Velasco Espinosa, Juan
- *Moral y derecho: manifestaciones y límites*, No. 19, pág. 63
 - *América: Realidad y misión de un pueblo*, No. 20, pág. 39
- Velasco Espinosa, Pedro
- *Reforma académica en la Facultad de Derecho*, No. 20, pág. 64
 - *La Reforma Académica de la Facultad de Jurisprudencia: 1967*, No. 40, pág. 177
- Velasco, Raúl
- *Tres poemas*, No. 14, pág. 47
- Vera, Luis A.
- *El riesgo en el Contrato de Seguro*, No. 29, pág. 103
- Vera, Pedro Jorge
- *Homenaje a Benjamín Carrión*, No. 23, pág. 115
- Villacís G., Luis Alfonso
- *Breve comentario del Art. 417 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil*, No. 31, pág. 123
- Villacís M., Ximena
- *Integración y Desarrollo*, No. 27, pág. 155
-

- Villacreses C., Gerardo Javier • *Pensamiento en Ketel Vest (Cuento)*, No. 31, pág. 231
- Villalva, Alfonso • *La Iglesia se ha transformado esta década a favor de los pobres*, No. 22, pág. 48
- Vintimilla Saldaña, Luis • *Perspectivas para el Control Constitucional en el Ecuador*, No. 35, pág. 65
- Vizcaíno, Arturo • *Recursos y consultas*, No. 15, pág. 95

W

- Wray, Alberto
- *La Iglesia y los problemas económicos sociales*, No. 19, pág. 73
 - *El Derecho como objeto del análisis histórico*, No. 23, pág. 92
 - *Docencia Jurídica y Teoría del Derecho*, No. 24, pág. 109
 - *El cómputo del tiempo de servicios para la indemnización por despido intempestivo*, No. 30, pág. 51
 - *Derecho, Costumbre y Comunidad*, No. 31, pág. 37
 - *El estudio del Derecho Romano en la Universidad Quiteña del Siglo XVIII*, No. 32, pág. 85
 - *Medios alternativos al proceso en la solución de conflictos*, No. 37, tomo II, pág. 129
- Wray, Norman
- *Informe de Actividades AED*, No. 38, pág. 219

Z

- Zabala Egas, Jorge
- *La Constitución como Sistema de Fuentes del Derecho*, No. 37, tomo II, pág. 41
- Zambrano, Pablo
- *Informe de Actividades de AED 1996-1997*, No. 40, pág. 182
- Zambrano P., Gonzalo
- *Discurso*, No. 11, pág. 69
 - *La prestación de alimentos en el Código de Menores*, No. 22, pág. 22
 - *Las excepciones imponibles; primera parte*, No.

- Zambrano P., Gonzalo
- 25, pág. 3
 - *Habeas Corpus*, No. 26, pág. 5
 - *Discurso en la Sesión de Investidura de las nuevas autoridades de la Facultad*, No. 27, pág. 20
 - *Las causales de divorcio*, No. 28, pág. 13
 - *Discurso en la inhumación de los restos del Dr. José I. Donoso V.*, No. 29, pág. 15
- Zambrano Pasquel, Alfonso
- *Aproximación al Sistema Penitenciario Ecuatoriano*, No. 38, pág. 95
- Zapater Cardoso, Irwing
- *Reforma Nacional*, No. 14, pág. 33
- Zumárraga Ramírez, César
- *Necesidad de un cambio en la política de lucha contra el uso indebido de drogas*, No. 35, pág. 195
- Zurita, Eduardo
- *Consideraciones Generales, Estatutos Jurídicos de Menores en lo que dice relación a la conducta irregular y la delincuencia juveniles*, No. 24, pág. 32
-
- Concurso de Literatura
- *Bases del concurso*, No. 36, pág. 257
 - *Veredicto del concurso*, No. 36, pág. 261
 - *Trabajos ganadores*, No. 36, pág. 263
- Concurso de Cuento y Poesía
Pablo Palacio
- *Bases del concurso*, No. 37, tomo I, pág. 197
 - *Veredicto y trabajos ganadores*, No. 37, tomo I, pág. 201
- Concurso de Oratoria AED
- *Bases del concurso y trabajos ganadores*, No. 38, pág. 205
-



FUNDACION

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.

CORPORACION 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 calidad 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.

ASOCIACION ESCUELA DE DERECHO • 50 AÑOS

La Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador es una organización política de representación estudiantil que agrupa a los alumnos de la Facultad de Jurisprudencia. Creada el 25 de junio de 1948 en respuesta a la necesidad de fomentar la participación e integración universitaria, acogió toda iniciativa estudiantil dirigida a convertir en realizaciones concretas ideales de superación profesional que vayan en interés y beneficio de sus miembros y la comunidad en general.

Bajo principios sólidos de una *auténtica representación estudiantil*, actualmente su trabajo se encuentra encaminado a consolidar los ideales que motivaron su creación, priorizando la defensa y promoción de los derechos estudiantiles, la excelencia académica y el servicio social comunitario.